

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO  
JURÍDICO**

**ADRIANA FASOLO PILATI**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Juraci Mourão Lopes Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-760-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalhos “Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico” apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI contou com pesquisadores das mais diversas localidades do país, representadas pelos variados programas de pós-graduação stricto sensu. Os trabalhos trouxeram reflexões sobre múltiplos aspectos afetos ao tema, com enfoques próprios e muitas vezes complementares.

Houve trabalhos ocupados da análise crítica de julgamentos, aplicando conceitos e abordagens próprios do nível profundo de teorização do Direito a fim de evidenciar equívocos subjacentes às decisões. Em abordagem complementar, foram verificadas pesquisas ocupadas de um modo geral com o ativismo judicial e a judicialização da política, articulando conceitos e parâmetros gerais para construção de referencial adequado para compreensão de fenômeno bastante presente na realidade nacional atual. É possível apontar, pois, esses dois temas como centrais das discussões realizados no grupo.

A teoria dos princípios, especificamente, bem como a revisão, aplicação e detalhamento do pensamento de autores com Herbert Hart, Ronald Dworkin, Walter Benjamin, Luigi Ferrajoli e Karl Popper tiveram espaço em textos que demonstram o amadurecimento das discussões sobre suas ideias e a aplicação do referencial para o enfrentamento de questões teóricas e mesmo dogmáticas. Evidencia-se, assim, um maior grau de precisão nas reflexões desenvolvidas a cada ano no Brasil.

Os debates ocorridos após as apresentações levantaram questões correlatas àquelas tratadas expressamente, suscitaram dúvidas prontamente respondidas, indicaram melhorias, reforçaram e conformaram hipóteses. Os leitores dos trabalhos ora publicados terão oportunidade própria, portanto, de também poderem ampliar seus horizontes e perspectivas.

Boa leitura a todos.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder – UPF

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A VIOLÊNCIA NA PERSPECTIVA DE WALTER BENJAMIN E SEUS MATIZES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

### **VIOLENCE IN WALTER BENJAMIN'S PERSPECTIVE AND ITS NUANCES IN THE BRAZILIAN LEGISLATION**

**Fernando Rangel Alvarez dos Santos <sup>1</sup>**

**Hilda Baião Ramirez Deleito <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

O presente estudo buscou investigar, de modo não exaustivo, a hipótese de a legislação brasileira, até mesmo constitucional, conter aspectos da teoria de Walter Benjamin sobre a violência. A pesquisa envolveu fontes bibliográficas do citado autor e de outros estudos sobre suas teorias. Também foi utilizada como fonte a legislação brasileira e fontes doutrinárias sobre tais itens da legislação. Os resultados apontam para o tratamento da violência na legislação pátria, tanto para autorizá-la, como para reprimi-la. A pesquisa justifica-se pelo desvelamento da violência como fenômeno no bojo da legislação atual vigente em nosso país.

**Palavras-chave:** Violência, Legislação, Teoria jurídica, Tributário, Fenômeno

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present study sought to investigate, in a non - exhaustive way, the hypothesis that Brazilian legislation, even constitutional, may contain aspects of Walter Benjamin 's theory of violence. The research involved bibliographical sources of the mentioned author and other studies on his theories. Also used as source the Brazilian legislation and doctrinal sources on such items of legislation. The results point to the treatment of violence in the national legislation, both to authorize it and to repress it. The research is justified by the unveiling of violence as a phenomenon within the framework of current legislation in our country.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Violence, Legislation, Legal theory, Tax law, A phenomenon

---

<sup>1</sup> Doutorando do PPGD-UVA stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (Bolsista PROSUP). Mestre em Direito (2007) Advogado.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Santa Úrsula, licenciada em História pela PUC-RJ

## INTRODUÇÃO

A violência nos estudos de Walter Benjamin não seria somente fruto do estado de natureza, ou seja, o citado autor entende que o estabelecimento do direito positivo enseja uma situação de violência não desvelada o bastante, para que se perceba como tal, mas sim uma espécie de ‘legitimidade’ do sistema na sustentação e aplicação da ordem jurídica vigente.

Benjamin exemplifica em algumas situações, nas quais o Direito institui o monopólio do uso da violência por parte dos Estados Nacionais, a exemplo da possibilidade do direito de guerra, mas, por outro lado, entende que o uso da violência pode ser caracterizado em nome de um direito que ainda não está constituído, como o direito de greve.

O presente estudo investigou a influência do conceito de violência na legislação brasileira, classificando-a em suas diversas aplicações. A pesquisa se justifica, pois a violência não tem sido examinada como fenômeno social com implicações jurídicas, todavia, observa-se um tratamento bastante diferenciado, mas contraditório, da violência. O tema é atual, pois a violência é tratada por outros campos do conhecimento (comunicação social; sociologia etc.), mas nas suas relações com o Direito, contata-se frequentemente uma busca de soluções para o fenômeno da violência por meio do Direito.

Para melhor compreensão do fenômeno da violência na legislação brasileira, classificou-se tal fenômeno em ‘violência autorizada’; ‘violência reprimida e autorizada’ e ‘violência reprimida’.

Os resultados apontam para o tratamento diferenciado do fenômeno violência, tanto para sua eventual autorização, como para sua repressão.

### 1 Violência – Conceitos em Walter Benjamin

Dentre os diversos aspectos tratados por Benjamin, temos a função da violência, que se divide em criadora de direito, bem como conservadora do mesmo.<sup>1</sup> O Direito e a imponência do Poder ocorrem por meio do ordenamento jurídico.

A ‘racionalidade jurídica’, para Benjamin acaba por se traduzir em uma ameaça, da qual ele destaca o campo das penas.<sup>2</sup> Questiona a pena capital, principalmente em hipóteses em que se aplica tal pena para violação de propriedade.<sup>3</sup>

Ainda sobre a violência, Benjamin critica o papel dado pelo direito à polícia, pois entende que tal instituição se acha emancipada, tanto da violência que funda a lei, quanto da

---

<sup>1</sup> Benjamin (1986, p. 23)

<sup>2</sup> Benjamin (1986, p. 25)

<sup>3</sup> Benjamin (1986, p. 25)

que a conserva. E neste sentido, questiona o tratamento dado pelo direito ao excesso de violência praticado, perguntando o seguinte: “no existirían otros medios que sean los violentos para harmonizar intereses humanos em conflicto.”<sup>4</sup>

Ainda discorre sobre outros aspectos sociais, relacionando-os à violência: o Direito aparece como enfrentamento da violência ‘tão perigosa’ que se apresentava.

Para o citado autor, a classe operária tem o direito de usar a violência junto aos Estados. Quanto às greves, defende que se trata de direito legítimo para impor determinados propósitos, ou seja, a violência pode ser tratada como exercício de direitos. Em relação ao direito de guerra, aponta a mesma contradição do direito de greve. (subversão do direito).<sup>5</sup>

Trata ainda do conceito de violência mítica<sup>6</sup>, exemplificando com a lenda grega de Níobe e a matança de seus filhos e associa tal ideia à manifestação do direito em Poder, como nos explica Castro (2010, p. 63):

O direito, que é uma relação entre meios e fins, é decorrente de uma relação mítica. Uma violência sem função mediativa, que se relaciona com a violência instituidora e mantenedora do direito, por engendrá-las. Isso significa, segundo Benjamin, que a violência mítica pode originar a violência que cria a violência que mantém direito. A violência que institui e conserva o Direito não existe na natureza. Trata-se de uma fúria, que quando se manifesta, interfere nas relações éticas.

Por fim, entende ainda em relação à violência, existe a seguinte contradição: o Estado cria direitos de uma forma implicitamente violenta para tentar evitar a violência.

Benjamin foi integrante da Escola de Frankfurt, tendo iniciado seus estudos junto com Adorno, trazendo para sua literatura influência considerável do marxismo. Neste sentido, percebe-se na crítica ao Direito, algumas influências da citada Escola, como a ‘luta de classes’, mas, é importante destacar que sua crítica ao Direito tem um sentido muito mais de se atingir a essência dos institutos jurídicos, do que uma avaliação negativa. Neste sentido, analisando a obra de Benjamin, descreve Derrida (2007, p. 74):

No título *Zur Kritik der Gewalt*<sup>7</sup>, crítica não significa uma avaliação negativa, rejeição ou condenação legítimas da violência, mas juízo

---

<sup>4</sup> Em tradução livre: “não existiriam outros meios que não sejam os violentos para harmonizar interesses humanos em conflito” Benjamin (1986, p. 27)

<sup>5</sup> Benjamin (1986, passim)

<sup>6</sup> Benjamin considera que a ação de Apolo e Artemis era mais que um castigo, mas sim uma punição por infração a um direito. Benjamin (1986, p. 38)

<sup>7</sup> Castro (2010, p. 64) ressalta que Benjamin usa a dubiedade do termo *Gewalt*, oscilando entre poder e violência: “Vale a pena assinalar que *Gewalt*, no ensaio *Crítica da violência*, pode significar alternativamente poder e/ou violência e Benjamin ‘joga’ com a dubiedade do significado da palavra *Gewalt*, ao longo de todo texto, para apresentar a origem do direito.”

avaliação, exame que se dá os meios de julgar a violência. O conceito de crítica, implicando a decisão sob forma de julgamento e a questão relativa ao direito de julgar, te assim relação essencial, nele mesmo, com a esfera do direito.

No presente estudo não interessa especificamente a distinção entre a violência mítica e a violência divina, como fez Benjamin (1986, p.41)<sup>8</sup>, mas sim a inserção da violência no direito positivo, especialmente na legislação brasileira. E, mais precisamente, em que termos aparece a violência em algumas normas, que não tratam de crimes ou infrações penais.

Por outro lado, Bobbio (1998, p. 1292) trata da violência de forma distinta do poder: “Ele, porém, distingue-se de maneira precisa da noção de "poder". O poder é a modificação da conduta do indivíduo ou grupo, dotada de um mínimo de vontade própria”. Ressalta ainda que a violência é distinta das noções de ‘poder coercitivo’:

Devem, porém, distinguir-se da Violência as relações de poder coercitivo que se baseiam em sanções diferentes da força: por exemplo, um prejuízo econômico, a retirada do afeto de uma pessoa amada, a destituição de um cargo, a retirada do respeito de um grupo de amigos ou colegas, etc. Em relação a estes tipos de poder coercitivo, fala-se muitas vezes de Violência, assim como se fala, algumas vezes, de Violência referindo-se à MANIPULAÇÃO.

Ao longo do presente estudo, a ideia que permeará a pesquisa é a de que a violência, tal como exposta por Benjamin está presente nos textos legislativos, a exemplo do que ocorre na legislação brasileira, e não é forma de manipulação, mas sim de manifesta atuação do Poder, que se usa da função legiferante para tanto.

## **2 Violência no Direito – Aspectos formais e materiais**

A formalização do Direito e sua institucionalização e a racionalidade nele empregada, contribuíram para o ‘disfarce’ da violência no Direito positivo. Como já se afirmou no item anterior, a violência que será tratada neste estudo não é especificamente a que é minuciosamente tratada no Código Penal, mas a que aparece em outras legislações.

Weber (1999, p. 74) já explicava que o rigor do formalismo teria por consequências exigir do destinatário uma resposta pelos mesmos meios<sup>9</sup>, ou seja, se a mesma lógica se aplica

---

<sup>8</sup> Neste sentido, Benjamin (1986, p. 41) explica: “La violencia divina constituye em todos los puntos la antítesis de la violencia mítica. Si la violencia mítica funda el derecho, la divina lo destruye; si aquella establece límites y confines, esta destruye sin límites, si la violencia mítica culpa y castiga, la divina exculpa; si aquella es tonante; ésta es fulmínea; si aquella es sangrienta, ésta es letal sin derramar sangre.”

<sup>9</sup> Neste sentido, Weber (1999, p. 74) “O que nos interessa agora são as consequências desses caminhos da invenção, aplicação e criação de direito para as qualidades formais de direito. A consequência da intervenção da magia em toda arbitragem e em toda criação de novas normas é o caráter rigorosamente formal, típico de todo



a violência disfarçada na legislação formal<sup>10</sup>. Explica-se: o Estado exerce uma relação de dominação do homem pelo homem, baseada no monopólio da violência. Dentre as suas várias funções, qual destas somente o Estado faz? Detentor do monopólio da violência. Para explicar a dominação do homem pelo homem, estabelecida na instituição estatal, por meio do citado monopólio da violência, pergunta-se: por que a sociedade a ele se submete? Weber cita para tanto três fundamentos da legitimidade: 1) Poder tradicional; 2) Poder Legal (alguns obedecem por conta das leis); e 3) Poder carismático (podendo ser um líder demagogo, líder divino (Idade Moderna). Este estudo se concentrará no Poder Legal, na formalidade do Direito e nos exemplos da legislação brasileira.

### 3 Violência na legislação brasileira

A violência que aparece na legislação brasileira pode ser classificada em duas vertentes, ou seja, a ‘violência autorizada’ e a ‘violência reprimida’. Ou seja, aquela que o ordenamento permite o uso em situações excepcionais (autorizada) ou a violência, cujo uso não é autorizado pelo ordenamento, ou seja, reprimida. Ressalte-se que o ordenamento brasileiro, por vezes, insere em um mesmo dispositivo, tanto a disciplina da violência ‘autorizada’, como ‘reprimida’.

#### 3.1 Violência autorizada

A primeira hipótese a ser tratada é a defesa da posse, o chamado ‘desforço necessário’ presente no art. 1.210 § 1º do Código Civil:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, **poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço**, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (grifos nossos)

---

procedimento jurídico primitivo, pois somente à pergunta feita de maneira formalmente correta dão os meios mágicos a resposta certa.”

<sup>10</sup> O presente estudo não se exaure na sociologia de Max Weber, mas é importante destacar o seu conceito sociológico de Direito exposto nos “Conceitos sociológicos fundamentais”: “Direito, quando está externamente garantida pela probabilidade de coacção física ou psíquica mediante a acção de um corpo de homens expressamente dirigida a forçar a sua observância ou a castigar a sua transgressão.”

Para configurar a hipótese de uso da força necessária para a defesa da posse, doutrinadores<sup>11</sup> do direito civil entendem que a necessidade deve ser imediata e que tais atos não ultrapassem os limites entre o uso legal e o abusivo do direito.

Percebe-se que a doutrina se apega aos aspectos formais do Direito, tais como o exercício da tutela estatal para a proteção dos direitos, bem como a caracterização excepcional do uso da autotutela, contudo, não se apresenta nenhuma ideia de que a violência pode ser estatal, vez que a legislação é fruto de um processo legislativo formal. De tal fato, talvez, venha esta rigidez em tratar da ‘violência autorizada’ com tanta limitação.

Outra hipótese de destaque no direito civil é a exclusão da ilicitude dos atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, ou mesmo a destruição de coisa alheia a fim de remover perigo, nos termos do art. 188 do Código Civil.<sup>12</sup> Nota-se que nesta norma, o legislador ‘importou’, em certa medida, conceitos do direito penal, ou seja, das excludentes de ilicitude para retirar a ilicitude de um ato jurídico no direito civil, mesmo envolvendo a violência de fato (destruição etc.).

Tepedino (2004, p. 344) explica que a lei civil não conceitua ‘legítima defesa’, mas que: “toma emprestada a denominação já consagrada no direito criminal.” O citado autor, para sustentar a exclusão da ilicitude expõe a mesma ideia de ‘monopólio estatal da violência’ descrita por Benjamin:

No direito moderno, em que o Estado detém o monopólio a força, a justiça pelas próprias mãos perde qualquer pretensa legitimidade e passa inclusive a configurar delito reprimido pela lei penal sob o tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345). Não obstante, reserva-se ao indivíduo o direito excepcional de utilizar a força para defender a si ou a outrem de agressões alheias, naqueles casos em que o socorre da autoridade estatal não pode chegar a tempo.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, temos: Tepedino (2011, p. 472): “Como regra geral excepcional, o desforço pessoal apenas se mostra legítimo se exercido mediatamente de maneira proporcional à agressão. [...] A expressão ‘contanto que o faça logo’ demonstra que a reação há de ocorrer ato contínuo ao evento danoso. Se o possuidor toma conhecimento do esbulho ou turbacão, em momento posterior, não poderá exercer a autodefesa da posse, instituto excepcional que requer interpretação estrita.” Na mesma linha, Melo (2004, p. 32): “O possuidor que for turbado ou esbulhado, poderá fazer justiça por mão própria, servindo-se de força suficiente para tanto. São requisitos para o exercício do direito a imediatidade da repulsa e a proporcionalidade da defesa em relação à agressão, sob pena de responder pelo excesso (teoria do abuso de direito). Ainda sobre o caráter imediato da defesa da posse, Oliveira (2010, p. 1.071) ressalta um aspecto criminal no excesso: “A imediatidade é requisito indispensável à legitimidade da reação pessoal do possuidor. A defesa a destempo tem caráter de vingança privada e configura exercício arbitrário das próprias razões, crime tipificado no art. 345 do Código Penal.”

<sup>12</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O direito, neste caso, autoriza a ‘violência’, mas limita seu exercício aos mesmos ditames da defesa da posse, isto é, tal defesa tem que ser imediata<sup>13</sup> e a agressão deve ser abusiva, bem como a proporcionalidade deve estar presente no uso da força para defesa, não sendo permitidos os excessos na defesa. A doutrina citada realça sempre o caráter excepcional das excludentes, como se a violência necessária nestes casos, a exemplo da destruição de bens não fosse de premência absoluta. Fato este que reforça o caráter formal presente interpretação doutrinária da norma, que é até certo ponto, explícita em relação a atos violentos. Não se está preconizando regresso ao estado de natureza, mas o desapego ao formalismo, que distancia o direito da sua essência, neste caso, do direito material.

Outra hipótese presente na Constituição da República é a do art. 21, II que trata da competência exclusiva da União para declarar guerra. É importante que se ressalte que a previsão para as consequências jurídicas de uma guerra, bem como as hipóteses que se relacionam com tal fato são diversas no texto constitucional. (Art. 5º, XLVII, a – previsão da pena de morte; Art. 22, III – requisições em tempo de guerra; Art. 49, II – competência do Presidente da República para declarar guerra; Art. 53, parágrafo 7º - autorização legislativa para declaração de guerra; Art. 91, parágrafo 1º - competência do Conselho de Defesa Nacional sobre as hipóteses de declaração de guerra etc.) O que mais se destaca é que a situação de guerra é tratada em tantos dispositivos da Constituição de 88, que nos leva a crer que se trata de uma situação ordinária, como se não fosse uma situação de extrema violência.

A guerra e o direito que a regulamenta não é de fácil compreensão<sup>14</sup>, tanto para fato, quanto para o direito. Neste sentido, explica Mello (1991)

Podemos definir a guerra como sendo: ‘uma luta armada entre Estados desejada ao menos por um deles e empreendida tendo em vista um interesse nacional’ (Delbez). Podemos concluir que o conceito de guerra é um conceito legal e formal, visto que a existência de uma luta não é suficiente para criar o estado de guerra que produz efeitos jurídicos internacionais. Outra definição é a de Clausewitz: ‘a guerra é um conflito de grandes interesses resolvido por sangue, e é somente nisto que ela se distingue dos outros conflitos.

---

<sup>13</sup> No mesmo sentido, ainda no direito civil, sobre imediatismo da reação, temos Cruz (2002, p. 395): “Não há legítima defesa contra agressão futura, porém remota, que pode ser evitada por outro meio. Pela mesma razão, não atua em legítima defesa aquele que pratica fato típico após uma agressão finda, que já cessou.”

<sup>14</sup> Mello (1991, p. 1.135) explica tal dificuldade em duas correntes: “A guerra não é fácil de ser conceituada perante o DI. Duas correntes sobre tal matéria têm se manifestado: a) a subjetivista (Strupp) afirma que a guerra só existe quando há o ‘animus belligerandi’ que sozinho cria a guerra; b) a objetivista (Despagnet) considera que a prática de atos de guerra cria o estado de guerra independente da intenção.”

Do conceito exposto por Mello (1991), constata-se que o Direito não tentou coibir um comportamento violento, mas apenas normatizou uma situação de fato, mas se reconhece inequivocamente, mesmo com o ‘disfarce jurídico’, a violência estatal presente, mesmo que mitigada pelo ‘manto normativo’. Considerada do ponto-de-vista exclusivamente jurídico, como exposto na doutrina acima, a guerra é um conceito formal, mas o conceito descrito, na sua parte final (‘resolvido por sangue’), revela a necessidade da prática da violência extrema para sua caracterização. Não se está a defender que convenções ou tratados vão inibir ou coibir as guerras e outras agressões estatais que não tem este enquadramento jurídico<sup>15</sup>, mas que o Direito mantém a cortina de fumaça de que a beligerância existe e que a violência (guerra) deve ser normatizada.

Benjamin (1986) tratou do direito de guerra<sup>16</sup> e suas implicações destacando suas contradições: “A rigor, a violência da guerra procura, antes de tudo, chegar a seus fins de maneira totalmente imediata, e enquanto violência predatória.” Na legislação brasileira, principalmente na constitucional, a previsão de tal fato em tantas hipóteses revela que as contradições também repousam no nosso sistema, pois, ao mesmo tempo que o país promove a defesa da paz<sup>17</sup>, prescreve diversas normas acerca de tal situação tão violenta.

### 3.1.1 Violência reprimida e autorizada

A hipótese aqui veiculada é a do art. 243 da Constituição da República<sup>18</sup>, no qual distingue-se entre a repressão da cultura de psicotrópicos e do trabalho escravo, a qual classifica-se como violência reprimida. Todavia, por outro lado, o que se classifica por violência autorizada por parte do Estado é a expropriação sem nenhuma forma de reparação para o proprietário. Não se questiona se há, no teor da norma, qualquer aspecto referente a

---

<sup>15</sup> Mello (1991, p. 1.135) explica tal diferença: “A guerra se distingue, assim, daqueles atos em que é utilizada a força (‘acts short of war’) mas que não criam o estado de guerra, vez que não têm o elemento subjetivo da guerra.”

<sup>16</sup> Não é propósito deste estudo enveredar sobre a questão do ‘direito de guerra’, ou seja, se tal direito deve ou não existir, mas sim questionar as contradições entre a instituição de tal direito como legitimação da violência juridicamente protegida. Há autores, como Carl Schmitt que defendem a existência de tal direito, classificando-o inclusive. Schmitt (2014, p. 295) faz a seguinte distinção: ato de agressão, guerra de agressão e guerra injusta, nos seguintes termos:

<sup>17</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VI - defesa da paz;

<sup>18</sup> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas **culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo** na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014) (grifos nossos)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

justiça ou não, mas que no mesmo artigo da Constituição está presente a repressão à violência praticada pela exploração do trabalho escravo e da cultura de psicotrópicos, como também está autorizada a violência da expropriação de propriedade privada sem qualquer compensação ao expropriado, o que, também se revela algo extremamente drástico em termos de legislação que trata de fato social em um viés violento.

Em que pese o tema ter sido discutido no âmbito da dignidade da pessoa humana, bem como na proteção aos direitos humanos, e sem adentrar nas explicações plausíveis, existe a permissão para a retirada de um direito fundamental (propriedade), que ponderada com a escravidão, prática, sem sombra de dúvida, inaceitável, ressaltando que a expropriação pela prática de trabalho escravo só veio a ser permitida em 2014, por força da Emenda Constitucional nº 81. No entanto, a redação que reprime a cultura de psicotrópicos, sob pena de expropriação, ocorre desde a promulgação da Constituição de 1988. Trata-se, portanto, de uma opção de política de repressão extremamente severa com a cultura das citadas substâncias ilícitas, e não diretamente vinculada aos direitos humanos.

Passa-se então às hipóteses de ‘violência reprimida’.

### **3.2 Violência reprimida**

Como já afirmado anteriormente, não será tratada neste estudo, a repressão aos ilícitos penais, pois nestes a violência já está, de forma explícita ou não, reprimida.

A primeira hipótese de ‘violência reprimida’ pela legislação brasileira, que se apresenta, é a repressão ao movimento grevista presente na Lei nº 7.783 de 1.989 que regulamenta o direito à greve.<sup>19</sup> A repressão a atos de violência é bastante evidente, restringindo, em muito, a efetividade do direito de greve. No compasso da ideia de Benjamin, de que a criação do direito é uma criação do poder, sendo como tal, manifestação da violência, as limitações da norma, não são só de ordem material (uso dos meios pacíficos; vedação a meios constrangedores, sem no entanto, identificar como...), como também aparecem em matéria procedimental, como a listagem de atividades essenciais, estabelecidas

---

<sup>19</sup> Tais repressões aparecem mais nitidamente no art. 6º da citada lei:

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

pelo legislador, que não podem ser interrompidas, sob pena de decretação de abusividade da greve, dentre outras.

Dentre as atividades descritas na lei como ‘essenciais’, destaca-se a compensação bancária. Cabe uma explicação de fatos históricos para tamanha repressão: na década de 80, a inflação era demasiadamente elevada, não havia a automatização bancária, nem mesmo a disponibilização de caixas eletrônicos que possibilitassem os saques em dinheiro fora das agências bancárias, enfim, um contexto de total dependência do funcionamento dos pontos de atendimento bancário para que a atividade econômica fluísse. Neste sentido, explica-se, mas não se justifica, a inserção da atividade de compensação bancária como essencial. Ademais, os pagamentos feitos por cheque faziam parte do cotidiano da vida econômica, pois não havia ainda, tão pulverizado como atualmente, o sistema de pagamento por meio de ‘cartões de débito’, daí a necessidade de não se paralisar a compensação bancária.

Ainda no direito civil, temos a repressão à violência<sup>20</sup>, neste caso não se tratando da violência em si, mas da consequência patrimonial da prática da mesma, com a possibilidade de exclusão da sucessão nas hipóteses do art. 1.814<sup>21</sup> que menciona como causas de tal exclusão, o homicídio tentado ou consumado contra o autor da herança, como também menciona outra possibilidade quando utilizada violência para efeito da disposição dos bens em ato de última vontade. A chamada indignidade gera uma ‘pena’ privada para o herdeiro.

Voltando-se para o direito público, especificamente o direito constitucional, e neste, dentro do sistema constitucional tributário, encontramos um princípio que veda uma espécie de violência estatal que atinge drasticamente o direito de propriedade, o confisco por meio da tributação. Para tanto, dentre as garantias constitucionais, estabeleceu o legislador constituinte a proibição da tributação com efeito de confisco.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Rodrigo Santos Neves apud Oliveira (2010, p. 1657) explica que a violência tratada no artigo 1.814 não é necessariamente física, mas pode ser moral também: “A referida violência pode ser de ordem física ou moral, contanto que seja capaz de impedir que o *auctor successionis* disponha de seus bens após a morte. O dispositivo legal abrange a prática de atos que impedem a livre disposição de bens pelo *de cuius*, seja pela celebração de um testamento ou codicilo, seja pela revogação de testamento anteriormente celebrado.”

<sup>21</sup> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes **de homicídio doloso, ou tentativa deste**, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; (grifos nossos)

<sup>22</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Sobre o princípio do não-confisco<sup>23</sup>, Amaro (2005, p. 145) esclarece a expressão da seguinte forma: “Confiscar é tomar para o Fisco, desapossar alguém de seus bens em proveito do Estado.” O autor esclarece ainda os limites do confisco, nos seguintes termos:

Algumas situações são expressivas na caracterização do confisco; por exemplo, imposto que absorvesse toda a renda do contribuinte sem dúvida seria confiscatório; do mesmo modo, o tributo que tomasse parcela substancial do patrimônio do indivíduo. [...]

O princípio da vedação do tributo confiscatório não é um preceito matemático; é um critério informador da atividade do legislador e é, além disso, preceito dirigido ao intérprete e ao julgador, que, à vista das características da situação concreta, verificarão se determinado tributo invade ou não o território do confisco.

Percebe-se pela explicação acima, que um episódio em que a Fazenda Pública possa ‘depenar’ o patrimônio do contribuinte expressa uma violência intensa contra o contribuinte e seu direito fundamental de propriedade.

A ideia que permeia a não-confiscabilidade é a da preservação da liberdade, além da subjacente proteção da propriedade privada. Neste sentido do que está exposto acima, Machado (2004, p. 115) explica o seguinte:

O Estado ao adota o regime da livre empresa, utiliza o tributo como instrumento através do qual as empresas privadas suprem os seus cofres dos recursos financeiros necessários ao desempenho de suas atividades. Assim, tributá-las a exaustão seria uma atitude absurdamente incoerente. Seria matar a *galinha dos ovos de ouro*. Extinguir a fonte de onde se nutre de recursos financeiros. Inadmissível, portanto, a interpretação de uma Constituição que consagra o regime da livre empresa, de sorte a concluir que ela, por ser omissa, permite o tributo confiscatório.

Machado (2004) não explicitou uma espécie de ‘violência tributária’, mas podemos interpretar ‘matar a galinha dos ovos de ouro’, como a prática de uma violência sem limites à liberdade empresarial e ao estabelecimento da livre empresa.

Exemplo clássico da confiscabilidade por meio da tributação no Direito estrangeiro, ocorreu na Alemanha, conforme nos relata Veloso (2010):

Para esclarecer a importância da situação econômico-subjetiva do contribuinte nas remissões por equidade, é válido recordar duas sentenças do BVerfG. Na decisão de 27 de outubro de 1975, o Tribunal alemão enfrentou um caso em que uma sociedade anônima estava sujeita a carga tributária de mais de 100% (cem por cento) da sua renda, que não era suficiente para

---

<sup>23</sup> Ricardo Lobo Torres associa ainda o princípio do não-confisco ao mínimo que garante a liberdade nos seguintes termos: “No Estado patrimonial admitia-se largamente o confisco, que em Portugal e no Brasil incidiu inúmeras vezes sobre os bens dos judeus e da Igreja. No Estado de Direito, a propriedade privada ganhou *status* de direito fundamental e a proibição do confisco passou a ser a regra.” (LOBO TORRES, 2003, p. 58)

pagar o imposto sobre o patrimônio. Apesar de refutar a pronúncia de inconstitucionalidade da lei instituidora desse imposto sob o argumento de que ela não produzia efeitos de confisco na generalidade dos casos, o Tribunal afirmou ser necessário tutelar o contribuinte por meio da cláusula de equidade do § 227 da AO.

A questão a ser suscitada pelo caso descrito acima é a de que a necessidade de um parâmetro para configurar o confisco, e, por sua vez, a violência praticada pelo Estado em relação ao contribuinte não se faz por contornos exatos, mas o percentual que se apresenta no julgado acima expressa evidentemente uma violenta confiscalidade, prejudicando a empresa e a atividade econômica.

No Direito tributário pátrio, podem ser citados vários exemplos do que Walter Benjamin entende por ‘opressor e mantenedor do direito’:

1) Integração da norma tributária – por exemplo, “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada nos termos do art. 108 do Código Tributário Nacional<sup>24</sup>, todavia o uso de equidade, isto é, o critério integrativo que utiliza o caso concreto não dispensa o pagamento do tributo;

2) O uso da lei interpretativa em caráter retroativo, que provoca inafastável insegurança ao contribuinte<sup>25</sup>;

3) Em termos procedimentais, na citação postal, não é exigida, para fins de efetivação, a entrega da correspondência ao contribuinte-devedor ou ao seu representante legal;<sup>26</sup> e

4) Um exemplo que pode gerar situações conflituosas, até pelo conteúdo material da norma, é a do poder conferido à administração pública federal de pedir o auxílio de força pública<sup>27</sup>, mesmo para os fatos que não se configurarem crime ou contravenção. Amaro

---

<sup>24</sup> Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, **na ordem indicada: (grifos nossos)**

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

<sup>25</sup> Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

[...]

<sup>26</sup> ROCHA LOPES (2005, p. 51) acrescenta que “Contenta-se a normatização específica com a entrega da missiva no endereço do executado.”

<sup>27</sup> Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou



(2005, p. 480) destaca o seguinte: ‘desde que não se trate de puro embaraço à fiscalização, através, por exemplo, de sonegação de livros e documentos.’”

5) A norma geral antielisiva do artigo 116 do Código Tributário Nacional<sup>28</sup> teria que ser aplicada, apenas a edição posterior de lei ordinária dispondo sobre o assunto, todavia tal comando legal vem sendo desrespeitado regularmente, com a aplicação da norma antielisiva. Carneiro (2017, p. 151) também trata da controvérsia: “Em que pese parte da doutrina entender que essa norma é inconstitucional, o fato é que ela está em vigor e está sendo aplicada por alguns entes federativos.” A ‘permissão’ de se possibilitar sempre a desconsideração, buscando-se sempre um propósito negocial, sustentado pela norma antielisiva cria, por si só, uma relação de extrema oposição, podendo ser classificada como adversarial, com a Fazenda Pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentada a doutrina de Walter Benjamin, suas nuances e conceitos, bem como identificadas espécies de “violências jurídicas” na legislação brasileira, constata-se o seguinte acerca da hipótese investigada e suas conclusões:

1) A violência estudada por Benjamin revela expressão da mesma enraizada no sistema jurídico, nas suas instituições e se identifica em determinados casos com a imposição do poder;

2) Dentre os matizes identificados por Walter Benjamin (violência mítica; violência divina), percebe-se que a formalização, racionalização excessiva, principalmente no direito brasileiro, por influência de escolas positivistas, criam em algumas normas brasileiras, como exposto, a existência, mesmo de forma sutil, de tratamento da violência, ora reprimindo-a, ora autorizando-a, mas nesta última hipótese, de forma bastante excepcional e restritiva;

3) A violência identificada na lei brasileira não é somente relacionada com direito penal ou mesmo matéria que invoque qualquer teoria de imputação penal, mas sim em outros ramos do direito, como exposto acima, mas que não são tratadas de forma explícita como violência, mas sim sob o ‘manto’ da lei;

---

quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

<sup>28</sup> Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (sem grifos no original)**

4) Em relação à violência, o legislador brasileiro, excetuando-se a matéria penal que não foi abordada neste estudo, trata daquela, por vezes colidindo-a com outros direitos fundamentais, tais como a propriedade. Não se está questionando a opção legislativa que regulamenta valores e fatos sociais, pois são escolhas legislativas, mas sim comprova-se, ao menos parcialmente, a hipótese de Benjamin de que o Estado tem a ‘violência criadora de direitos’ e que os direitos, ora criados e inseridos no sistema, são instrumentos do Poder constituído, e não necessariamente voltados para a sociedade que os elaborou;

5) A violência, excetuando-se na área penal, não é tratada como fato social, mas sim como substrato da ordem jurídica, e no caso brasileiro, aparece de forma subjacente em outros ramos do Direito, seja reprimida, seja autorizada, contudo mais se aproxima do interesse estatal, que nem sempre é identificado totalmente como os desejos sociais;

6) A guerra, pensada como direito, por si só, legaliza o uso da violência, seja em defesa do qualquer fim, seja por ter tratado juridicamente do fato em si. Resta ainda uma dúvida no tocante ao pensamento de Benjamin em relação à guerra, no seguinte sentido: como pode comparar a possibilidade de um direito à guerra com o direito de greve, justificando este? Não seria uma validação da violência estatal para reconhecer um direito? Tais questões não são respondidas nas ideias expostas por Benjamin.

7) A relação jurídico-tributária tem que ser transformada, focando, principalmente, na cidadania como fundamento constitucional. A atitude estatal voltada para a arrecadação tem sido de profunda ‘agressividade material e processual’ em face do contribuinte, configurando assim mais uma hipótese de violência, nos termos teorizados por Walter Benjamin, neste caso, em um viés jurídico que atinge a liberdade por outra perspectiva.

8) Por fim, a violência tratada por Benjamin estava mais conectada ao contexto de um conturbado período histórico (entre guerras), mas que seus matizes aparecem sob outras ‘capas’ no momento atual, ou seja, a violência pode ser digital, pode ser morte digital, até em nome da promoção de valores antiviolência, exercita-se a mesma, mas em nova roupagem.

## **REFERENCIAS**

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. **Documentos de cultura, documentos de barbárie** (1986): 160-175.

BOBBIO, Norberto *et ali*. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et ali. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal: Centro Gráfico**, 1988.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília (DF). **D.O.U.** de 11/01/2002, p. 1.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Brasília (DF). **D.O.** 29/06/1989

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Brasília (DF). **DOFC** de 27 out.1966, p. 12452

CARNEIRO, Cláudio *et ali*. **Planejamento Tributário e a autonomia privada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CASTRO, Simone Pereira de. **A Filosofia do Direito em Walter Benjamin**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CRUZ, Gisela Sampaio da. As Excludentes de ilicitude no Código Civil in **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOBO TORRES. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Dialética, 2004.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. 3ª edição. Direito das Coisas, Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA LOPES, Mauro Luís. **Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. **O nomos da terra no direito das gentes do *jus publicum europeum***. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

TEPEDINO *et ali*. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. III** – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. I** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELLOSO, Andrei Pitten. A Proibição de Tributos com Efeitos de Confisco na Alemanha. **Revista Jurídica Tributária**, ano, v. 2.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_, **Conceitos Sociológicos Fundamentais**. Tradução de Arthur Mourão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2010.