

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ANAIS DA III MOSTRA CIENTÍFICA DO GPJur

(Organização)
Raquel Buzatti Souto
Tiago Anderson Brutti
Fábio César Junges

V, 1, n. 3, 2018
ISBN: 978-85-87661-50-0



Raquel Buzatti Souto
Tiago Anderson Brutti
Fábio César Junges
(Organizadores)

ANAIS DA III MOSTRA CIENTÍFICA DO GPJur

UNICRUZ
Cruz Alta – Brasil
2018

EXPEDIENTE

Copyright © 2018 Universidade de Cruz Alta
Organização: Raquel Buzatti Souto, Tiago Anderson Brutti e Fábio César Junges
Diagramação: Fábio César Junges e Tiago Anderson Brutti
Imagem da Capa: Google
Revisão: Os autores

Comissão Editorial da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ

Coordenação

Ma. Nara da Silva Marisco

Membros

Dr^a. Aline Alves da Silva
Ma. Fátima Barasuol Hammarstron
Dr^a. Luciana Paim Pieniz
Dr^a. Maria Denise Justo Panda
Dr^a. Marília De Rosso Krug
Dr. Tiago Anderson Brutti
Dr^a. Veronice Mastella da Silva

Bibliotecária

Eliane Catarina Reck da Rosa

Assistente da PRPGPE / Comissão Editorial

Mariane de Jesus Anacleto

Comitê de Avaliadores Ad Hoc da III Mostra Científica do GPJur

Ma. Raquel Buzatti Souto
Ma. Andreia Moser Keitel
Me. José Ricardo Libardoni dos Santos
Dr. Tiago Anderson Brutti
Dr. Antonio Escandiel de Souza
Ma. Fátima Barasuol Hammarstron
Ma. Ângela Simone Pires Keitel
Dra. Carla Rosane Tavares Alves
Dra. Isadora Wahys Virgolin
Dr. Domingos Benedetti Rodrigues
Ma. Fátima Costa
Ma. Jaciara Treter

M916a Mostra Científica do GPJur (3: 2018: Cruz Alta, RS)

Anais [recurso eletrônico] da III Mostra Científica do GPJur.
/Organizadores: Raquel Buzatti Souto, Tiago Anderson Brutti, Fábio
César Junges. – Cruz Alta/ RS: Unicruz - Centro Gráfico, 2018.

ISBN 978-85-87661-50-0

1. Direito - ensino - seminário 2. Pesquisa - seminário 3. Extensão
- seminário I. Souto, Raquel Buzatti. II. Brutti, Tiago Anderson. III.
Junges, Fábio César. IV. Universidade de Cruz Alta – Unicruz. Centro
de Ciências Humanas e Sociais. Curso de Direito. VI. Título.

CDU 34(063)

Catálogo: Bibliotecária Eliane Catarina Reck da Rosa CRB-10/2404

Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ
Rodovia Municipal Jacob Della Méa, km 5.6 - Parada Benito
Cruz Alta - Rio Grande do Sul - CEP 98005-972 - 55 3321-1500



UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA – UNICRUZ

PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO

CURSO DE DIREITO

Fundação Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ

Enedina Maria Teixeira da Silva - Presidente

Reitora

Profª Patrícia Dall’Agnol Bianchi

Pró-Reitora de Graduação

Profª Solange Beatriz Billig Garces

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

Prof. Diego Pascoal Golle

Pró-Reitor de Administração

Prof. Carlos Eduardo Moreira Tavares

Centro de Ciências Humanas e Sociais

Prof. José Ricardo Libardoni dos Santos

Coordenadora do Curso de Direito

Profa. Andréia Moser Keitel

Os textos que integram estes Anais são de autoria de professores e estudantes. A originalidade foi conservada, inclusive no que se refere à metodologia empregada. Os autores assumem a responsabilidade pelo conteúdo de seus textos.

Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ
Rodovia Municipal Jacob Della Méa, km 5.6 - Parada Benito
Cruz Alta - Rio Grande do Sul - CEP 98005-972
55 3321-1500



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
SOUTO, Raquel Buzatti	
BRUTTI, Tiago Anderson	
JUNGES, Fábio César	
A MÍDIA NA FORMAÇÃO DO SENSO COMUM: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO PROCESSO PENAL.....	8
SEGALA, Luiza Victória Marques	
SANTOS, Natália da Rocha	
PIAS, Fagner Cuzzo	
OS DEVERES FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIA CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
FRATTON, Elisângela Furian	
OLIVEIRA, Aline Cristina	
DE KANT A FOUCAULT: DIREITOS HUMANOS COMO UM ESPAÇO PARA A ATITUDE CRÍTICA.....	26
ARAUJO, Luís Guilherme Nascimento de	
LOPES, Rafael Vieira de Mello	
A REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	38
PORTELA, Andrew Carneiro	
WINK, Christiane Bronzato	
MELLO, Rafael Vieira	
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: ASPECTOS RELEVANTE	44
PEDROSO, Suélen Cristini	
BEDIN, Gabriel de Lima	
A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE AUTOMOTIVO EM CASO DE ACIDENTES, O RECALL E O POSICIONAMENTO DO TJ/RS.....	51
OLIVEIRA, Henrique Venturini	
PICADA, Leticia Santos	
GOMES, Aline Antunes	
DECIDO, PORQUE ASSIM ENTENDO: UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES APLICADA NO BRASIL.....	60
BERNKOPF, Erni	
BRONZATTI, Bruna Fernanda	



GALATTO, Monique Soranzo

TORTURA: UMA ANÁLISE DA CONEXÃO DO DIREITO, LITERATURA E CULTURA TELEVISIVA.....69

PICADA, Leticia Santos

OLIVEIRA, Henrique Venturini de

MATUSIAK, Moisés de Oliveira

O FEMINISMO E A LUTA PELA DESCONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS: UMA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 79

SANTOS, Ananda Rodrigues

BRUTTI, Tiago Anderson

DO POSITIVISMO JURÍDICO AO POSITIVISMO REALISTA: UMA CRÍTICA AO DIREITO À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA..... 91

COSTA, Marcelo Cacinotti

SIMSEN, Letícia Natiele da Silva

A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL101

BRAMBILLA, Fabrício da Silva

FERREIRA, Fernando Martins

A CRISE NO ATUAL SISTEMA PRISIONAL FEMININO 112

CENEDEZE, Andréia

PIAS, Fagner Cuozzo

A IMPORTÂNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO INQUÉRITO POLICIAL COMO ELEMENTO BASILAR PARA A ELUCIDAÇÃO DO DELITO 119

BRAMBILLA, Fabrício da Silva

FAGUNDES, Rafael de Aguiar

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL - LEI Nº 12.318/2010127

MIGLIORIN, Morena Morales Siqueira

ZAMBRA, Carlise Maria

A TRANSEXUALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA: O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS NO BRASIL..... 139

PEIXOTO, Amanda Laíse Alves

PIAS, Fagner Cuozzo



APRESENTAÇÃO

Esta publicação é o resultado dos trabalhos submetidos e aprovados para a III Mostra Científica do GPJur – Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos (acesse o espelho de identificação no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil, do CNPq: <http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf>, no âmbito da Semana Acadêmica de 2018 do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. A Mostra teve por objetivo fazer circular o conhecimento produzido no GPJur e em outros grupos de pesquisa congregadores de docentes e discentes da UNICRUZ e de outras instituições.

Ao estabelecer como objetivo perene da sua organização e atuação a promoção do ensino, da pesquisa, da extensão e da prática profissional, compreendendo-as como dimensões indissociáveis, o Curso de Direito e o GPJur organizaram a Semana Acadêmica de 2018 com a intenção de fomentar entre os alunos a iniciação científica na área jurídica e de promover um espaço de interlocução para a troca de experiências e saberes.

Instituído em 2009 pelo Curso de Direito, o GPJur cumpre sua função junto à comunidade ao estimular a produção científica, a excelência no ensino e ações comunitárias, seja no campo do Direito, seja na área Interdisciplinar ligada ao Centro de Ciências Humanas e Sociais. A produção científica individual e em grupo dos pesquisadores vem crescendo progressivamente nos últimos anos, reforçando o comprometimento do GPJur com a formação de uma cultura de pesquisa e de participação política no meio acadêmico e comunitário.

A Semana Acadêmica do Direito teve como foco propiciar discussões que perpassassem e atualizassem o conhecimento em diferentes áreas por intermédio de palestras voltadas a temas jurídicos relevantes e de atividades de iniciação científica promovidas pelo GPJur. O evento instigou que os alunos submetessem e apresentassem oralmente trabalhos completos na III Mostra Científica.

Os trabalhos se encaixam em uma ou em ambas as linhas de pesquisa: 1 – República, Estado e Sociedade Contemporânea; 2 – Constituição, Processo e Democracia. A linha 1 busca analisar temas relativos à organização do Estado Democrático de Direito; às formas de governo e aos modos de exercício de poder; aos direitos fundamentais dos cidadãos e aos novos direitos; aos desafios práticos postos às sociedades contemporâneas; aos movimentos sociais e às teorias constitucionais. A linha 2, por sua vez, consiste no estudo crítico da sociedade complexa frente aos sistemas jurídicos e na análise hermenêutico-filosófica das demandas jurisdicionais e políticas do Estado constitucional.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Raquel B. Souto, Tiago A. Brutti e Fábio C. Junges



A MÍDIA NA FORMAÇÃO DO SENSO COMUM: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO PROCESSO PENAL

SEGALA, Luiza Victória Marques¹

SANTOS, Natália da Rocha²

PIAS, Fagner Cuozzo³

Resumo: O presente trabalho discorre a influência da mídia no processo penal e da culpabilidade antecipadas das pessoas que passam por esse processo. Abordará a forma em que a mídia sensibiliza a sociedade e o que acontece com o indivíduo que sofre essas acusações. Além disso, será explorado o direito de informação em divergência à dignidade da pessoa humana, também estudar o princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Processo penal. Mídia. Princípios constitucionais. Presunção de inocência.

Abstract: This paper discusses the influence of the media in the criminal process and the anticipated guilt of the people who go through this process. It will address the way in which the media sensitize society and what happens to the individual who suffers these accusations. In addition, we will explore the right to information in disagreement with the dignity of the human person, also study the principle of presumption of innocence.

Keywords: Criminal proceedings. Media. Constitutional principles. Presumption of innocence.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mídia tem como finalidade atuar como mecanismo de influência e entendimento da verdade ao mostrar fatos e expor opiniões, é através dela que são sugeridos comportamentos, modismos, costumes e difundem ideologias, de maneira que a opinião pública é elaborada por meio da influência midiática.

Neste viés, relevante o estudo da influência da mídia no direito como um todo, inclusive no direito penal, tendo em vista o grande enfoque dado pela mesma em relação aos crimes de alta repercussão que são noticiados pelos meios midiáticos.

Há que se ressaltar que a mídia possui grande influência no senso comum, a ponto de, por vezes, criar um sério risco à ordem jurídica e social, haja vista o “decreto condenatório” midiático.

Este trabalho tem como finalidade analisar a influência que a mídia tem sobre o processo penal, bem como na formação da opinião pública, no consciente do julgador e dos jurados, até aonde esta pode lesar o processo e violar as garantias fundamentais pertencentes ao acusado.

1 Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: luuu_victoria@hotmail.com

2 Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: natalia.darocha@hotmail.com

3 Docente do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta-RS. E-mail: fpias@unicruz.edu.br



METODOLOGIA

Para ter um aprofundamento maior no assunto e esclarecer as dúvidas pertinentes foi realizada pesquisas em livros e artigos, através do método dedutivo. Conforme Mezzaroba e Monteiro (2009, p. 65):

O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que consideram ser verdadeiros e inquestionáveis para em seguida, chegar a conclusões formais. Já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas.

O método dedutivo é um processo de análise de informação que nos leva a conclusões sobre o respectivo assunto.

RESULTADOS

A mídia é o meio mais eficaz e rápido para a propagação de ideias, tanto boas quanto más, por meio das suas diversas formas. Os meios de comunicação, como internet, televisão, jornal, rádio, entre outros, se tornaram de extrema importância para a sociedade, tanto para trazer a informação quanto para moldar a opinião e entendimento do que se passa ao nosso redor.

Mídia, segundo Almeida (2007, p. 15), pode ser definida como “o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio, televisão, portais da internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento e publicidade”.

Os meios de comunicação⁴, tem como função social levar informações à população, de maneira que ocorra debates e construa políticas públicas, de modo que tenha uma ligação entre o Estado e a sociedade.

Assim sendo, a mídia, além de afetar nosso cotidiano, expressa suas vontades no nosso meio jurídico, principalmente no processo penal, que sofre a interferência pela opinião transmitida através dos meios de comunicação.

Levando em consideração que a mídia tem como finalidade buscar audiência e assim gerar maior lucro, Garcia (2015, p. 13) explana:

As notícias são veiculadas com o fim de atrair audiência e auferir lucros para os donos das emissoras. De plano, são descartados os acontecimentos que não despertam interesse do público e as notícias que não beneficiam ou que prejudicam os interesses econômicos de que o grupo midiático representa.

Ocorre que, atualmente a mídia não se conformando apenas em transmitir apenas os acontecimentos, realiza ainda, diversas vezes uma manipulação e distorção desses acontecimentos. A mídia afeta, diretamente e indiretamente, no modo de agir e pensar,

4 De acordo com Diana: “Os Meios de Comunicação representam os veículos ou instrumentos designados para difundir a informação entre os homens, por exemplo, o rádio, a televisão, o telefone, o jornal, a revista, a internet, o cinema, dentre outros.”. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/meios-de-comunicacao/>.



tornando assim mais fácil a manipulação das pessoas (BAYER, p. 36-49, 2013). Conforme Ramonet (2002, p. 63),

Os órgãos da mídia distanciaram-se de sua função inicial (reportar, narrar) para, vagarosamente, destacarem-se como intervenientes e invasores do fato. Com isso, não mais noticiam, mas opinam. Deixaram de informar para formar opinião. Neste contexto verificado, a relação entre a mídia e a opinião pública chegou a um tamanho grau de hegemonia do primeiro e submissão do segundo que, atualmente, pode-se dizer que, a opinião pública reduziu-se à opinião publicada pelos órgãos da mídia.

Sendo assim, a mídia ao invés de noticiar os fatos, opinam sobre eles, causando dessa maneira uma manipulação perante a sociedade, influenciando os indivíduos a acreditarem no que ela transmite, seja verdade ou não. Segundo Rahal (2012, [s. p.]),

A Justiça que é feita com base na pressão pública e na opinião publicada é quase sempre Justiça mal feita, e torna ainda mais desacreditado o Poder Judiciário. É muito fácil: a Justiça que prende por pressão e não com base em provas sólidas é a mesma que vai soltar dias depois. Quem perde com isso é o inocente que foi preso, a vítima que se sente desamparada, a Justiça que trabalha na direção errada e a sociedade que permanece insatisfeita. Perdemos todos nós, daí o perigo desta inversão tão corriqueira de papéis.

De acordo com Cornu (2007, p. 48), “a missão geral da imprensa é informar o cidadão, para que este seja capaz de formar a sua própria opinião”, sendo assim não deve fugir da sua função inicial e noticiar o fato em si, sem expor opiniões.

A mídia ainda classifica um rol de criminosos são pessoas estereotipadas pela própria sociedade como delinquentes, e acabam se tornando os responsáveis pela homogeneidade da população carcerária, conforme Canterji, (2008, p. 100). De acordo com Cabette (2013, p. 15) percebe-se, pois, que o sujeito é punido não apenas por aquilo que faz, senão, também, por aquilo que é e pensa. Para Canterji (2008, p. 2012): “A guerra que se diz travada contra o crime, em verdade, é contra um grupo de pessoas”.

Levando em consideração o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, observa-se então que as informações transmitidas de forma excessiva e manipuladas, pela mídia, podem atacar demais direitos constitucionais como o direito de defesa, ao contraditório, presunção de inocência, ao devido processo legal, ocasionando danos irreparáveis, atingindo a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, assim, a relevância jurídica inerente ao princípio presunção de inocência, qual está devidamente consagrado no inciso LVII⁵ do artigo 5º do diploma legal acima mencionado, sendo considerado um dos princípios orientadores do processo penal. Ademais, conforme disserta o autor Lopes Jr. (2017), a presunção de inocência atua em duas dimensões: uma interna, correspondente ao processo penal propriamente dito, percorrendo todas as suas fases, e outra externa, por ele explicada como:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;



também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Diante disso, no momento em que o jornalismo investigativo, despertando cada dia mais o interesse da sociedade, cria uma imagem negativa do acusado, pois o mesmo passa a ser visto como o definitivo autor do crime e por sua vez torna-se repudiado pela sociedade, fere o direito da presunção da inocência, entre outros princípios inerentes a conservação da dignidade da pessoa humana, que, segundo Nucci (2017), “nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados” .

Esclarece-se, assim, que a transmissão da informação é necessária, todavia não deve ocorrer de forma que possa influenciar na decisão do magistrado.

Neste sentido, Sanguiné (2001, p. 268) afirma:

Quando os órgãos da Administração de Justiça estão investigando um fato delitivo, a circunstância de que os meios de comunicação social proporcionam informação sobre o mesmo é algo correto e necessário numa sociedade democrática. Porém uma questão é proporcionar informação e outra é realizar julgamentos sobre ela. É preciso, portanto, partir de uma distinção entre informação sobre o fato e realização de valor com caráter prévio e durante o tempo em que se está celebrando o julgamento. Quando isso se produz, estamos ante um juízo prévio/paralelo que pode afetar a imparcialidade do Juiz ou Tribunal, que, por sua vez, se reflete sobre o direito do acusado à presunção de inocência e o direito ao devido processo legal.

De acordo com Dominguez (2009, p. 5) a influência realizada não deve intervir para convencer o magistrado, mas “em alguns casos desempenham uma pressão implícita na sua consciência, o levando a agir de acordo com o que pensa que lhe é esperado, mesmo sem que a mídia manifeste neste sentido”.

Apesar disso, deve-se considerar o tripé que rege o sistema processual penal, onde se encontram os sistemas acusatório, contraditório e o da imparcialidade, consoante lição de Lopes Jr (2017):

[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.

Outrossim, por mais difícil que seja não atender a inquietação da sociedade, o juiz deve agir em favor de sustentar o trâmite adequado dos processos, esforçando-se sempre atuar com amparos na imparcialidade. Segundo Sanguiné (2001, p. 276-277):

A prisão preventiva decretada com base em clamor público, alarma social” ou comoção da comunidade, é inconstitucional, pois acaba por configurar uma pena antecipada, ferindo os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Isto porque a prisão preventiva tem caráter cautelar, de prevenção, e nesses casos não há o que se falar em cautela, e sim em punição.



É de suma importância que sempre ocorra harmonização entre liberdade de expressão e as garantias individuais do acusado, feito com cautela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, que teve como objetivo analisar a influência da mídia no processo penal, mostrou que estas são instituições indispensáveis para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, mas que, no cenário atual, ambas as instituições não convivem de forma harmônica.

Atualmente os meios de comunicação já se tornaram rotineiros, sendo uma fonte de ligação das pessoas entre si e com o mundo. O direito a informação está ligado aos princípios constitucionais, como por exemplo o da publicidade, sendo a participação do público em geral uma garantia proporcionada pelo Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a imprensa está visando cada vez mais o lucro, em razão disso a mídia busca modos de captar mais telespectadores, enfatizando o jornalismo investigativo. Visto isso, o que ocorre é a manipulação e parcialização das informações, transmitindo as mesmas de maneira distorcida despertando assim, maior interesse do público, e resultando no sensacionalismo dos fatos e na manipulação dos receptores das informações.

A influência da mídia é visível, haja vista que ela transmite as informações de forma capaz de manipular o pensamento dos telespectadores, que se sentem no direito de pleitear pela vingança alheia e reproduzir os fatos supostamente ocorridos e sequer inicialmente investigados por órgão legitimado para tanto.

Conclui-se então, que a mídia deveria atuar apenas como meio socializador e educador, não expondo opinião de cunho sensacionalista, principalmente diante da tamanha influência que ostenta, tendo em vista que a percepção negativa de fatos está crescendo cada dia mais, e por consequência disso ferindo a dignidade humana das pessoas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Vitória da Conquista – BA. 2007. Monografia Científica em Direito na FAINOR - Faculdade Independente do Nordeste, 2007.

BAYER, Diego Augusto. **Mídia e sistema penal: uma relação perigosa**. Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre: Síntese, v.14, n.79, p. 36-49, abr./maio 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2007.



CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Totalitarismo, Direito Penal do inimigo, eliminação e tortura**. Boletim IBCCRIM, n. 246, maio. 2013;

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CORNU, Daniel. **Jornalismo e verdade: para uma ética da informação**. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1994 citado por ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 48.

DIANA, Daniela. **Meios de Comunicação**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/meios-de-comunicacao/>. Acesso em: 28 out 2018.

FERREIRA, Bruno Martins; ATAÍDE, José Nazareno; SIMONASSI, Mauro; e ROCHA, Walquiria Gomes. **A Influência Da Mídia Nos Processos Criminais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/153-480-1-pb.pdf>. Acesso em: 25 set 2018.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz**. 2015. 165p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015.

JURIS WAY. **A Influência Da Mídia No Processo Penal Brasileiro E A Ruptura Dos Direitos Fundamentais Sobre O Acusado**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13766. Acesso em 25 set 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/69011502/Manual-de-Metodologia-da-pesquisa-no-direito-orides-mezzaroba-claudia-servilha-monteiro-copy>> . Acesso em 15 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAHAL, Flávia. **Mídia e Direito Penal**. Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

RAMONET, Ignácio. **Propagandas silenciosas: massas, televisão, cinema**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 63.



SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva.** In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001.



OS DEVERES FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIA CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FRATTON, Elisângela Furian¹

OLIVEIRA, Aline Cristina²

Resumo: Este estudo aborda a temática dos deveres fundamentais e sua categoria jurídica que tem sido deixada em segundo plano pela doutrina e jurisprudência, por diversas razões históricas. Persiste a lacuna de uma sistematização do regime desses deveres fundamentais, que têm sido tratados de forma diferida pela ciência jurídica. Este artigo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, versa sobre a efetiva inserção dos deveres fundamentais na sociedade contemporânea como categoria jurídica autônoma constitucional que é colocada ao lado da dos direitos fundamentais como matéria integrante dos direitos fundamentais *latu sensu*. São elucidados também os deveres fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional, suas espécies, a inaplicabilidade direta no regime dos deveres fundamentais e a relação próxima dos princípios constitucionais com os deveres fundamentais.

Palavras-chave: Deveres Fundamentais; Constituição; Ordenamento jurídico- constitucional: Estado Democrático de Direito; Constitucionalismo Contemporâneo.

Abstract: This study addresses the theme of fundamental duties and their legal category that has been left in the background by doctrine and jurisprudence for several historical reasons. There remains a lacuna in a systematization of the regime of these fundamental duties, which have been treated differently by legal science. This article, using bibliographic research and the hypothetical-deductive method, deals with the effective insertion of fundamental duties in contemporary society as an autonomous constitutional juridical category that is placed alongside that of fundamental rights as an integral part of *latu sensu* fundamental rights. The fundamental duties in the juridical- constitutional order, their species, their direct inapplicability to the regime of fundamental duties, and the close relation of constitutional principles to fundamental duties are also elucidated.

Keywords: Fundamental Duties; Constitution; Legal-constitutional order: Democratic State of Law; Contemporary Constitutionalism.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado social de direitos e deveres fundamentais encontra-se inserido no Estado Democrático de Direito e para que seja assegurada a existência digna a todos os cidadãos, bem como seu desenvolvimento e evolução, mister que estejam em harmonia os direitos e deveres jurídicos.

O esquecimento pela doutrina e pela jurisprudência constitucional contemporânea na tratativa do tema dos deveres fundamentais é visível e evidente. Tal desprezo, no entendimento

1 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC-Brasil; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho - UMINHO - Portugal. Advogada. E-mail: elisff@ymail.com

2 Acadêmica do curso de Direito do sexto semestre da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: alineolicris_@outlook.com



de alguns autores é fruto da própria história do Estado e daquilo que Norberto Bobbio chamou da “idade dos direitos”³.

Os deveres fundamentais são correlatos aos direitos fundamentais e a problemática dos deveres tem relação nos dias atuais com o discurso quantitativo dos direitos fundamentais que é mais amplo e embasa a visão do Estado da sociedade contemporânea.

A forma mais natural e equilibrada quando se aborda o assunto dos deveres fundamentais prescinde da convocação de categoria jurídica dos deveres fundamentais, como categoria própria, verdadeiros suportes do Estado Social Democrático.

Os deveres fundamentais são a exteriorização da soberania do Estado cujo núcleo essencial prioriza a dignidade da pessoa humana, sendo assim, podem eles serem conexos e autônomos e de natureza defensiva ou prestacional na medida em que institui ao seu destinatário uma conduta positiva ou negativa.

O dever de solidariedade concretiza-se em diversos níveis e está inserido na ideia de cidadania que corresponde um sentimento de pertencimento à uma comunidade; como também está ligado na realização dos direitos sociais e na exigência do cumprimento dos deveres fundamentais sobre a sociedade.

Com este ensaio, objetiva-se demonstrar sob um aspecto geral, a configuração dos deveres fundamentais no regime jurídico-constitucional que estão vinculados com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua importância para o Estado, indivíduos e coletividade.

Justifica-se, portanto, este trabalho na fundamentação jurídica que os deveres fundamentais exercem uma função dupla onde a constituição manifesta e a lei concretiza, além de terem eficácia indireta e mediata, uma vez que o seu conteúdo não é totalmente concretizado, logo, dependem sempre da intervenção do legislador para o seu cumprimento, aplicação e sanção.

O TEMA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

*Direitos não podem existir sem deveres*⁴

Para que seja possível compreender a envergadura do caso que este trabalho se propõe a analisar é imprescindível abordar um dos temas mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea que são os deveres fundamentais.

As razões que estão por trás dessa desídia é histórica e consiste na ideia de solucionar as relações de tensão entre o poder e o direito, visto que o seu papel é dar limites ao seu exercício e conferir aos cidadãos um contexto de liberdade e autonomia. (NABAIS, 2007, p. 198).

3 L'Étá dei Diritti, na versão original publicada pela editora Einaudi, em Turim, 1992.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2015, p. 234



Os textos constitucionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não previam a declaração de deveres. Embora tenha ocorrido tal esquecimento, as causas mais próximas desse evento estão vinculadas com a conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, quer o regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais (NABAIS, 2007, p. 166).

O desprezo dispensado aos deveres fundamentais para o direito constitucional contribuiu decisivamente para o status passivo ou subjetivo do cidadão. Nessa senda expõe Nabais

[...] tendo agora em conta especificamente o direito constitucional, estamos em crer que, para um tal esquecimento, contribuiu decisivamente o facto de uma boa parte das actuais constituições da Europa Ocidental terem sido, em geral, adoptadas na sequência da queda de regimes totalitários ou autoritários, regimes que, pelo menos ao nível da realidade constitucional (se bem que, por via de regra, com importantes apoios quer nos respectivos textos constitucionais, quer nas correspondentes dogmáticas), acabaram por atribuir uma predominância praticamente absoluta ao que, desde *G. Jellink*, se vem designando por *status passivus* ou *status subjectionis* do cidadão. (NABAIS, 2007, p. 199).

Os deveres fundamentais fazem parte da estrutura exigida de qualquer constituição, tanto que embora tenha havido tal desconsideração pela doutrina, esta não foi empecilho para que houvesse a previsão expressa no Capítulo I do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

A despeito disso, surge o latente questionamento sobre o porquê a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais. Nessa seara discorre Dimoulis e Martins

Quem compara a bibliografia sobre direitos fundamentais com aquela dedicada aos deveres fundamentais percebe um fortíssimo desequilíbrio. Por que a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais? O desinteresse é devido, por um lado, à hostilidade de muitos autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado, à sua limitada relevância nas Constituições de inspiração liberal. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 60).

Nesse deslinde, o presente ensaio irá estudar a configuração dos deveres fundamentais no regime jurídico-constitucional que “guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 234).

Sob uma perspectiva evolutiva os deveres fundamentais foram positivados pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, abrangendo diversos tipos de deveres. Assim, o reconhecimento de deveres fundamentais em âmbito constitucional brasileiro é revelado por Sarlet

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais [...]. (SARLET, 2015, p. 235).

Sem a pretensão de aprofundar sobre o conceito de deveres fundamentais, mas de forma aproximada, “os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico- constitucional



própria colocada ao lado e correlativa das dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum” (NABAIS, 2007, p. 251).

Várias são as categorias de deveres constitucionais consistindo em deveres estatais implícitos e não autônomos, em deveres estatais explícitos e não autônomos, em deveres estatais autônomos, deveres não autônomos particulares, deveres autônomos particulares e direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular (DIMOULIS: MARTINS, 2014, p. 61)

Há quem sustente uma diferenciação entre deveres fundamentais e deveres constitucionais, estes de categoria mais ampla. “Admitindo-se tais distinções como possíveis, a partir dos critérios subjacentes que as justificam, não se está – é bom frisar – a desconsiderar a imbricação entre as diversas categorias de deveres”. (SARLET, 2015, p. 235).

A tipologia dos deveres fundamentais leva em conta “a existência de deveres conexos ou correlatos (aos direitos) e deveres autônomos”, tal diferença está pautada no fato de que os últimos não estão vinculados de forma direta à composição de “nenhum direito subjetivo, ao passo que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente.” (SARLET, 2015, p. 236).

Inclusive, diante de uma colisão entre princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da efetividade e o da segurança jurídica, litigam diversos direitos fundamentais e correspondentes deveres. Assim, quanto aos deveres dos litigantes demandantes adverte Zavascki

[...] II- Deveres do litigante demandante: a) submeter-se à jurisdição, ou seja, é-lhe vedada a autotutela, a justiça de mão própria. Trata-se de dever que decorre também e necessariamente do monopólio estatal da jurisdição, já mencionado; b) submeter-se ao cumprimento das cláusulas do devido processo legal, vale dizer, ao demandante assegura-se o direito de ativar a função jurisdicional, mas sua pretensão será apreciada e, se for o caso, atendida, após esgotada a liturgia do processo, que prevê contraditório e ampla defesa do demandado. É dever imposto pelo inciso LIV, do art. 5º. (ZAVASCKI, 1999, p. 6-7).

Ainda, o demandado litigante também possui deveres fundamentais que são de submeter a jurisdição e as cláusulas do devido processo legal, bem como a eficácia vinculante da sentença nele produzida. (ZAVASCKI, 1999, p. 7).

Ademais em se tratando de dever conexo ou correlato, o Supremo Tribunal Federal reconhece também o dever de solidariedade “que se projeta a partir do direito fundamental ao ambiente, gerando uma obrigação de tutela ambiental por parte de toda a coletividade (ou seja, particulares) e não apenas por parte do Estado” (SARLET, 2015, p. 236).

O dever da família relacionado a educação estabelecido no art. 208 da Constituição Federal de 1988, pode ser considerado um dever da coletividade e de preservação das futuras gerações. Já quanto o dever fundamental de pagar impostos, de prestar serviço militar, de colaborar na administração eleitoral são deveres de categoria autônomos. O exercício do direito de propriedade conforme a sua função social tipificado no art. 5º, XXIII, CF é de



difícil enquadramento dentro das categorias acima aludidas, tendo em vista que para alguns nem mesmo constitui um legítimo dever fundamental, e sim, um limite constitucional da propriedade (SARLET, 2015, p. 236).

Nota-se que “nos deveres difusos é necessário que haja a regulamentação infraconstitucional, indicando quem e como deve atuar para cumprir o dever. Essa legislação permite concretizar o dever, isto é, transformá-lo de difuso em individual ou transindividual.” A atuação do legislador é fundamental para que a norma constitucional permaneça normativamente operante para os indivíduos (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 65).

Contudo, tanto os deveres quanto os direitos fundamentais podem apresentar um núcleo “de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo (SARLET, 2015, p. 236-237).

Evidente na análise da Constituição da República do Brasil de 1988, a existência de um rol de deveres que “são endereçados tanto ao Estado, como a indivíduos ou a entidades abstratas (coletividade, sociedade, família). Alguns desses deveres são autônomos, isto é, não constituem simples reflexo de direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 67).

Importante salientar a existência de outra distinção entre deveres expressos e deveres implícitos, ou seja, “diversamente do que ocorre com os direitos, no caso dos deveres fundamentais, são poucas as hipóteses de deveres que tenham sido expressamente estabelecidos no texto constitucional” (SARLET, 2015, p. 237).

Em razão disso merece o estudo específico os deveres fundamentais que desempenham uma dupla função pela Constituição de 1988 onde de um lado “orienta o legislador ordinário para que, no exercício de sua função concretizadora, operacionalize os deveres, caracterizados pela já repetidamente mencionada baixa densidade normativa”. De lado oposto, a regulamentação constitucional é um fundamento para investigar a constitucionalidade dessa legislação (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 67).

Com base na existência de deveres conexos a direitos explica Gomes Canotilho

A existência de deveres conexos a direitos (deveres-direitos e direitos- deveres, a depender da ênfase), como bem lembra Gomes Canotilho, não afasta a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições. (CANOTILHO apud SARLET, 2015, p. 237).

Fica, assim, evidenciado a dupla estrutura dos deveres fundamentais onde a Constituição manifesta e a lei concretiza, onde o trabalho interpretativo do juiz, submetido ao ordenamento jurídico vigente tem o dever de perceber e de preservar os valores sociais imanentes da comunidade e realizá-los a fim de que a justiça seja alcançada.

Portanto, os deveres fundamentais para serem compreendidos de forma adequada como categoria jurídica autônoma, ao contrário de seu fraco tratamento constitucional pode sugerir,



não são limites dos direitos fundamentais, mas sim uma categoria constitucional própria que caminha lado a lado com os direitos fundamentais.

OS DEVERES FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

A despeito do exposto sobre a categoria dos deveres fundamentais não se limitam a deveres individuais mas expandem também para deveres de natureza social, econômica, cultural, política e ambiental conforme menciona expressamente na Constituição Federal de 1988 no Capítulo I do Título II “Dos direitos e deveres individuais e coletivos.”

Desta maneira, “os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional própria, expressão imediata ou directa de valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais” (NABAIS, 2007, p. 222).

Indubitável o interesse pedagógico sobre os deveres fundamentais, visto sua relevância espiritual e ética que abarca o propósito dos deveres fundamentais dos cidadãos, já que o homem não vive isoladamente e nem a sua liberdade é absoluta; sendo assim os indivíduos são responsáveis na área política, econômica, social, cultural, pela segurança, pela justiça e pelo desenvolvimento e progresso da comunidade (ANDRADE, 2012, p. 150-151).

Na realidade, é nítida a semelhança existente entre os conteúdos de direitos e deveres fundamentais, pois em ambos se exige condutas positivas ou negativas. Logo, resta claro, que o “conteúdo normativo dos deveres fundamentais não se basta com o conceito de imposição constitucional e, por outro lado, que tal conteúdo não prescinde da sua concretização ou conformação pelo legislador” (NABAIS, 2007, p. 361).

É discutida também a questão da eficácia dos deveres fundamentais sendo “possível afirmar que os deveres fundamentais podem – a depender do caráter da norma jurídico-constitucional que os fundamenta – ter eficácia e aplicabilidade imediatas”, porém tais características, na seara dos deveres, devem dependendo da hipótese, ser entendidas de modo diverso do que sucede com os direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 237-238).

Efetivamente o fundamento jurídico dos deveres fundamentais é a própria constituição, pois “nesta há-de ter em termos expressos ou implícitos cada dever fundamental o seu suporte ou a sua base” (NABAIS, 2007, p. 248).

A posição dominante no direito comparado quanto a aplicabilidade dos deveres fundamentais é que estes são apenas indireta ou mediatamente aplicáveis. Nessa linha explana Sarlet

Importa consignar, nesta quadra, que o art. 5º, § 1º da CF, dispõe serem imediatamente aplicáveis as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que evidentemente permite uma leitura distinta quando estiverem em causa normas impositivas de deveres. Ainda assim, a despeito da orientação prevalente em Portugal e em outras ordens jurídicas, há de se distinguir a aplicabilidade imediata comum às normas constitucionais em geral, pelo menos no que diz com o reconhecimento de alguns efeitos (designadamente a revogação de legislação



anterior manifestamente contrária e inconstitucionalmente de atos estatais posteriores), da necessidade de mediação legislativa para determinados fins, como, em caráter ilustrativo e consoante já frisado, a imposição de algumas sanções. Cuida-se, de qualquer sorte, de tema ainda em fase de desenvolvimento no direito brasileiro e que aqui não poderá, pelo menos por ora, ser mais explorado. (SARLET, 2015, p. 238).

Nesse deslinde onde ao contrário do que acontece com os preceitos constitucionais relativos aos direitos serem diretamente aplicáveis, “os deveres fundamentais não têm o seu conteúdo concretizado, ou totalmente concretizado, na constituição ou, mesmo que o tenham, não são diretamente aplicáveis” (NABAIS, 2007, p. 348).

Relevante salientar que os deveres não podem ser confundidos com os limites e as restrições dos direitos fundamentais, uma vez que estas podem ser justificadas a partir dos deveres fundamentais em prol da responsabilidade comunitária dos indivíduos preponderante, desde que protegido o núcleo essencial desses direitos, “visto que os deveres não justificam, por si, uma prevalência apriorística do interesse público sobre o particular.” (SARLET, 2015, p. 238).

Portanto, independentemente do grau de concretização normativa que os deveres fundamentais estão dispostos na constituição, “carecem sempre de intervenção do legislador para estabelecer as formas e os modos do seu cumprimento e a sancionação do correspondente não cumprimento” (NABAIS, 2007, p. 356).

Destaca-se a dimensão normativa dos deveres fundamentais que determinam tanto a limitação de direito subjetivo como também a redefinição do seu conteúdo, como por exemplo a efetivação da função social da propriedade. Nesse viés comenta Vieira de Andrade

[...] os deveres fundamentais, mesmo aqueles aparentemente associados ou conexos a direitos, constituem, na maioria dos casos, uma realidade autônoma e exterior ao direito subjetivo, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral (SARLET, 2015, p. 238-239).

Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito “não há direitos sem deveres e nem deveres sem direitos”, assim existem limites reservados aos deveres fundamentais que a doutrina em geral integra os deveres fundamentais na “(sub)constituição do indivíduo e na sua conseqüente ordenação face ao valor da dignidade da pessoa humana, apelando-se para a íntima ligação dos deveres aos direitos fundamentais” (NABAIS, 2007, p. 245).

Assim, a medida constitucional dos deveres e dos valores comunitários equivalentes se justificará em uma interpretação restritiva do próprio direito fundamental, conforme esboça Vieira de Andrade

Por vezes, a medida constitucional dos deveres e dos valores comunitários correspondentes justificará uma interpretação limitativa do próprio direito fundamental, interferindo assim diretamente na determinação do seu conteúdo – pode falar-se então de deveres imanentes. Em nenhum caso, porém, essa interferência será total, pois nunca poderá afetar o conteúdo essencial do direito: a <<intensidade>> dos deveres será sempre inferior à das faculdades reconhecidas. (ANDRADE, 2012, p. 159).



Ainda, inserida nesse contexto de direito-dever encontra-se o direito fundamental à propriedade e sua função social, “ambos com residência no catálogo dos direitos fundamentais, na forma de um poder-dever ou direito-dever” (SARLET, 2015, p. 239).

Ademais, no Estado Democrático contemporâneo os deveres fundamentais são para com a comunidade. Esse propósito é citado por Nabais

De assinalar, a este propósito, que a titularidade activa dos deveres fundamentais não esgota toda a posição jurídica dos respectivos titulares – o estado e outras entidades públicas. Com efeito, estes, para além da posição activa ou de vantagem (contrapartida da imposição dos deveres), têm por via de regra também uma posição passiva ou de obrigação expressa, quer na organização e funcionamento de serviços administrativos especializados (por exemplo, os serviços tributários quanto ao dever de pagar impostos, a administração eleitoral quanto aos deveres eleitorais, os serviços de recrutamento, instrução e enquadramento quanto ao dever de serviço militar, etc.), quer na realização de tarefas estaduais e no cumprimento de imposições constitucionais (como acontece com a generalidade dos deveres de carácter económico, social ou cultural que normalmente são também direitos). (NABAIS, 2007, p. 299).

Mister que se entenda que “os preceitos que estabelecem deveres fundamentais não são diretamente aplicáveis (a não ser que a Constituição determine expressamente o seu conteúdo concreto) e necessitam de previsão normativa expressa para serem fonte concreta de obrigações jurídicas” (ANDRADE, 2012, p. 159).

Em sentido oposto, mesmo existindo a premissa da bilateralidade entre direitos e deveres (para cada direito haveria um determinado dever), a Constituição, ao estabelecer a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, reconheceu da mesma forma, embora implicitamente, os deveres fundamentais (COMPARATO, 2000, p. 142-143).

Outrossim, é fundamental destacar a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação dos deveres no que alcança a dimensão subjetiva de direitos, a fim de que se assegure que “todas as medidas tomadas em nome dos deveres (limitação ou redefinição do conteúdo de direitos fundamentais) estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando, além disso, sempre o núcleo essencial do direito fundamental afetado” (SARLET, 2015, p. 239).

Embora o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na Constituição Federal de 1988, seus fundamentos estão inseridos no processo legal e na justiça, assim “trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público” pois permite que o juiz regule o peso da norma, fazendo assim justiça do caso concreto (BARROSO, 2015, p. 340).

Não obstante, é relevante assinalar que os deveres fundamentais são expressão de valores comunitários afirmados pelos princípios constitucionais que são verdadeiros pontos de contato e suportes recíprocos entre ambas as figuras constitucionais (NABAIS, 2007, p. 326).



Com base nisto, pode-se afirmar que a relação entre os princípios constitucionais e os deveres fundamentais é vicinal, existindo um condicionamento recíproco entre eles. Nessa esfera afirma Nabais

[...] De um lado, os deveres fundamentais estão fortemente condicionados ou limitados pelos princípios constitucionais. Com efeito, aqueles resultam ou podem resultar limitados, desde logo pelo facto de os princípios estruturantes do estado ou do seu ordenamento constitucional se dirigem à conformação dos poderes estaduais entre os quais sobressai, pelo seu lugar destacado e imediatamente relevante face à constituição, o poder legislativo a quem cabe, por via de regra, a concretização das situações de desvantagem específica e diretamente referidas ao bem comum, em que os deveres fundamentais se materializam. Daí que, logo por esta via, todos os princípios constitucionais, na medida em que limitem a *extensio* ou a *intensio* do poder legislativo ou condicionem o seu exercício, acabem de algum modo também por banalizarem os deveres fundamentais. (NABAIS, 2007, p. 327-328).

Por outro lado, os deveres fundamentais também condicionam ou podem adequar os princípios fundamentais, por óbvio que “tanto o âmbito como a intensidade destes não pode deixar de se articular e conjugar com os deveres constitucionais e com a sua concretização legal, impondo-se assim as limitações e condicionamentos que uma harmonização prática dos preceitos constitucionais correspondentes implicam.” (NABAIS, 2007, p. 328-329).

Por fim, é indubitável que os deveres fundamentais elencados no ordenamento jurídico constitucional são comuns aos dos direitos, assim os deveres fundamentais devem respeitar o princípio da proporcionalidade *lato sensu*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao silêncio da doutrina e da jurisprudência na abordagem do tema dos deveres fundamentais que representam valores da comunidade que devem ser respeitados pela sociedade contemporânea e pelo Estado, assim como promovidos e protegidos pelo constitucionalismo contemporâneo, estes não podem mais ser esquecidos ou postos a margem do universo jurídico.

A máxima de que direitos não podem existir sem deveres deve ser fortalecida de maneira recíproca e vista com seriedade pela atual doutrina que enfatiza mais os direitos fundamentais que os seus pares, os deveres fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 de forma expressa em seu art. 5º, *caput*, refere-se aos direitos e deveres fundamentais em sua redação, sendo a referida abordagem também encontrada de forma esparsa no decorrer da carta constitucional, porém os deveres fundamentais não possuem regime constitucional proporcional aos direitos fundamentais.

Sendo assim, no entendimento que temos por mais adequado, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica autônoma, que inclusive se integra com o tema dos direitos fundamentais, na dimensão que esta matéria centraliza todo o estatuto do indivíduo (direito e deveres).



Diversos são os deveres que estão integrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 como os deveres econômicos, sociais, de proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.

Porém em virtude da urgente necessidade de atenuar o hedonismo contemporâneo social em contraponto com a demasiado liberalismo atribuído a ideia de Estado de Direito é que a primazia dos direitos subjetivos aos deveres desafia uma mudança.

Reconhecer os deveres fundamentais no plano constitucional requer uma participação ativa dos cidadãos na seara pública e uma união colaborativa dos cidadãos em geral para uma transformação nos alicerces sociais.

O Estado Constitucional contemporâneo está assentado na dignidade da pessoa humana e o fundamento dos deveres fundamentais reside na constituição ou em sua previsão constitucional. Assim, os deveres fundamentais deve ser o propósito de criação pelo legislador constituinte, primeiro destinatário das normas constitucionais relativas a esses deveres.

Entretanto, grandiosa é a responsabilidade social quanto aos deveres jurídicos tanto pelo viés dos direitos fundamentais quanto dos princípios constitucionais, como também no meio das relações privadas.

Para os operadores jurídicos os deveres fundamentais são exercidos pela lei, ou seja, pela via indireta, não tendo aqueles eficácia nos termos da constituição, mas somente uma eficácia nos termos legais que os disciplinam e concretizam.

A ordem pública é imprescindível dentro de uma sociedade democrática, assim como a promoção do bem comum e o crescimento e desenvolvimento da nação, sendo assim o fortalecimento do reconhecimento dos deveres fundamentais como categoria jurídica constitucional autônoma consiste na existência de deveres-direitos e direitos-deveres e na proteção do núcleo essencial dos direitos sociais de um Estado de Direito Constitucional Contemporâneo.

Em síntese, os deveres fundamentais em sentido próprio ou estrito devem fazer parte integrante da matéria dos direitos fundamentais *lato sensu*, como categoria jurídica constitucional autônoma, face aos valores e interesses da sociedade distintos e contrapostos aos valores e interesses individuais consolidado na moldura dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Portugal: Almedina, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José [Org.]. **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130-147.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Portugal: Coimbra, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações**. Florianópolis: Revista da ESMESC, v. 5, n.6, p.49-58, 1999.



DE KANT A FOUCAULT: DIREITOS HUMANOS COMO UM ESPAÇO PARA A ATITUDE CRÍTICA

ARAUJO, Luís Guilherme Nascimento de¹

LOPES, Rafael Vieira de Mello²

Resumo: Os direitos humanos cumprem um papel histórico relevante, mas que pode ser reinventado e proliferado em direções e sentidos na medida em que se possibilita uma nova forma de encará-los. A partir da interpretação de Foucault do conceito kantiano de esclarecimento, buscou-se aduzir uma abordagem possível da problemática hodierna dos direitos humanos. Tendo um objetivo, na sua camada mais externa, de garantia da dignidade humana, os direitos humanos podem ser experimentados também, em uma visão mais desmedida, como uma ferramenta potente de concretização da mais intrínseca liberdade humana. Por meio da análise antropológica e genealógica dos seus conceitos e de seu papel histórico, torna-se possível a amplificação de seus horizontes teóricos e, por consequência, das suas possibilidades de ação. Assim, por meio da pesquisa bibliográfica e pelo uso do método dialético, concluiu-se pela possibilidade de os direitos humanos serem abordados por uma atitude crítica, denominada por Foucault como atitude de modernidade, e, a partir daí, resultarem na multiplicação de expressões de subjetividades.

Palavras-chave: Esclarecimento. Modernidade. Subjetividade. Ontologia. Liberdade.

Abstract: Human Rights play a relevant historical role, but it can be reinvented and proliferated in directions and senses as a new way of looking at them becomes possible. From Foucault's interpretation of the Kantian concept of Enlightenment, it was sought to provide a possible approach to Human Rights today. Having an objective, in its outermost layer, of guaranteeing human dignity, Human Rights can also be tried, in a more extreme vision, as a potent tool of concretization of the most intrinsic human freedom. Through the anthropological and genealogical analysis of its concepts and historical role, it becomes possible to amplify its theoretical horizons and, consequently, its possibilities of action. Thus, through bibliographical research and the use of the dialectical method, it was concluded that human rights could be approached by a critical attitude, called by Foucault as an attitude of modernity, and, from there, result in the multiplication of expressions of subjectivities.

Keywords: Enlightenment. Modernity. Subjectivity. Ontology. Liberty.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são, hoje, fonte de intensas discussões acadêmicas, jurídicas e até mesmo sociais. A polissemia que envolve essas discussões advém da multiplicidade de visões que integram os múltiplos espaços de disputa desses direitos. O que o presente artigo apresenta é uma leitura filosófica dos direitos humanos como área legítima de ação e propõe, a partir da filosofia, uma postura a ser desenvolvida nos numerosos pontos que compõem a constelação das lutas sociais pela concretização dessas garantias.

1 Acadêmico do VI semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: guilhermedearaujo@live.com.

2 Docente na Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Especialista em Formação Pedagógica pela UERGS. Mestre em Educação nas Ciências em Direito pela UNIJUÍ. Doutorando em Direito URI – Santo Ângelo. E-mail: profmello@hotmail.com



Para tal, será apresentado o diálogo as ideias de Immanuel Kant, no opúsculo “O que é Esclarecimento?” (1784) e as concepções de Michel Foucault, presentes no “O que São as Luzes?” (1984) que resulta no conceito foucaultiano de “atitude de modernidade”. Ao final, será feita a conexão destes conceitos com os direitos humanos e as formas de constituição de subjetividade, numa abordagem crítica do papel Direito e do Estado em suas configurações contemporâneas, levando-se em conta as ideias dos filósofos Alysso Leandro Mascaro, na sua obra de Introdução ao Estudo do Direito (2015) e Oswaldo Giacoia Jr., na obra Figuras de Foucault (2008). É relevante, pois, apreender uma atitude de amplificação de horizontes com relação aos direitos humanos, na medida em que é necessário o avanço em suas pautas, historicamente limitadas no que tange às possibilidades de expressão subjetiva, nesse sentido, é utilizado o aporte teórico de Boaventura de Sousa Santos, no artigo “Por uma concepção multicultural de direitos humanos” (1997).

Através de uma pesquisa bibliográfica, básica pura, desenvolveu-se uma metodologia descritiva, expondo discussões e conceitos previamente estabelecidos na literatura acadêmica, com uma abordagem qualitativa, na análise dos conceitos filosóficos e estabelecimento de correlações e interconexões com o âmbito jurídico. Portanto, utilizou-se do método dialético para inferir de construções filosóficas distintas um horizonte comum de ação e abordagem do conceito de direitos humanos.

RESPOSTA DE KANT À QUESTÃO “O QUE É ESCLARECIMENTO?”

No ano de 1784, um periódico alemão, a *Berlinische Monatsschrift*, publicou a resposta do filósofo Immanuel Kant à questão “O que é Esclarecimento?”. Embora seja um texto curto e aparentemente circunstancial, seu conteúdo se mostrou significativo desde a época de sua publicação e gera reflexões no âmbito da filosofia até a contemporaneidade. A resposta de Kant é, exatamente:

O Esclarecimento é a libertação do homem de sua imaturidade auto-imposta. Imaturidade é a incapacidade de empregar seu próprio entendimento sem a orientação de outro. Tal tutela é auto-imposta quando sua causa não reside em falta de razão, mas de determinação e coragem para usá-lo sem a direção de outro. *Sapere Aude!* Tenha coragem de usar sua própria mente! Este é o lema do Esclarecimento (KANT, 2012, p. 145).

Tem-se, assim, a concepção de que a imaturidade se define por uma posição de tutela, onde o indivíduo põe-se, ele mesmo, na condição de tutelado. Essa condição é responsabilidade tão somente do indivíduo, que, segundo Kant, demonstra falta de coragem e vontade atrelada ao comodismo de se ter alguém a decidir os caminhos da vida daquele que submete sua liberdade a uma posição menos autônoma em prol de certa segurança.

O pensamento é o lugar propício ao desenvolvimento da autonomia e da liberdade, mas pode também ser o local da heteronomia e da subordinação. Na ausência de ousadia (*Sapere Aude!*) impera a naturalização da imaturidade. Quando o caminho do esclarecimento se mostra penoso, a tentativa e a queda se tornam constantes e, por isso, se afastam aqueles a quem a orientação externa se mostra mais vantajosa que a obtenção dificultosa da independência.



Kant faz crítica a sua época quando relata: “Ouço, agora, porém, excluir de todos os lados: não raciocinai! O oficial diz: não raciocinai, mas exercitai-vos! O financista: não raciocinai, mas pagai! O sacerdote proclama: não raciocinai, mas crede!” (*Ibidem*, p. 146). O que ocorre quando se segue estritamente a tais mandamentos é o que o filósofo chama de uso privado da razão, definido como aquele que o indivíduo realiza quando ocupa certo cargo público e, por isso, direciona seus atos e escolhas para determinados fins, de ordem e interesses que são gerais mas que possui objetivos imediatos particulares, específicos. Em contraposição ao uso privado da razão, que, segundo o autor, não é o que proporciona o Esclarecimento, tem-se o seu uso público.

Por uso público da razão, Kant define aquele em que o indivíduo manifesta seus pensamentos enquanto estudioso, enquanto conhecedor daquilo que faz, direcionando ao público também letrado esta exposição. Isto é, quando o indivíduo se põe em uma posição de crítica, seja positiva, seja negativamente, com relação ao funcionamento ou modo de ser daquilo em que ele se mostra conhecedor. Um dos exemplos que o autor dá (*Ibidem*, p. 148) é do cidadão que deve fazer o pagamento de tributos, ainda que não concorde com eles, expressando tal discordância não no momento de realizar o pagamento ou se negando a fazê-lo, mas, depois de cumprir o seu dever, exteriorizando sua opinião e suas motivações sobre a injustiça ou inconveniência deste ônus.

O que se faz relevante a ser notado no opúsculo é a sua dimensão histórica. O filósofo a todo momento se põe a questionar qual o modelo legítimo de governante e quais as formas corretas de se governar com relação à liberdade dos indivíduos e à definição de determinados mandamentos, como na passagem:

Prejudica à sua majestade quando intervém nesses assuntos, quando submete ao controle do seu governo os escritos nos quais seus súditos procuram deixar claras suas concepções. O mesmo se dá ao proceder assim não só por sua própria concepção superior, com o que se expõe à censura: *Ceaser non est supra grammaticos*, mas, também, e ainda em muito maior extensão, quando rebaixa tanto seu poder supremo que chega a apoiar o despotismo espiritual de alguns tiranos em seu Estado contra os demais súditos (*Ibidem*, p. 151).

Segundo o autor, abrir mão do uso público da razão, em certas circunstâncias, pode não ser prejudicial, porém, renunciar a este uso seria uma afronta aos “sagrados direitos da Humanidade” (*Ibidem*, p. 151). Assim, o governo que impõe condutas pode ser legítimo, na medida em que permite a seus súditos o uso público da razão, o direito de expressar suas opiniões em relação à justiça de cada mandamento. Deste modo, é o modelo ideal de monarca aquele que “cuida que toda melhoria, verdadeira ou presumida, coincida com a ordem civil, mas pode deixar seus súditos entregues a si mesmos para fazer o que julguem necessário para a salvação de suas almas” (*Ibidem*).

Pode-se concluir, assim, que a obrigação máxima do homem deve ser com a sua razão, com o seu pensamento, ainda que fazendo o uso privado desta em atos de mero cumprimento do seu dever como cidadão. Mas, seu dever como indivíduo é a obediência à lei universal da razão. Sendo assim, não há que se falar em oposição entre a obediência e a liberdade em Kant,



afinal a máxima expressão da liberdade humana é, para ele, a estrita obediência à lei da razão. Nas palavras de Temple:

A sobreposição do uso universal, do uso livre e do uso público da razão, é a engrenagem que possibilita a liberdade de pensamento e, ao mesmo tempo, o dever à obediência. Obediência que não se dirige a fins particulares decorrentes do exercício de determinada função ou cargo, como no uso da razão privada, mas obediência à razão universal. Ou seja, a coragem de saber, de sair do estado de menoridade, consiste em reconhecer os próprios limites do conhecimento (TEMPLE, 2009, p. 238-239).

E é justamente nesta concepção de ousadia e coragem que se funda a imaturidade a qual o autor faz menção no primeiro parágrafo do texto. A característica, pois, daquele que se faz imaturo é a obediência à razão alheia e, por isso, o imaturo é o único responsável pela sua própria condição. Não é a história ou o governante que proporcionará o início do processo de emancipação e erigirá o Esclarecimento, mas o próprio indivíduo. Kant coloca o indivíduo como único ator do processo e da tarefa de desenvolver o Esclarecimento.

Sendo assim, cabe o questionamento se, na concepção do autor, vivia ele em uma época esclarecida. Kant é categórico ao responder que não. Sua época, segundo ele, era a época do Esclarecimento, não esclarecida, pois “há, apenas, claros indícios de que agora lhes foi aberto o campo em que podem trabalhar livremente e reduzirem, progressivamente, os obstáculos ao Esclarecimento geral ou à saída deles, homens, de sua imaturidade auto- imposta” (*op. cit.*, p. 152). Tal apontamento mostra, sobretudo, que o Esclarecimento é uma finalidade, da qual o processo começa com a saída da imaturidade. Esta é, pois, um dos passos necessários em direção à liberdade. A autonomia do pensar se dá, primeiramente, com a consciência e, em segundo lugar, com o ousar saber.

FOUCAULT SOBRE O ESCLARECIMENTO

Nos anos de 1982 e 1983, Michel Foucault ministrou um curso no *Collège de France*, intitulado “O governo de si e dos outros”, em que, na primeira conferência, ele analisa a questão do Esclarecimento na filosofia de Kant. Já em 1984, Foucault lança o texto “O que são as Luzes?”, na *Magazine littéraire* e, no mesmo ano, Paul Rabinow edita a coletânea “*The Foucault Reader*”, que também contém este texto. Será utilizada neste artigo a versão da coletânea americana, publicada no Brasil no segundo volume da coleção “Ditos e Escritos”, pela Forense Universitária.

Um dos primeiros apontamentos feitos por Foucault com relação ao texto de Kant é a inovação que ele efetua no direcionamento da filosofia no pensar a história e o papel do presente nesta reflexão. Até Kant o presente fora pensado em termos filosóficos de diferentes formas: como uma época distinta das demais, uma singularidade histórica que apresenta caracteres particulares, para o mal ou para o bem, como um momento de interpretação conjuntural para se desvendar acontecimentos iminentes, numa espécie de hermenêutica histórica ou um momento de transição entre dois tempos que se distinguem e em que é possível perceber uma evolução.



Porém, ao tratar do Esclarecimento, Kant não trata de desenvolver a singularidade do seu tempo com relação ao pretérito, nem interpretar suas circunstâncias históricas para inferir uma configuração futura e também não vê o seu tempo como um período de transição, na aurora de um novo tempo. Ele faz uma apreensão da sua atualidade e a expõe como uma parte de um processo, como um elemento estrutural para a saída do homem da condição de imaturidade. Segundo Foucault (2008, p. 337) “no texto sobre a *Aufklärung*, a questão se refere à pura atualidade. Ele não busca compreender o presente a partir de uma totalidade ou de uma realização futura”.

Deste modo, a apresentação que Kant faz do Esclarecimento é, em essência, de duplicidade: ele a tem como um fato, como elemento concreto de um processo histórico atual, que está em desenvolvimento, mas também como uma obrigação, no momento em que responsabiliza o indivíduo pela sua condição de imaturidade e o coloca como agente na tarefa de levar ao cabo a saída desta condição subordinada.

Para Foucault (*Ibidem*, p. 338), são duas as condições apresentadas no texto do filósofo alemão para o indivíduo sair da sua condição de imaturidade: discriminar corretamente o que decorre da obediência a um mandamento externo e o que decorre do uso da razão e, assim, diferenciar o uso privado e o uso público da razão. O que ocorre quando se submete a uma ordem é o uso privado da razão, não necessariamente cego e indiscriminado, mas que configura uma situação de direcionamento do uso da razão para determinados fins, fins particulares. Não há, assim, um uso livre das faculdades do pensar, mas uma posição de passividade. Porém, quando o objetivo é o raciocínio como ser pertencente a um todo, quando se expressa sem amarras suas inquietações e as direciona aos demais, como crítica, então faz-se o uso público, livre e universal da razão. Nas palavras de Temple, no momento em que o indivíduo se propõe a uma atitude ativa “como membro da comunidade e exatamente por isso age como um homem instruído, tem ele “completa liberdade, e até mesmo o dever, de dar conhecimento ao público de todas as suas ideias, cuidadosamente examinadas e bem-intencionadas” (*op. cit.*, p. 231).

A partir daí pode-se refletir sobre a dimensão política do uso da razão e sobre a configuração de governo apropriada para o seu uso público. A continuidade do processo e, ademais, a sua efetividade também estão relacionadas ao campo político, na medida em que a obediência ao rei não exclua a possibilidade de crítica a este, numa espécie de exercício da liberdade de consciência. Conforme atesta Foucault (*op. cit.*, p. 340), o que Kant propõe é um contrato com o monarca, para traçar as linhas e parâmetros de um despotismo esclarecido que garante o uso livre da razão em que esta se transforma na “melhor garantia de obediência, desde que, no entanto o próprio princípio político ao qual é preciso obedecer esteja de acordo com a razão universal” (*Ibidem*).



ATITUDE DE MODERNIDADE E A ONTOLOGIA DO PRESENTE

A partir da segunda metade do texto Foucault deixa de lado os comentários à literalidade do opúsculo e passa a expor sua leitura sobre os seus diversos significados. O foco do presente artigo é explorar a interpretação que Foucault faz da ambivalência do Esclarecimento kantiano. O valor duplo que o processo do Esclarecimento carrega quando Kant situa seu leitor na atualidade, demonstrando o movimento que essa atualidade naturalmente representa e, ainda, a responsabilidade que cada um tem para com este movimento, integrando-se como parte dele.

Assim, Foucault propõe que este escrito de Kant representa uma reflexão crítica e, ao mesmo tempo, uma reflexão histórica, onde se é possível ver “a reflexão sobre a “atualidade” como diferença na história e como motivo para uma tarefa filosófica particular” (*Ibidem*, p. 341). Este seria o esboço do que o filósofo francês chamou de “atitude de modernidade” (*Ibidem*).

Aqui ganha relevo a questão da aplicação da palavra modernidade para Foucault. Ele propõe o distanciamento quanto ao uso do termo como um período histórico, utilizado tão somente para diferenciar uma época de seus tempos pretéritos ou determinar aquilo que viria cronologicamente após ele, com fim de ressignificá-lo e atribuir-lhe uma axiologia. Busca atrelá-lo a uma *atitude*, que, nas palavras de Foucault, significa

[...] um modo de relação que concerne à atualidade; uma escolha voluntária que é feita por alguns; enfim, uma maneira de pensar e de sentir, uma maneira também de agir e de se conduzir que, tudo ao mesmo tempo, marca uma pertinência e se apresenta como uma tarefa. Um pouco, sem dúvida, como aquilo que os gregos chamavam de *ethos* (*Ibidem*, p. 342).

No momento de descrever essa atitude de modernidade, Foucault faz referência ao poeta francês Charles Baudelaire, como o representante do real sentido a ser atribuído a ela. As características presentes em Baudelaire da atitude de modernidade são, na concepção de Foucault: um novo tipo de relação com o presente, levando-se em alta conta sua transitoriedade, sua fugacidade e, assim, assumindo uma postura ativa com relação à essa natureza, um ato de vontade ao se “heroificar” o agora como representação pontual e simultânea do pretérito e do devir. Em segundo lugar, essa aceitação do presente deve ser irônica, no sentido de não ser meramente contemplativa, inoperante, mas em tê-lo como possível de ser modificado, imaginá-lo diferentemente do que ele é, captura-lo pelo que nos é apresentado e também pelo que nos deixou de ser.

A terceira faceta da atitude de modernidade se exprime quando o indivíduo interioriza sua forma de interpretar sua atualidade, quando o sujeito traça uma linha necessária entre a fugacidade do presente e a sua própria capacidade de inovar a si mesmo, e, a partir disso, ele é capaz de perceber a tarefa possível de constante reelaboração de si mesmo. O último ponto a ser levantado por Foucault é o local dessa construção, que não poderia ser outro senão a arte. Nas palavras de Menezes (2016, p. 30) “[...] para Foucault, a escolha de ser um poeta ou pintor da vida moderna atesta uma consciência sobre si mesmo, um compromisso



voluntário, concreto, no coração do momento em que se vive como membro e criador da tarefa transformadora”.

Portanto, o *ethos* filosófico da modernidade está, para Foucault, além de se colocar contra ou a favor do que é posto, mas reside na análise individual dos próprios limites, como sujeitos críticos, e na reflexão sobre os próprios horizontes históricos. Sendo assim, é questão de perceber, pelo próprio entendimento, o singular, contingente, o que é resultado de imposições externas e arbitrárias naquilo que é apresentado a todo momento como universal, necessário ou natural. “Trata-se [...] de transformar a crítica exercida sob a forma de limitação necessária em uma crítica prática sob a forma de ultrapassagem possível” (*op. cit.*, p. 347).

Nas palavras de Foucault, o olhar e a crítica ao presente deve ser, simultaneamente, arqueológica e genealógica. Arqueológica porque ao invés de se buscar as significações transcendentais da construção do sujeito e de um olhar pretensamente evolutivo do transcurso histórico, trata-se de perceber a materialidade dos hábitos, discursos e organizações atuais como partes de um processo. Genealógica porque deve-se deduzir dessa contingência do real as possibilidades de sua modificação. A crítica “não busca tornar possível a metafísica tornada enfim ciência; ela procura fazer avançar para tão longe e tão amplamente quanto possível o trabalho infinito da liberdade” (*Ibidem*, p. 348).

É por esta definição de atitude moderna e todas as suas significações práticas no modo de interpretação conjuntural que reside o potencial transformador a que se pode atribuir para o homem moderno. Em meio à complexidade social e econômica dos tempos atuais, mostra-se cada vez mais patente a necessidade de se pensar e de se criticar o presente. Nada pode fugir da transformação quando o indivíduo percebe a si mesmo como agente da inovação. E para ser aberto o caminho da transformação, a proposta de Foucault para uma ontologia do presente é essencial.

O ímpeto do ser humano de construir a si mesmo é o que pode fazê-lo tomar consciência da sua tarefa histórica de busca do Esclarecimento, como preconizou Kant em 1784. O Esclarecimento é uma via de mão dupla, de construção subjetiva e de transformação objetiva. Com essa ideia, pode-se analisar os meios de discurso e de ação pelos quais é possível, atualmente, encontrar as ferramentas para a afirmação de uma atitude moderna, e no presente artigo, pretende-se colocar os direitos humanos como um espaço em potencial de manifestação e de proposições modernas, na busca de práticas para uma transformação concreta.

DIREITOS HUMANOS: UM ESPAÇO PARA A ATITUDE CRÍTICA

Levando-se em conta a construção que Foucault faz da atitude de modernidade, é possível se inferir que o homem é dotado de uma potencialidade umbilicalmente ligada à diversidade. Diversidade de concepções sobre o mundo que cerca o homem, sobre a gama ilimitada de percepções possíveis sobre o seu presente e, sobretudo, os infinitos modos de relação que cada indivíduo estabelece para com este presente. Sendo assim, é possível



também o questionamento com relação às instituições que nos cercam e ao ferramental que comumente se utiliza na reivindicação e, de forma incerta e ulterior, na concretização das necessidades e das possibilidades humanas.

É possível o questionamento das bases conceituais que estão na estrutura dessas instituições e que, de certo modo, condicionam e direcionam os anseios dos indivíduos, de modo a determinar os limites do legítimo e do ilegítimo, daquilo que é passível de ser reivindicado e daquilo que não é abarcado por esse sistema institucional e burocrático. A concepção de universalização dos direitos humanos, desse modo, é essencialmente particularizante. Como expressa Santos:

[...] perante as condições do sistema-mundo ocidental não existe globalização genuína; aquilo a que chamamos globalização é sempre a globalização bem-sucedida de determinado localismo. Por outras palavras, não existe condição global para a qual não consigamos encontrar uma raiz local, uma imersão cultural específica (SANTOS, 1997, p. 14).

Os direitos humanos, historicamente, fundamentam uma estrutura constitutiva dos sujeitos ao mesmo tempo que se servem dela. Fundamentam na medida em que seus parâmetros de universalidade estão essencialmente ligados a um modo de vida particular, calcado na forma política estatal, na forma jurídico-normativa e na forma econômica capitalista. Se servem delas quando a maior parte de reivindicações possíveis hoje parece pintar como estruturas inexoráveis do desenvolvimento humano o Direito, o Estado, o Mercado, a Propriedade, o Trabalho, o Dinheiro e a Competição. Nas palavras de Agamben, é preciso parar de se ter as declarações internacionais de direitos “como proclamações gratuitas de valores eternos e metajurídicos, [...] para então considera-las de acordo com aquela que é sua função histórica e real na formação do moderno Estado-nação” (apud GIACOIA JR., 2016, p. 195).

Ou seja, estão fora da pauta questões mais profundas sobre a necessidade do direito como forma única de materialidade desses anseios, ou qual o papel do direito e do próprio Estado nesse contexto de luta e busca por concretização de acesso às mais variadas instituições e garantias. Os limites de constituição dos sujeitos possuem como espinha dorsal um sujeito submetido a um Estado, a um sistema político-burocrático, a um sistema econômico e os direitos humanos acabam por ter como sustentação a gama de valores essencialmente ligados a esses limites. Nas palavras de Rebouças:

[...] as perspectivas teóricas postas de direitos humanos bebem das concepções de direitos subjetivos, reforçando os atributos de universalização. Direitos humanos viram, nesta perspectiva, normatização, pautas e *standards*, da subjetividade [...], instâncias contrafáticas de sua própria realização. Neste sentido, os direitos humanos são frágeis instrumentos de concretização dos direitos de muitos (REBOUÇAS, 2015, p. 56).

Desse modo, o padrão atual é colocar-se contra ou a favor de certos direitos, mas nunca se colocar a questionar a necessidade do próprio direito como instrumento. Não se nota a posição-limite proposta por Foucault. Isso se dá uma vez que a sociabilidade capitalista constituiu à figura do sujeito de direito, – mudando em forma mas não em conteúdo as relações de submissão a um Estado ou a um Direito, quando coloca a todos formalmente na mesma condição e se altera a regência nominal de “sujeito a” para “sujeito de” – a aparente condição



ativa do indivíduo passou a ser substancial na construção da subjetividade do cidadão, daquele que porta direitos, daquele que possui um Estado e uma norma como instâncias últimas de garantia, torna-se mais dificultoso o questionamento dessas estruturas (MASCARO, 2015, p. 95).

Porém, se aceita a proposta de Foucault e se praticada uma arqueologia e uma genealogia dos direitos humanos, poder-se-á visualizar que os horizontes de luta possuem ainda muito espaço de amplificação. Uma arqueologia é necessária para se combater a universalização e uma consequente padronização conceitual e institucional dos direitos humanos, para, assim, multiplicar seus espaços de reivindicações e, acima de tudo, amplificar os conteúdos reivindicados. Na mesma linha, é essencial uma análise genealógica para deixar de se deduzir, do que é o homem hoje, os limites do impossível ou as formas de restrição da natureza humana, mas passar a deduzir da contingência histórica as formas possíveis de ultrapassagem desses limites e de superação das restrições.

Do mesmo modo que Foucault propõe uma nova axiologia da modernidade, propõe-se uma nova axiologia para os direitos humanos. Ou seja, colocar-se em dúvida, da maneira mais desmedida, a forma atual desses direitos, e os limites reais dos seus atributos. Como expressa Santos (*op. cit.*, p. 30) “na forma como são agora predominantemente entendidos, os direitos humanos são uma espécie de esperanto que dificilmente poderá tornar-se na linguagem cotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões do globo”. Dessa forma, a atitude crítica é fundamental, como aduz Rebouças:

[...] para ativar uma teoria crítica, é preciso reconhecê-la como atitude de resistência e combate das condições dadas, como capacidade para elaborar uma visão alternativa do mundo, para além de suas atuais contingências. Por tanto, pensamento crítico e realista é também um pensamento criativo e propositivo, é preciso abrir a possibilidade das pessoas se defenderem de acordo com os seus próprios critérios de dignidade humana, conforme o contexto cultural, ético, político e social. A teoria crítica dos direitos humanos não fundamenta nem se serve, portanto, de um sujeito universal. (*op. cit.*, p. 58)

No mesmo sentido de ampliação de sentidos, expressa Giacoia Jr. ao refletir, dentre outras estruturas, o sistema carcerário brasileiro e sua relação com os direitos humanos e a possibilidade destes na proliferação de perspectivas e horizontes:

Suspeito que uma reflexão filosoficamente acurada e historicamente bem instruída sobre nossos antigos circuitos discursivos a respeito de privação da liberdade, sistemas carcerários e direitos humanos poderia descortinar novos horizontes teóricos e práticos, que permitissem vislumbrar pontos de intervenção, linhas de resistência, vetores para o pensamento e a ação, que nos auxiliassem a formular com mais lucidez nossas questões e identificar a verdadeira natureza e a extensão dos impasses em cujas malhas nos debatemos (*op. cit.*, p. 202).

Na medida em que é possível se desprender das padronizações, são capazes de ser desenvolvidas outras formas de subjetividade, outras escolhas de vida, outros horizontes de atuação e construção de si mesmo. “Esta perspectiva mitigada dos direitos humanos que denunciemos é tanto castradora das diferenças quanto inaudita para as lutas e sofrimentos de populações inteiras excluídas das sociedades ocidentais em suas bandeiras universalizantes” (REBOUÇAS, 2015, p. 57). Somente com a crítica à essa construção “mitigada” de direitos



humanos pode-se perceber neles um campo plural de pautas e bandeiras a serem erguidas. Assim, expressa Foucault:

[...] esse trabalho realizado nos limites de nós mesmos deve, por um lado, abrir um domínio de pesquisas históricas e, por outro, colocar-se à prova da realidade e da atualidade, para simultaneamente apreender os pontos em que a mudança é possível e desejável e para determinar a forma precisa a dar essa mudança (FOUCAULT, 2008, p. 348).

Portanto, os direitos humanos podem ser um espaço para a crítica do que é o ser humano atualmente concebido, para a análise histórica do que o é imposto e para uma ultrapassagem possível e desejável dos conceitos que cercam o desenvolvimento múltiplo de subjetividades. Atitude crítica dos direitos humanos não deve ser tão somente a afirmação e o sonho vazio da liberdade, segundo Foucault, mas a possibilidade de inventar-se, a possibilidade de “um trabalho paciente que dá forma à impaciência da liberdade” (*Ibidem*, p. 351). É um processo de encarar o conceito de liberdade e leva-lo aos seus extremos. É um processo de Esclarecimento que exige, como Kant preconizou, coragem de entender, ousadia de saber. Assim, diz Rebouças:

As críticas dirigidas ao discurso dos direitos humanos implicariam em pensar para além do modelo de subjetividade posto. Pensar em subjetividades, no plural, como formas de constituir aquilo que somos, técnicas e maneiras de modularmos a existência, criando um repertório de possibilidades de si, vai obrigar o direito a repensar seus fundamentos, e a recolocar para o sujeito o problema da diferença, de uma alteridade que compartilhamos, e não apenas toleramos (REBOUÇAS, 2015, p. 60)

No momento em que for possível dilacerar as interrogações e os questionamentos, será possível encontrar novas respostas. É preciso a tentativa de entender os modos atuais de subjetivação ou de produção de subjetividades, de determinação vertical de perspectivas e modos de vida. Assim, será possível encontrar nos direitos humanos não um ponto de homogeneização, mas um espaço para a convivência das diferenças, um espaço para se construir novos modos de expressão. Como indica Santos, “o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja.” (*op. cit.*, p. 30). Os direitos humanos podem ser constitutivos da transitoriedade humana, da “heroicização irônica” do presente e podem ser a tecnologia contemporânea para o indivíduo criar seu próprio modo de relação com a atualidade em seu próprio contexto social, político e econômico, unindo a fugacidade do tempo com a imensidão de possibilidades de construção de si mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, o objetivo deste estudo foi estabelecer uma conexão entre o conceito de “atitude de modernidade” com os direitos humanos, procurando estabelecer uma leitura sobre o que eles podem proporcionar ao indivíduo na medida em que se expandem seus conceitos e seus horizontes de subjetivação. Através de um modo de se lidar com o presente, cria-se a possibilidade de desvelamento das estruturas que hoje compõem um arcabouço normativo e institucional responsáveis por uma limitação dos ideais de vida e de expressão humanas.



Com a postura inaugurada por Kant para se lidar com a atualidade, tomando-a como uma parcela de um movimento real no sentido do Esclarecimento e, por isso, tomando-a também como um fator de responsabilização dos indivíduos como partes integrantes desse processo, Foucault forma as bases para a concepção de um *ethos* filosófico propício aos tempos presentes. Na necessidade cada vez mais pujante de se pensar o diferente, de se refletir a realidade multifacetada que é característica da cultura humana, pode-se perceber a escassez de significado que uma pretensa universalidade expõe.

Deste modo, a atitude de modernidade para com os direitos humanos emerge expectativas, aflora concepções e catalisa novos conhecimentos. Conhecimentos sobre a contingência do presente, sobre a vastidão de perspectivas sobre a vida e sobre a responsabilidade que cada indivíduo tem no progresso do Esclarecimento no seu contexto histórico e social. Quando a heterogeneidade do ser humano se tornar o objeto principal dos direitos humanos, criar-se-á um panorama também heterogêneo de instituições, sistemas, associações e dispositivos plenamente capazes de garantir a cada um a possibilidade de empreender a atividade última e desmedida da liberdade.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Coleção Ditos & Escritos, vol. II: Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **O governo de si e dos outros.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Foucault. In: RAGO, Margareth; VELGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Figuras de Foucault.** 2ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

KANT, Immanuel. Resposta à Questão: O que é Esclarecimento? **Cognitio**, São Paulo, v. 13, n.1, p. 145-154, 2012. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/11661/8392>>. Acesso em 23 out. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do Direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZES, Marcos Antonio de. Leituras da modernidade: Kant, Baudelaire e Foucault **ArtCultura**, Uberlândia, v. 18, n. 33, p. 19-31, 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/view/37946>>. Acesso em 24 out. 2018.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Opinião Jurídica**, Medellín, Colômbia, v. 14, n. 28, p. 45-62, 2015. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/tc9rgy>>. Acesso em 24 out. 2018.



SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, Portugal, nº 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

TEMPLE, Giovana Carmo. *Aufklärung* e a Crítica kantiana no pensamento de Foucault. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 225-246, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/83328>>. Acesso em: 24 out. 2018.



A REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

PORTELA, Andrew Carneiro¹

WINK, Christiane Bronzato²

MELLO, Rafael Vieira³

Resumo: O presente estudo analisa as virtudes republicanas desde sua origem, sua atualidade e sua inserção nas constituições, o princípio republicano e os novos paradigmas jurídicos para sua compreensão e aplicação nos direitos fundamentais e as relações internacionais da república relacionada a Constituição, o conceito de constituição e como foi formada, pelo estado democrático e os artigos e as classificações em sentido material e formal, e o poder constituinte remontam à Idade Moderna, que vieram influenciar a própria noção de Estado, a necessidade da adoção das constituições escritas e o poder envolvendo na elaboração destas constituições, estabelecendo entendimento doutrinário questionado na constituição de 1988.

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Estado Democrático; Relações Internacionais; Virtudes Republicanas.

Abstract: The present study analyzes the republican virtues from its origin, its actuality and its insertion in the constitutions, the republican principle and the new legal paradigms for its understanding and application in the fundamental rights and the international relations of the republic related to the Constitution, the concept of constitution and as it was formed, by the democratic state and articles and classifications in a material and formal sense, and constituent power go back to the Modern Age, which came to influence the very notion of State, the need for the adoption of written constitutions and the power involved in the elaboration of these constitutions, establishing doctrinal understanding questioned in the 1988 constitution.

Keywords: Constitution; Fundamental rights; Democratic State; International relations; Republican Virtues.

CONSIDERAÇÕES INICIAS

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu Artigos o enuncia dentre seus objetivos fundamentais a promoção do desenvolvimento nacional. Conceito, aponta a doutrina que esse desenvolvimento pode ser compreendido de distintas formas e ser avaliado de diversas maneiras, por meio de inúmeros indicadores e/ou resultados.

A partir das diferentes abordagens do desenvolvimento, é importante buscar qual sentido é mais apropriado à realidade contemporânea do pensamento constitucional brasileiro.

Apesar de todas as classificações e concepções sejam importantes para a compreensão da Constituição, vamos analisar no presente artigo as constituições no sentido matéria real e em sentido formal e o poder constituinte remontam à Idade Moderna, que vieram influenciar a própria noção de Estado, a necessidade da adoção das constituições escritas e o poder envolvendo na elaboração destas constituições.

1 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ).

2 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ).

3 Professor do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ).



A república estuda as virtudes republicanas inseridas nas constituições relacionadas na aplicação dos direitos fundamentais relacionadas as constituições, e explicando as relações internacionais formada pelo estado democrático.

REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A constituição é o povo brasileiro, junto a assembleia nacional constituinte que institui um estado democrático, determinado a tornar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento a igualdade e a justiça. Essa constituição possui origem formal constitucionalismo está ligado as constituições escritas e regidas dos estados unidos da américa em 1787, após a independências das trezes colônias e da França em 1791 a partir da revolução francesa.

A república é a forma de governo em que o Chefe De Estado é escolhido pelos representantes dos cidadãos e sua função é exercida durante um tempo limitado, essa república é democrática e se constitui em uma organização político que tem origem no poder que são União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, formada por estado democrático de direitos relacionados aos princípios fundamentais, e as relações internacionais. Vejamos, neste sentido, os arts. 1º, 3º e 4º da constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I—a soberania; II—a cidadania;

III—a dignidade da pessoa humana;

IV—os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V—o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

- garantir o desenvolvimento nacional;

- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

- independência nacional;

- prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos;

- não-intervenção;

- igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz;

- solução pacífica dos conflitos;

- repúdio ao terrorismo e ao racismo;

- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.



Portanto, o princípio da solução pacífica dos conflitos em que o Brasil indica que o Brasil deve, em todas as relações internacionais, por determinado ordenamento fazer constar tais princípios e por decorrência das funções que eles passam a exercer numa sociedade, surge a oportunidade de haver maior controle da política externa desenvolvida por seus administradores. pelo Legislativo, que deverá se pautar nas suas vertentes quando de sua atuação de construção normativa, quanto pelo Judiciário. Aliás, é exatamente porque cumpre ao Judiciário o zelo da ordem jurídica, que se torna importante a previsão expressa em textos magnos dos referidos princípios, já que assim possuirá bases mais fixas para denunciar qualquer descumprimento para com os princípios ou mesmo considerar determinados atos como inconstitucionais.

CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL REAL E FORMAL

Na constituição o sentido Material Real está associado a lei fundamental, e este argumento está na constituição correspondente e definido nos fatores reais de poder, pois todos os países possuem uma história de uma constituição real nos tempos modernos que tem importância nas constituições reais e efetivas escritas no papel.

Os fatores reais de poder estão ligados com os princípios e a concepção de Direito dominante numa sociedade são sintetizados e inseridos num documento, constituindo-se a Constituição escrita.

[...] a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais... A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas, de Direito criado consuetudinariamente”. Fica claro, portanto, que, para Kelsen, Constituição material são normas constitucionais, ainda que estejam fora do documento escrito chamado de Constituição, que regulam a produção de outras normas. (KELSEN. 1998, p. 247)

a Constituição formal, isto é o poder constituinte democraticamente legitimado, quando a Lei Fundamental provém de um poder não legitimamente democrático, essa não poderá ser caracterizada de formal por não obedecer a seus requisitos básicos (seriam os casos das Constituições outorgadas. A Constituição formal deriva do poder constituinte, tanto no comportamento da sociedade como a própria concepção e o programa de desenvolvimento da mesma, inserido no documento como normas jurídicas.

O PODER CONSTITUINTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Poder Constituinte é a vontade soberana de um povo, tendo organizadas suas diretrizes políticas e sociais. Portanto, a titularidade do Poder Constituinte, pertence ao povo, visto que, decorre da soberania popular, que expressam suas vontades através de seus representantes, e suas espécies de poder Constituinte é classificado em: Originário; Derivado; Difuso e Supranacional. Em relação ao Poder Constituinte Originário este é subdividido em histórico



ou revolucionário. Por seu turno, o Poder Constituinte Derivado possui sua subdivisão classificada em: reformador; decorrente; e revisor.

O Poder Constituinte Originário, é denominado genuíno, de primeiro grau que Ocorre pelo rompimento por completo de determinada ordem jurídica existente e instaurar uma nova ordem jurídica no Estado, instaurando uma nova Constituição, ou, também, pode dar-se pela elaboração de uma primeira constituição. O Poder Constituinte Derivado deriva do Poder Constituinte Originário, tendo seu exercício limitado disposto na própria Constituição.

O Poder Constituinte Derivado Reformador, que cria normas constitucionais, com intuito de adequar a Constituição as necessidades e anseios presentes na sociedade. Por fim, temos definido que o Poder Constituinte Derivado Reformador é a possibilidade de modificação da Constituição, que se dá através das emendas constitucionais (arts. 59, I e 60 da CF/88), ou seja, de acordo com as normas e limitações instituídas pelo Poder Constituinte Originário. As emendas constitucionais são limitadas de acordo com sua natureza procedimental, circunstancial, temporal e material.

AS VIRTUDES REPUBLICANAS E CONSTITUCIONAIS

As virtudes republicanas são hábitos políticos positivos que decorre da vivência contemporânea dos valores constitucionais modernos. Desse modo, a Liberdade, a Igualdade e a Justiça, que são altos valores político-constitucionais, enquanto virtudes é o espírito ou comportamento político que não é económico ou moral necessariamente: embora até um certo ponto, liberal e de defesa da liberdade, numa isonomia e equanimidade, e na luta contra os privilégios, mordomias e numa proscrição do egoísmo, e numa prática de Fraternidade e Equidade. O republicanismo histórico foi sedimentando sobre a reforma de governar como ideia de republicano de uma utopia de concretização da república. Nesse sentido, Bobbio (2001, p. 11) apresenta um diálogo do Republicanismo:

A república é uma forma ideal de Estado fundada sobre a virtude dos cidadãos e sobre o amor pela pátria. Virtude e amor pela pátria eram os ideais dos jacobinos, aos quais depois agregaram o Terror. A república na realidade precisa do Terror. Você recorda-se do famoso discurso de Robespierre sobre a Virtude e o Terror. Para mim, a república é um Estado ideal que não existe em lugar nenhum. É um ideal retórico; portanto, para mim é difícil compreender o significado que você atribui à República e o que os republicanos entendem por república. Nem mencionemos então a República italiana.

Toda a base dos direitos fundamentais de primeira geração está firmada no pensamento liberal, em especial na igualdade e liberdade dos homens, sendo estas compreendidas apenas em sua concepção formal. Significa dizer que todos os homens têm igualdade de gozo da liberdade, ou seja, nenhum homem pode ter mais liberdade do que o outro.

As ideais de igualdade e de justiça, sem os quais, num novo contexto histórico, frise-se, fica impossibilitada a realização das liberdades, dos direitos de primeira geração. Por isso se entende se que:



[...] os direitos sociais não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais – entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real – exercem novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição de sua normatividade. Constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional (Barreto, 2003, p.110).

A realização dos direitos sociais possui um enorme clamor moral, uma vez que necessária para a concretização dos ideais de igualdade e justiça. Estes direitos não podem ser vistos como os direitos que aliviam os problemas dos menos favorecidos. Na realidade atual, a efetividade dos direitos sociais vai representar o embasamento concreto da possibilidade de realização dos direitos civis e políticos e, mais além dos objetivos primordiais elencados nas constituições dos Estados. É o que exige a nova ordem constitucional. Segundo Paulo Bonavides (2002, p. 518),

estes direitos passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade, ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude desta natureza de direitos que exigem do Estado prestações materiais que nem sempre são possíveis devido à carência ou limitação de meios e recursos. A inserção na esfera programática se deu por não conterem as garantias ministradas por instrumentos processuais de proteção, como as destinadas aos direitos de liberdade.

Por isso, partindo do princípio do consenso que já se estabeleceu nas nossas sociedades contemporâneas mais avançadas, embora as virtudes republicanas sejam mais próprias e moderadas, a liberdade e democracia, tem participação e representação. A liberdade e democracia e de tratar da coisa pública numa República caracterizada pelo Estado e governantes. As virtudes são valores e princípios de normas regras em seus paradigmas e formas que a república é considerada monarquias.

Além dos fundamentos valorativos, dos princípios e dos direitos fundamentais em geral, dos fundamentos institucionais e dos deveres constitucionais concorrerem, cada um a seu modo, para o travejamento essencial da Constituição, como Fundamentos da República.

Somente poderá ocorrer emenda constitucional a partir de proposta apresentada por no mínimo um terço dos deputados ou um terço dos senadores, Presidente da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas. Em relação as Assembleias Legislativas, se faz necessário a adesão da proposta por maioria relativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, esse estudo foi realizado acerca de república e constituição com enfoque nos artigos da constituição aplicados nos direitos fundamentais e seus objetivos que aponta na doutrina de seu desenvolvimento de diversas formas e o estudo da república e que estava relacionados na constituição e aplicado nos direitos fundamentais dentro do estado democrático, e os princípios e virtudes tratados dentro da republica como a republica se formou em um governo em que o Estado chefe foi escolhido pelo povo. A liberdade e a democracia que



foi tratada como uma república. E os objetivos de mudança na orientação política e pela implantação da forma federativa de Estado.

A Constituição de 1988 é formal. No que diz com a concepção material de Constituição, conclui que a Constituição brasileira pode sim ser classificada como uma Constituição material e formal e o poder constituinte à Idade Moderna, influenciando a própria noção de Estado, a necessidade da adoção das constituições escritas e o poder envolvendo na elaboração destas constituições

REFERÊNCIAS

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

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo interno da república**. Laterza, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Amelia Maria. **Direito à moradia Na Constituição Da República – Considerações A Respeito De Sua Positivção E Fundamentação**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58d2d622ed4026ca>. Acesso em 27 out. 2018.

CUNHA Ferreira Paulo. **Princípio Republicanos E Virtudes Republicanas**. Disponível em: <http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no2/8.pdf>

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. Ed. revista atualizada. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Acesso em 27 out. 2018.



A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: ASPECTOS RELEVANTE

PEDROSO, Suélen Cristini¹

BEDIN, Gabriel de Lima²

Resumo: Neste trabalho será discutida a função social da empresa, não somente como uma relação clássica entre capital-trabalho, mas sob viés da dignidade humana, e como agente capaz de reduzir as desigualdades sociais e gerar riqueza, não somente para os sócios/acionistas, mas para a coletividade. Analisar-se-á, então, o princípio da função social da empresa sob a perspectiva constitucional. Com efeito, o presente artigo pretende compreender a função da sociedade empresaria como meio de possibilitar a dignidade humana preconizada na Constituição Federal.

Palavras-chave: Atividade empresária. Responsabilidade social e econômica. Dignidade da pessoa humana. Ética empresarial. Direito.

Abstract: In this paper, the social function of the company will be discussed, not only as a classic relation between capital-labor, but under the bias of human dignity, and as an agent capable of reducing social inequalities and generating wealth, not only for shareholders / for the community. It will then analyze the principle of the social function of the company from a constitutional perspective. In fact, this article intends to understand the role of business society as a means of enabling the human dignity advocated in the Federal Constitution.

Keywords: Business activity. Social and economic responsibility. Dignity of human person. Business ethics. Right.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema abordado função social da empresa é resultado da evolução dos tempos, pois não é mais possível aceitar sua clássica concepção individualista, de poder absoluto de um sujeito sobre determinado objeto. Mais recentemente, o conceito de função social teve reflexos nas empresas, possibilitando a circulação de riquezas, a função social tem por objetivo trazer equilíbrio material nas relações e impor o interesse coletivo sobre os interesses privados.

Com base na função social, também não se admite mais que a empresa busque apenas o lucro e o desenvolvimento econômico para seus sócios/acionistas. Atualmente a empresa, ao desenvolver suas atividades, deve procurar também o desenvolvimento social, incluindo a criação e a manutenção de empregos, a preservação do meio ambiente, o incentivo à educação, à cultura e ao consumo consciente.

Neste estudo buscar-se-á demonstrar a interligação entre a responsabilidade social e a função social da empresa, como meio de possibilitar a dignidade humana preconizada na Constituição Federal.

1 Acadêmica do Curso de Graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. E-mail: suelencristinipedroso@gmail.com

2 Mestre, Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. E-mail: gbedin@msn.com



PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia empregada neste artigo é exploratória e utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na internet capazes de construir um estudo teórico coerente sobre o tema. Foi realizada, ainda, a leitura do material selecionado e a sua reflexão crítica.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A história constitucional brasileira é bastante irregular, com marchas breves³ e contramarchas duradouras⁴. A Constituição de 1988 adotou o modelo de constituição capitalista ao garantir a livre-iniciativa e a livre concorrência – entre outras garantias liberais –, mas também possibilitou ao Estado a exploração direta da atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse público.

Assim, ao lado de possibilitar a intervenção estatal (embora com limitações) na área econômica, a Constituição Brasileira de 1988 garantiu diversos direitos aos cidadãos e instituiu deveres ao Estado, estabelecendo um caminho no qual deverá trilhar: o avanço da justiça social e da igualdade material entre os indivíduos.

Tem-se, então, que “no desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista” (GRAU, 2001, p. 28).

As preocupações com o bem-estar humano, com o meio ambiente, com a capacidade de influência das empresas, principalmente das grades corporações multinacionais, trazem novos questionamentos sobre a responsabilidade social das empresas. O poder crescentes das empresas, que suplanta em muitos casos dos Estados Nacionais, também contribuiu para esta nova teoria. Como observam Berle e Means, a moderna sociedade anônima acumula um tremendo poder econômico controlado por poucos, podendo prejudicar e beneficiar multidões, afetar distritos inteiros, deslocar correntes comerciais, trazer ruína ou prosperidades às comunidades. (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009, p. 25).

3 Podem-se citar, exemplificativamente, as Constituições de 1891, 1934 e 1946. A primeira trouxe avanços no que se refere às garantias dos direitos individuais, estabelecendo a figura do habeas corpus (art. 72, §22º) como garantia contra a violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder e a “Declaração de Direitos”, bem como adotou a clássica separação de poderes instituída a partir da teoria de Montesquieu; a segunda, por sua vez, buscou inspiração no constitucionalismo europeu do pós-guerra de 1914/1918 e nas Constituições representativas do constitucionalismo social do início do século XX; e, a última conjugou a democracia liberal com as aquisições sociais, como, por exemplo, o direito de greve e a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas.

4 Exemplificam-se com as Constituições de 1937 e 1967 (e a Primeira Emenda de 1969). Aquela fora outorgada para estar a serviço do detentor do poder, no qual a Presidência da República se sobrepunha a todos os demais órgãos e poderes, não obstante a previsão constitucional da tripartição de poderes; e segunda, estava voltada para o fortalecimento do Poder Executivo e da autoridade do Presidente de República, outorgada em plena ditadora militar.



O termo “função social” é amplamente previsto na legislação brasileira, dentre as quais se destacam os artigos 116⁵ e 154⁶, da Lei 6.404/76, o artigo 47⁷, da Lei 11.101/05, e, por fim, o artigo 421⁸, do Código Civil. Vê-se, então, que a função social da sociedade empresária é fundamental para o direito empresarial e, registre-se, é seu princípio norteador. A legislação, portanto, deixa claro que, sem embargo do evidente viés capitalista das sociedades empresárias, estas deverão observar necessariamente a função social.

A propriedade dos bens de produção⁹, nesse sentido, deve cumprir a função social, ou seja, não almejar apenas fins lucrativos das sociedades empresárias, mas também ser norteadada pelos princípios constitucionais. A função social da empresa se trata, nesse contexto, de espécie do gênero função social da propriedade que está amparada no Artigo 170, III¹⁰, da Constituição Federal/1988. Assim, não obstante a garantia da propriedade privada (artigo 5º, XXII¹¹), mostra-se fundamental que esta seja cumpridora de função social. Com efeito,

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. O princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito (COELHO, 2016, p. 76).

É nesse contexto, portanto, que a função social da empresa deve ser compreendida. O lucro, desse modo, jamais deixará de ser o elemento essencial das sociedades empresárias, as quais, porém, devem ser analisadas à luz da Constituição Federal, notadamente sob o princípio da dignidade humana.

5 Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

6 Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

7 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

8 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

9 Por bens de produção compreendem-se todos os reunidos pela sociedade empresária/simple (ou empresário individual/EIRELI) para a organização do estabelecimento empresarial. Este, por sua vez, é o conjunto de bens – corpóreos e incorpóreos - que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa (COELHO, 2016).

10 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade.

11 Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;



A Constituição Federal de 1988 consigna, de forma abrangente e sistemática, uma série de princípios gerais, fundamentais ou jurídicos, que fundamentam, orientam e caracterizam o nosso sistema político, o modelo de Estado, os direitos e garantias fundamentais e a ordem econômica, como estruturas- mestras do sistema jurídico. Entre os direitos e garantias fundamentais e entre os princípios que caracterizam a ordem econômica, encontra-se em relevo o princípio da função social da propriedade (MORAES, 1999, p. 43).

Com efeito, para exercer sua responsabilidade social a sociedade empresária precisa produzir de modo a colaborar para a melhoria de condições, não apenas de seu titular, mas para toda a comunidade, em constante observância ao objetivo constitucional de estabelecer uma sociedade justa e igualitária. Nesses termos,

Responsabilidade social pode ser definida como o compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetam positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. (ASHLEY, 2003, p. 6-7).

Vê-se, então, que as sociedades empresariais não podem ser vistas apenas como capitalistas – no sentido de objetivo exclusivo do lucro –, mas também sobre a ótica social ao gerar riquezas – seja para seus titulares ou para seus empregados, mediante remuneração direta. A empresa, ao desempenhar atividade econômica, ao mesmo tempo em que busca o lucro deve exercer deveres e responsabilidades sociais, isto é, a sociedade empresária deve ser compreendida sob à luz da constituição federal, seus princípios e direitos fundamentais, os quais impõe uma nova compreensão empresarial, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais.

É, portanto, dever constitucional do empresariado privilegiar esta justiça social, a fim de garantir a todos cidadãos condições mínimas para satisfazer suas necessidades fundamentais, tanto físicas como espirituais, morais e artísticas. É princípio de justiça social, em uma ponta, pagar aos empregados remuneração justa, garantindo condições de sobrevivência digna; na outra, limitar o lucro arbitrário, ou os preços abusivos, como infrações à ordem econômica. (SOUZA, 2007, p. 50).

Todavia, não é possível afastar a sociedade empresária dos preceitos constitucionais e, portanto, a sua atuação no mercado deverá ser, necessariamente, adstrita à função social. É esse, outrossim, o entendimento quando analisado sob à ótica da propriedade privada – dos meios de produção-, nos termos do art. 5º, XXIII¹², da Constituição Federal, uma vez que haverá que atender, impreterivelmente, a função social. Assim,

Os empreendedores, possuindo os meios de produção, têm assegurada a reserva de seus bens e a possibilidade de lucro mediante sua utilização. No entanto, o conceito de que tais meios devem se destinar tão-somente à satisfação dos proprietários-empresários, foi afastado de nosso ordenamento jurídico, tanto pela Constituição Federal de 1988, como pelo novo Código Civil de 2002 quando limita a liberdade de contratar à função social do contrato. O uso do direito de propriedade e dos meios produtivos, é, portanto, exercido com limitações. Além de proporcionar ganhos ao seu detentor, deve atender à sua função social, ou seja, destinar-se a fins sociais muito mais amplos, que a simples atenção ao mercado de consumo. O uso responsável da propriedade deverá visar, além da produção de bens e dos lucros, à melhoria da sociedade como um todo, na qual a empresa se insere. Trata-se de um investimento social, não assistencialista, que se torna garantia futura da própria subsistência do empreendimento. São, portanto, diretrizes precisas, de responsabilidade social, promover o bem-estar dos

12 Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;



funcionários, proporcionando seu aperfeiçoamento profissional e pessoal; proteger os recursos naturais locais; respeitar o direito dos consumidores e os direitos humanos em geral; enfim, a satisfação de necessidades fundamentais da coletividade (SOUZA, 2007, p. 50).

Destarte, as sociedades empresariais, além de dinamizar a economia, geram renda, distribuem riqueza e, conseqüentemente, garantem dignidade às pessoas, mas tão somente quando observadas e atendidas os preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. As empresas, assim, são responsáveis pelo emprego e renda de grande parcela da comunidade em que está inserida, possibilitando o sustento, geração e circulação de renda, bens e capitais da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou as sociedades empresárias sob a ótica constitucional e a partir da nova ética empresarial. Esta, por sua vez, assevera que as sociedades empresárias não detêm viés exclusivamente capitalista, buscando apenas o lucro de seus titulares, mas, sobretudo, possui relevante papel dentro da comunidade em que está inserida, gerando renda e riqueza para a coletividade.

Deste modo, a responsabilidade social da empresa não deverá apenas satisfazer os interesses de seus sócios/acionistas, mas, acima de tudo, objetivar os interesses da sociedade na qual esta inserida.

Assim, o lucro não é incompatível com a função social, e sim, representa o resultado para as empresa que cumprem seu papel. Portanto, a função social estará cumprida quando a empresa observa promove a livre iniciativa e a justiça social, realiza a busca do pleno emprego, possibilitando a redução das desigualdades sociais, além de preservar o meio-ambiente.

REFERÊNCIAS

ASHLEY, Patrícia Almeida (Coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.



BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei 11.101/05, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CENCI, Ana Righi Cenci, BEDIN, Gabriel de Lima, FISCHER, Ricardo Santi. Do Liberalismo ao Intervencionismo: o Estado Como Protagonista da (Des)Regulação Econômica. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, jan/jun., p. 77-97.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. Ano 85, n. 732, out.-1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle nas S/As**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. Desenvolvimento em questão, Ijuí, n. 7, p. 127-152, jan/jun. 2006.



GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 190, p. 54-60, out.-dez. 1992.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACPHERSON, Crawford Brough. Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Trad. Carmen Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira. Brasília: UnB, 1998, v.1.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 810, p. 33-50, abr. 2003.



A RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE AUTOMOTIVO EM CASO DE ACIDENTES, O *RECALL* E O POSICIONAMENTO DO TJ/RS

OLIVEIRA, Henrique Venturini¹

PICADA, Leticia Santos²

GOMES, Aline Antunes³

Resumo: A sociedade de consumo é um fenômeno que ganhou espaço nos últimos anos, principalmente com a expansão do comércio eletrônico e a facilitação de créditos no mercado financeiro. E as fabricantes de automóveis se inserem nesse contexto, uma vez que também obteram um aumento de sua produção. No entanto, em razão de alguns produtos serem inseridos no mercado de consumo com vícios e/ou defeitos que acabam por causar danos aos consumidores, a pesquisa tem o objetivo de analisar a responsabilidade do fabricante automotivo em acidentes causados por carros que precisaram passar por *Recall*. Trata-se de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, em que inicialmente há uma abordagem acerca da caracterização da responsabilidade civil, dos direitos básicos do consumidor que precisam ser observados, especialmente o princípio da segurança e das situações em que deve ocorrer o *Recall* dos produtos que possuem vício. Na sequência, constam as jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como forma de demonstrar que quando os produtos violam o dever de segurança e causam danos à vida e à segurança do consumidor, os fabricantes devem responder de forma objetiva, indenizando as vítimas do acidente de consumo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Consumidor. Veículo defeituoso. Fabricante Automotivo. Recall.

Abstract: The consumer society is a phenomenon that has gained space in recent years, mainly with the expansion of electronic commerce and the facilitation of credits in the financial market. And car manufacturers fit into this context, as they also got an increase in their production. However, because some products are inserted in the consumer market with defects and / or defects that end up causing damage to consumers, the research aims to analyze the responsibility of the automotive manufacturer in accidents caused by cars that had to go through Recall. This is a qualitative bibliographical research, in which initially there is an approach about the characterization of civil responsibility, of the basic consumer rights that need to be observed, especially the safety principle and the situations in which the Recall of the products that have addiction. The case law of the Rio Grande do Sul Court of Justice, as a way of demonstrating that when products violate the duty of safety and cause damage to consumer life and safety, manufacturers must respond objectively, victims of the accident.

Keywords: Civil Responsibility. Consumer. Defective Vehicle. Automotive Manufacturer. Recall.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crescimento econômico observado nas últimas décadas contribuiu para aumentar significativamente o consumo de mercadorias. Atualmente, a dinâmica econômica da maioria dos países está baseada fortemente no mercado de consumo.

1 Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: ventu-rini.henrique@bol.com.br

2 Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: leticia_picada@outlook.com

3 Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta. Advogada. Mestre em Direito pela Unijuí. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: algomes@unicruz.edu.br



Neste contexto, o arcabouço jurídico também teve que se adaptar para dar conta desta nova realidade, principalmente, a partir de normas capazes de proteger o consumidor. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e outras legislações esparsas são importantes instrumentos para promover esta proteção jurídica, pois é direito destes a proteção à vida, saúde e segurança, bem como ter informações necessárias sobre o produto que estão adquirindo.

Assim, no momento em que o fornecedor tomar conhecimento de que colocou um produto capaz de oferecer algum grau de periculosidade aos consumidores, possui a obrigação de comunicá-los, assim como as autoridades competentes e realizar os devidos reparos.

Uma das formas de levar a efeito esta medida protetiva é a partir da convocação por parte de fabricante ou distribuidor para que determinado produto lhe seja levado de volta para substituição ou reparo de possíveis ou reais defeitos. Essa medida é chamada de Recall, termo de origem norte-americana, que tem como significado procedimento em que o fornecedor ou o fabricante convoca seus clientes para devolver seus produtos, quando é detectado algum defeito de fabricação para substituí-los.

Neste contexto, ressalta-se que as falhas e/ou defeitos pré-existentes nos automóveis devam ser reparados pelos produtores e/ou distribuidores, motivo pelo qual o tema proposto busca estudar as responsabilidades dos fabricantes automotivos decorrentes de acidentes por falha na fabricação, bem como a proteção do consumidor perante o Código de Defesa do Consumidor nesses casos.

O artigo está estruturado em dois tópicos. No primeiro é realizada uma abordagem sobre a responsabilidade civil contratual e extracontratual e no segundo tópico é estudada a proteção do consumidor e a responsabilidade civil do fabricante.

No que se diz respeito à responsabilidade civil, ela se divide em responsabilidade contratual, que é proveniente de contrato; e responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que é quando resulta uma transgressão dos direitos alheios.

A reponsabilidade contratual é a que acontece em razão do descumprimento de uma obrigação que foi assumida em um contrato e isso acaba gerando um dano a uma das partes envolvidas. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana, por sua vez, ocorre quando não há vínculo contratual com a parte, mas existe vínculo legal, e por conta do descumprimento desse dever legal, o agente, por ação ou omissão, com nexos de causalidade, e culpa ou dolo (em casos de responsabilidade subjetiva), causa danos à vítima.

É de suma importância a discussão acerca das normas de proteção ao consumidor, tendo em vista a clareza em sua aplicabilidade. Contudo isso não tem sido suficiente, pois o número de casos está cada vez mais frequente na vida dos consumidores.

A jurisprudência atual tem se posicionado favoravelmente aos consumidores, prolatando sentenças condenatórias, em que os fornecedores devem realizar o pagamento tanto de danos materiais, quanto de danos morais, de forma a ressarcir os consumidores dos prejuízos obtidos



com a situação. Em razão disso, destaca-se que a pesquisa é impulsionada pela preocupação com o que o consumidor tem passado, visto que é um tema muito abordado no momento. Já que a relação de consumo aumenta cada vez mais no dia a dia. É dever do consumidor ter entendimento de seus direitos e deveres, para que os mesmos estejam preparados e saibam como proceder e agir diante de uma situação destas.

Ressalta-se, ainda, que a presente pesquisa é bibliográfica, de caráter qualitativo e descritivo, pois busca a compreensão sobre a responsabilização civil por parte dos produtores/fornecedores de veículos automotivos, com análise do arcabouço teórico-jurídico, jurisprudencial e estudos de casos sobre o tema em questão. Além disso, o processo de análise é feito pelo método dedutivo, que para se obter uma conclusão se utiliza o raciocínio lógico-dedutivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O termo responsabilidade é utilizado em situações cuja consequência seja um resultado danoso, que pode ter sido causado tanto por uma pessoa física quanto por uma pessoa jurídica. A sua finalidade é restaurar o equilíbrio patrimonial e moral que foi violado em face de uma ação ou uma omissão (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

No que se diz respeito a sua classificação, a responsabilidade civil se divide em responsabilidade contratual, que é proveniente de um contrato e em responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que ocorre a partir da transgressão dos direitos alheios previstos na legislação. Segundo Coelho (2016, p. 241),

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como não negociável.

A reponsabilidade contratual é a que acontece quando não se cumpre o que foi assumido em um contrato, e esse descumprimento obrigacional acaba por ocasionar um dano a uma das partes envolvidas. A previsão está disposta no artigo 389⁴ do Código Civil de 2002.

Para que aconteça a responsabilidade contratual, o objeto primordial dessa relação, que é o contrato, deve estar válido, conforme dispõe o artigo 104 do Código Civil, ao fazer referência a necessidade de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em Lei.

Já na responsabilidade extracontratual ou aquiliana as partes não têm vínculo contratual, mas possuem vínculo legal, e é em razão do descumprimento de um dever legal, que o agente, por ação ou omissão, com nexo de causalidade, e culpa ou dolo (se a responsabilidade for subjetiva), causará danos à vítima. Conforme Diniz (2003, p. 459):

4 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.



A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um direito ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, da observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém.

Essa modalidade de responsabilidade possui previsão nos artigos 186 e 187 do Código Civil, sem depender de um contrato no qual envolve as partes, mas, ainda assim surge o dever de reparar o prejuízo.

É importante, ainda, ressaltar os pressupostos que essas responsabilidades apresentam. Quando se tratar de responsabilidade objetiva, ou seja, em que não se discute culpa, será necessário a presença apenas de três pressupostos: conduta, nexo causal e dano. Entretanto, se for responsabilidade subjetiva, os pressupostos serão quatro: conduta, nexo causal, dano e culpa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 339).

Cavaliere Filho (2015, p. 589), ao tratar da responsabilidade na esfera das relações de consumo, afirma ser necessário a presença dos elementos subjetivos (fornecedor e consumidor) e dos elementos objetivos (produto ou serviço), para que haja a caracterização do vínculo jurídico entre as partes. Nesse sentido, expõe que:

Aplica-se o CDC sempre que estivermos em face de uma relação de consumo, qualquer que seja a área do Direito onde ela vier a ocorrer. E relação de consumo é a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem num polo o fornecedor de produtos e serviços e no outro o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços. Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 589).

Quando se fala em responsabilidade por danos, o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade pelo fato do produto, explica alguns termos, entre eles de fornecedor, produtor e construtor.

A palavra fabricante, tem como significado aquele que monta, fabrica e introduz no mercado de consumo as mercadorias, peças e produtos. Produtor é aquele que incorpora no mercado de consumo produtos de origem vegetal ou animal. Construtor é o que inclui nos seus próprios negócios produtos imobiliários, a partir do fornecimento de serviços. A responsabilidade pelo fato corresponde aos danos acarretados por produtos ou serviços com defeitos, ou seja, aqueles que violam o dever de segurança e geram um dano ao consumidor. Esse tipo responsabilidade engloba, assim, os danos de maior importância, que atingem a integridade física e/ou moral do consumidor (NUNES, 2015, p. 255).

É importante ressaltar que para ocorrer a configuração da responsabilidade do fornecedor é preciso a presença dos seguintes pressupostos: Primeiro deve ter algum defeito no produto ou no serviço, este deve ocasionar um dano, e existir um vínculo de causalidade entre o defeito e o dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 548).

Os prestadores de serviços também serão obrigados a indenizar os consumidores, quando o serviço prestado não atender a sua finalidade, conforme previsão do artigo 14 do Código de



Defesa do Consumidor. Pode ser a partir de um contrato de prestação de serviços, ou também por falhas nas informações prestadas. O nosso CDC, se preocupa tanto em responsabilizar os fornecedores, bem como os prestadores de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos e o fornecedor de serviços. Porém existem algumas exceções, em que o fornecedor irá responder conforme verificação da culpa. É o caso dos profissionais liberais, que estarão sujeitos a indenizar, mediante comprovação de culpa. Segundo Cavalieri Filho (2015, p. 616):

Por que o profissional liberal foi excluído do sistema geral da responsabilidade objetiva? Essa é outra questão que suscitou controvérsia, mas hoje está pacificada. A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratados por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço em massa.

Assim, diante da prestação de serviços por profissionais liberais, aplica-se a responsabilidade subjetiva. No entanto, nos demais casos, a regra adotada pelo Código é a responsabilidade objetiva, ou seja, responsabiliza-se o fornecedor sem a discussão de culpa, situação que também é utilizada nos casos de danos causados pelos fabricantes de automóveis.

Na esfera da responsabilidade do fabricante, é importante realizar a diferenciação entre vício e defeito. Vício é o que torna o produto impróprio ou inadequado para o consumo, eles fazem com que o produto funcione mal ou não funcione. Pode ser de fácil constatação ou vício oculto, que são aqueles que aparecem só depois de algum tempo de uso. No artigo 26, parágrafo 3º, da Lei 8.078/90, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o vício oculto. O defeito é uma causa mais grave, é um vício acrescido de um problema maior, fazendo com que o produto não cumpra com sua finalidade. Uma das soluções para esses defeitos, quando a responsabilidade surge em razão de um problema na fabricação de um automóvel, é o procedimento chamado *recall*, objeto de estudo da próxima seção.

O RECALL E O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS

O *Recall* é um termo de origem inglês, caracterizado como um procedimento em que o fornecedor ou o fabricante convoca seus clientes para devolver seus produtos, quando é detectado algum defeito de fabricação. Geralmente esse método é feito por anúncios nas mídias, e envio de comunicados para os consumidores que precisem realizar esse procedimento (FONSECA, 2017, p. 17).

Trata-se de um procedimento gratuito, no qual o fabricante/fornecedor convoca os consumidores que adquiriram um bem, com a intenção de sanar os defeitos encontrados no produto. Caso localizado algum defeito o prejuízo é de total responsabilidade do fornecedor, e se for algo mais grave, o produto pode ser retirado de circulação o produto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p. 3).



O procedimento é tão importante, que a obrigação de informar o consumidor é do fornecedor. Esta divulgação pode ser por meio de jornais, ligações, televisão etc. Não obtendo êxito, o fornecedor terá que achar alguma maneira de fazer esta comunicação. Trata-se de um procedimento comum, de convocação dos consumidores para a realização do procedimento.

O *recall* se encontra previsto no artigo 10, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor⁵, que estabelece a necessidade do fornecedor não colocar no mercado de consumo “produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”, pois uma vez introduzidos no mercado, assim que tiverem conhecimento do fato, deverão comunicar “imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.

O artigo 2º da portaria nº 789, de 24/08/2001, disciplina o *recall*:

O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade ou nocividade que apresentem, deverá imediatamente comunicar o fato, por escrito, ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, aos PROCONs, bem como a todas as demais autoridades competentes (BRASIL, 2001).

O primeiro *recall* que aconteceu no Brasil foi registrado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, fato acontecido em 1998. A Mercedes Benz convocou 23.800 compradores do veículo de modelo OF 620 para consertar um problema com o suporte na coluna da direção. Entretanto, a própria marca Ford confirma que em 1970 chamou 50.000 compradores do modelo Corcel 1969 para consertar uma possível instabilidade no veículo (FONSECA, 2017, p. 21).

Segundo Correia (2010, p. 1), o maior *recall* que ocorreu no Brasil foi realizado pela Chevrolet, em 2000, e “convocou mais de um milhão de compradores dos veículos Corsa e Tigrá, fabricados entre 1994 e 1999”, pois eles apresentavam um problema no suporte para fixação dos cintos de segurança dos bancos dianteiros. “Foram registrados mais de 25 acidentes, com duas prováveis vítimas fatais” e foi a primeira vez que uma montadora reconheceu, no Brasil, que os acidentes ocorreram em virtude de defeitos de fabricação.

É importante mencionar, também, que caso o consumidor sofra algum prejuízo ocasionado por defeito no produto, mesmo que fora da época de garantia e depois da empresa ter anunciado por meio de divulgações o *recall*, o fornecedor responderá pelo erro.

Vale frisar, que o fornecedor sempre assume o risco do negócio e tem como dever e obrigação, evitar, minimizar e ressarcir danos materiais e morais, pois o objetivo deste procedimento é proteger a vida, bem como minimizar prejuízos dos consumidores, motivo pelo qual a importância de informar os consumidores acerca do *Recall*.

5 Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.



Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS abaixo colacionada, que trata de uma indenização por danos materiais e morais de um veículo da Volkswagen que incendiou e gerou danos ao consumidor, constata-se o erro do fornecedor que nunca falou para os proprietários sobre o *recall*, colocando-os em perigo.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIO NO PRODUTO. RELAÇÃO CONTRATUAL. MATÉRIA DA SUBCLASSE DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESOLUÇÃO Nº 01/98, DESTA CORTE. I.

Analisada a petição inicial, verifica-se que os autores alegam ter adquirido um veículo novo da demandada Comercial Auto Montenegrina, o qual é fabricado pela requerida Volkswagen. Afirmam que o automóvel possuía defeito de fabricação. Mencionam que nunca foi informado quanto à necessidade de *recall* para a correção de um problema que poderia causar risco de incêndio, tendo tomado ciência da existência de possíveis problemas de fabricação por meio de revista de conteúdo automobilístico. Dizem que dois meses após a realização do *recall*, o veículo incendiou enquanto os autores trafegavam por uma rodovia. Asseveram que não tiveram tempo hábil para a retirada dos pertences pessoais de dentro do automóvel antes que esse queimasse completamente. Nessa linha, pretendem a condenação solidária das rés ao pagamento de indenização pelos danos materiais, configurados nas despesas suportadas e nos bens queimados quando do sinistro, bem como indenização por danos morais. II. Logo, ainda que existente pedido indenizatório, percebe-se a necessidade de análise da relação contratual existente entre as partes. Matéria que se enquadra na subclasse direito privado não especificado, cuja competência para o julgamento pertence a uma das Câmaras dos colendos 6º, 8º, 9º e 10º Grupos Cíveis, conforme art. 11, § 2º, da Resolução nº 01/98, desta Corte. DECLINADA A COMPETÊNCIA, EM DECISÃO

MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70076396795, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 17/04/2018).

No que diz respeito à responsabilidade do fornecedor, ele somente não irá ser responsável se conseguir provar que não teve culpa, que não colocou no mercado o produto com defeito ou se houver culpa exclusiva do consumidor, segundo preceitua o artigo 12, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁶.

Por fim, afirma-se, ainda, que a jurisprudência atual tem se posicionado em pareceres favoráveis aos consumidores, não só prolatando sentenças condenando os réus (fornecedores/fabricantes) ao pagamento de multa pecuniária com base em danos materiais, mas também para demonstrar-se favoráveis a condenações em danos morais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao elaborar este artigo, chegou-se a conclusão de que a responsabilidade civil, é sem dúvida, o centro das atividades jurídicas na busca pela preservação do bem jurídico, sendo que o Direito usa deste utensílio para fazer valer as garantias do agente.

Este artigo preocupou-se em destacar em vários momentos a importância do direito do consumidor, o ressarcimento do dano para a vítima, bem como o dever da responsabilidade dos fabricantes automotivos, quando eles colocam no mercado algum produto defeituoso, uma vez

6 Art. 12. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.



que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), prima pela proteção do direito à informação, à proteção a vida, à saúde, à segurança e a prevenção e a reparação de danos.

Inicialmente foi realizado um o estudo acerca do conceito de responsabilidade e sua classificação em responsabilidade civil contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual, como o nome diz, é quando existe um contrato entre as partes. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato, pois há um vínculo jurídico entre as partes. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana haverá se o dever jurídico não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. É uma transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, não se tem vínculo contratual com a parte, mas tem vínculo legal, sendo que por conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexos de causalidade e culpa ou dolo, causará danos à vítima.

Na sequência, foram trabalhados os conceitos de vício e defeito. Vício é o que torna o produto impróprio ou inadequado para o consumo, eles fazem com que o produto funcione mal ou não funcione. Já o defeito, seria um vício acrescido de um problema maior, fazendo com que o produto viole seu dever de segurança, causando um dano para o consumidor.

A problemática de pesquisa está voltada para a responsabilidade do fabricante automotivo, quando ele coloca no mercado um automóvel com falha de fabricação. Ao ser feito a análise deste questionamento, se conclui que é correto que o fabricante deve reparar o defeito originado pelo erro de fabricação. Esse conserto é feito pelo procedimento chamado *recall*, previsto no artigo 10, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor, bem como pela reparação dos danos aos consumidores, como dispõe o artigo 12 do Código.

O *Recall* é o procedimento gratuito pelo qual o fornecedor informa o público e/ou eventualmente o convoca para sanar os defeitos encontrados em produtos vendidos. O objetivo essencial do *Recall* é proteger e preservar a vida, a saúde, a integridade e a segurança do consumidor, além de evitar e minimizar prejuízos físicos ou morais. Ele visa, ainda, a retirada do produto do mercado, caso não se ache a reparação adequada para deixar o produto em condições de circulação.

O fornecedor tem por obrigação colocar no comércio produtos de qualidade e tem por dever repará-los em caso de danos, independentemente de ter culpa. A jurisprudência tem se posicionado em favor dos consumidores, não só condenando os fornecedores/fabricantes, mas também penalizando com multas baseadas em danos morais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: Diário da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.



BRAISL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: Diário da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Ministério da Justiça. **Recall**: Guia Prático do Fornecedor, de 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/recall-guia-pratico-do-fornecedor.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. **Portaria nº 789, de 24 de agosto de 2001**. Regula a comunicação, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, relativa à periculosidade de produtos e serviços já introduzidos no mercado de consumo, prevista no art. 10, § 1º da Lei 8078/90. Ministério da Justiça, 24 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/legislacao>>. Acesso em: 3 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

CORREIA, Davi. **Os recalls que marcaram a história da indústria automotiva**. Revista Veja. Publicação em 30 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/os-recalls-que-marcaram-a-historia-da-industria-automotiva/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, Karina Maria Mehl Damico. **Responsabilidade Civil Pela Omissão do Consumidor no Recall**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), 2017. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2017/Karina_Maria_Mehl_Damico_Fonseca.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70076396795**. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Apelantes: Roberto Correa Dal Poz de Almeida e Paula Fernanda Viegas Dal Poz de Almeida. Apelados: Volkswagen do Brasil Indústria De Veículos Automotores Ltda. e Comercial Auto Montenegrina Ltda. Julgado em 17/04/2018. Acesso em: 25 maio 2018.



DECIDO, PORQUE ASSIM ENTENDO: UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES APLICADA NO BRASIL

BERNKOPF, Erni¹

BRONZATTI, Bruna Fernanda²

GALATTO, Monique Soranzo³

Resumo: O presente trabalho visa abordar um tema amplamente debatido, e que tem gerado situações atípicas no ordenamento jurídico brasileiro. Com correntes doutrinárias a favor, e outras contrárias à sua aplicação, a teoria dos precedentes vem sendo um mecanismo de fundamentação de decisões, em diferentes níveis do judiciário, de modo que a exposição a seguir tentará mostrar, sem a pretensão de esgotar o tema, o quão desastroso para normatividade, tem sido a utilização indiscriminada de julgados passados, sem atentar para sua efetiva interpretação e análise, resultando em inúmeras violações constitucionais, as quais ferem o sistema garantista posto na Carta Magna.

Palavras-chave: *Civil Law. Common Law. Constitucionalismo. Garantismo. Precedente.*

Abstract: The present work aims to address a widely debated topic, which has generated atypical situations in the Brazilian legal system. With doctrinal currents in favor, and others contrary to its application, the theory of precedents has been a mechanism of decision-making at different levels of the judiciary, so that the following exposition will try to show, without pretending to exhaust the theme, how disastrous for normativity has been the indiscriminate use of past judges, without paying attention to their effective interpretation and analysis, resulting in innumerable constitutional violations, which wound the system of guarantor set forth in the Magna Carta.

Keywords: *Civil Law. Common Law. Constitutionalism. Garantism. Precedent.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como a Constituição e as leis ordinárias, são no Brasil, a base para fundamentar decisões judiciais, a implementação do sistema inglês e norte-americano de julgamento, qual seja o uso dos precedentes, tem se intensificado nos últimos anos no ordenamento brasileiro, fruto de uma demanda em que a lei não consegue abarcar todos os fatos sociais que chegam até o judiciário. Contudo, essa mudança de fundamentação, trazendo casos passados para embasar a decisão presente, tem acarretado em muitos casos, violações, excessos, supressão, de direitos e garantias estabelecidos para o processo de julgamento.

O sistema *common law*, para determinar um precedente como orientador de uma determinada posição, perpassa por uma análise cuidadosa e interpretativa, por parte de quem está julgando, o que por outro lado, não tem se visualizado nos precedentes usados em muitas

1 Graduando em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI/RS); Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais (DCJS); Email: psilva139@yahoo.com

2 Graduada em Direito pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui. Advogada.

3 Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui/RS); Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais (DCJS); Email: monique.galatto@outlook.com



sentenças e acórdãos no Brasil. Tal realidade, que se apresentará ao decorrer do texto, denota a insegurança jurídica e o ativismo, por parte de alguns juízes, em simplesmente “anexar uma jurisprudência”.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O processo de pesquisa se deu por meio da busca de um referencial baseado em autores doutrinários com suas teses respectivas, em periódicos impressos, na legislação vigente sobre o tema proposto e na apreciação da produção jurisprudencial acerca do assunto. A análise se dá a partir de uma observação crítica das decisões por parte do poder judiciário e da Corte Suprema, donde grande parte dos precedentes tem se formado, e balizado as demais instâncias.

Já na sua realização, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, pautando-se no procedimento inicial da seleção bibliográfica, com posterior leitura e fichamento do material, a fim de que seja viabilizada a reflexão crítica acerca do tema e, por fim, resulte na exposição do referido estudo.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Brasil, nos últimos tempos tem vivenciado um cenário um pouco díspar com sua realidade de sistema jurídico. Bem se sabe que no Brasil é adotado o sistema *civil law*, como orientador de sua produção jurídica, bem como sua efetiva aplicação. Contudo, a realidade da *common law*, tem adentrado muitas decisões e criando correntes em prol de sua aplicação, tornando o sistema jurídico brasileiro, uma espécie de sistema híbrido, ora aplica a lei, ora se vale de julgados anteriores para fundamentar a decisão atual. De tal sorte, o próximo ponto abordará estes dois sistemas, mais detidamente.

Civil Law e Common Law, uma síntese destas duas grandes famílias jurídicas

Fruto de concepções históricas, dois grandes sistemas jurídicos se formaram no ocidente: a *common law* de origem anglo-americana, e a *civil law*, que advém da linha romano-germânica. Aquela se embasa de casos idênticos passados para justificar e orientar a decisão presente, e esta tem a lei, como núcleo fundante do ordenamento jurídico. O Brasil segue a *civil law*, e visível sua aplicação pátria, está no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, onde dispõe “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A *common law*, criada pelos juízes ingleses, e passada como herança aos Estados Unidos, tem por base a obrigação de respeitar os parâmetros estabelecidos em decisões pretéritas proferidas em algum caso idêntico (*standard*) ao que pôs-se analisar. Contudo, para um juiz deste sistema decidir embasado em um caso passado, tem de este, verificar os fatos do caso presente e comparar com o julgado pretérito (*stare decisis*). Ambos devem ser conexos em



suas causas, não podendo o juiz inglês ou norte-americano decidir no texto da sentença do precedente, devendo este, verificar os fundamentos da decisão passada (RAMIRES, 2010).

Já na *civil law*, as normas jurídicas sempre pautaram as bases da atuação jurídica, como o *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, e posteriormente os códigos e as constituições que vieram nortear as produções normativas. Sendo que nesse sistema, os precedentes detêm apenas força persuasiva, sendo a norma positiva a orientadora das decisões jurídicas.

Em sendo o Brasil, orientado pela normatização legal da maioria das ações, ou seja, a codificação deve o julgador atentar-se a lei. Contudo, em recentes reformas legislativas, a exemplo do Novo Código de Processo Civil de 2015, a sistemática do uso de precedentes para delinear decisões, bem como a utilização jurisprudencial como forma de fundamentar tais decisões, tem permeado o cenário jurídico. Todavia, sua má interpretação pode acarretar sérios vícios, resultando em anomalias jurisprudenciais, o dar-se-á pormenorizado no próximo título.

Precedentes: sua estrutura pela *doctrine of stare decisis* comparada a sua “aplicação” no Brasil

O que para alguns autores⁴, violaria as bases dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, e afrontando as barreiras impostas à atuação do Estado, constituídas pelos pilares do garantismo⁵, tem sido uma prática constante e reiterada de fundamentação jurídica em todos os campos do Direito. Cria-se com isso um ponto de convergência entre o resultado quantitativo e mais célere do judiciário ao analisar casos parecidos seguindo um padrão pré-determinado, frente à inobservância dos princípios constitucionais durante o processo. Como observa Maurício Ramires (2010, p. 98), “que a premissa de que o direito está estruturado em uma base coesa de princípios, e de que os juízes estão obrigados a aplicá-los de maneira coerente nos casos que têm diante de si.”

A teoria que trata dos precedentes, em especial ao sistema *common law*, usa a expressão “*doctrine stare decisis*”, que remete ao significado de deixar as coisas como foram decididas pelos juízes e tribunais do passado (DAVID, 1998). Assim, cria-se uma dependência e uma coesão de julgados em cadeia, resultando em uma segurança jurídica nas sentenças, contrapondo com o Brasil, que tem criado um cenário em que qualquer decisão com caráter vinculante (mesmo que de matérias diversas⁶), torna-se hábil a embasar uma sentença.

4 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 45.

5 Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* (2002) apresenta o garantismo como “uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos”.

6 HC 109.956 que trata da proibição do habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, com o argumento do Ministro Marco Aurélio, de que estes geram uma sobrecarga de processos no STF.



Sendo assim, o precedente torna-se a essência da *doctrine stare decisis*, e bem define Chamberlain (apud SESMA, 1995. p. 31) quando aponta as questões inseparáveis do raciocínio e motivação, como:

Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo [...] siendo una autoridad [...] para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión.

Todavía, no caso a ser usado como fundamento pretérito, deve-se analisar alguns fatores. A priori, fazer uma distinção entre o *holding* (o que fora debatido e sentenciado no caso passado), e o *dictum* (são as afirmações da decisão, mas que não denotam importância ao deslinde da questão). Encontrado estes elementos, apenas o *holding* da *opinion of the court*, que pode ter um caráter vinculante. Porém, ainda assim os operadores da *common law* se encontram em dificuldades, pois um julgado nunca é realizado e chegado ao termo, com objetivo de resolver casos futuros, e sim apenas o caso em análise. Diante disso, conhecer as razões do julgado passado, se faz extremamente importante, pois garante a resposta dada aquele problema (SOARES, 2000).

Os julgadores do sistema *common law* são impedidos de decidir apenas na *opinion of the court*, sendo que devem atentar para o caso que deu origem a decisão, criando uma ponte entre o passado e o presente. Sendo com isso, indissociáveis o fato e o direito, como assevera Lenio Streck (2006, p. 150):

[...] é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, e que o direito é parte integrante do próprio caso, e uma questão de direito é sempre uma questão de fato e vice-versa.

A correta aplicação dos precedentes se dá em duas dimensões, uma horizontal, onde o precedente se faz obrigatório à corte que o criou; e uma dimensão vertical, que abarca os tribunais de menor hierarquia. Com a divisão dos níveis de jurisdição, os tribunais de primeiro grau, por não gerar normas legais, ficam adstritos ao *stare decisis*; já as cortes de apelação (no modelo americano), ficam vinculadas aos seus precedentes. A Suprema Corte, por sua vez, é a única que detém uma liberdade (ainda que justificada e determinada) em se afastar dos precedentes em matéria constitucional, como bem definiu Edward Levi (1965, p. 404):

A liberdade que a Corte tem para abandonar sua prévia leitura da Constituição é um reconhecimento da primazia do documento. Concedido à Corte o direito e o dever de interpretá-lo, não lhe foi dado o dever ou a oportunidade para reescrever suas palavras. Pode decidir casos com base em sua interpretação das palavras, mas se a análise do raciocínio por exemplos tem algum significado, é o de que uma corte posterior pode aceitar o resultado naqueles casos, mas justificá-los com uma diferente teoria.

Mas como sendo a única, tanto a Suprema Corte, como todos os juízes que se encontram no modelo de precedentes, uma construção de uma tradição, e de uma cultura, que atribui a quem julga dar continuidade ao direito e sua interpretação. Quando se fala em responsabilidade de quem julga, para com a continuidade do direito até então construído, pertinente a visão de Dworkin (1985, p. 159) quando aduz sobre cadeia de precedentes:



Qualquer juiz obrigado a decidir descobrirá se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juízes de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em periódicos nos quais as ortodoxias procedimentais e as convenções judiciais eram diversas. Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é uma função continuar essa história o futuro por meio do que se faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem nas mãos, ao invés de guinar em uma nova direção apenas sua. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

E cada vez mais, ao analisar a realidade jurídica e jurisprudencial no Brasil, nota-se a utilização deste sistema de precedentes, onde tanto a produção legislativa⁷, quanto a atuação, principalmente dos tribunais superiores, tem adotado julgados passados como um fator de justificação para a decisão do caso sob análise. Tendo assim, um misto entre aplicação hígida da normatividade para com o entendimento jurisprudencial, muitas vezes distanciado do entendimento majoritário⁸ (SANTOS, 2013).

Nota-se que no *stare decisis*, tanto para analisar e utilizar como para superar um precedente, a isonomia e a preservação do *holding* do precedente, deve ser observado. O magistrado não pode atuar indiferentemente quando da aplicação à teoria dos precedentes, sem adentrar no caso passado e observar suas conexões com o caso em exame, a fim de desarmonizar a cadeia de precedentes. Sua utilização mecânica, sem observância à estrutura da teoria, como se visualiza nas fundamentações jurídicas brasileiras, tende em muitos casos, acarretar danos às partes da lide e ao próprio ordenamento pátrio (SCHIMITZ, 2013).

A aplicação indistinta de precedentes, pelos juízes brasileiros (mais latente nas cortes superiores), gera certa lacuna quando da fundamentação se baseia somente na ementa do julgado passado, sem adentrar em uma análise de sua *ratio decidendi*. O simples “copiar e colar”, acaba por gerar uma insegurança jurídica e uma afronta aos princípios da igualdade e da isonomia, visto que, o julgador não adentrou no caso passado e não tem a certeza de aquele se assemelha com o caso em análise, criando uma linha desconexa de precedentes.

Assim, atentando-se ao plano formal, embora em um primeiro momento se tenha uma visão de precedentes como segurança jurídica, em virtude, justamente, da previsibilidade das decisões judiciais, o que se vislumbra na aplicabilidade material é também essa possibilidade de engessamento, imobilização do direito.

7 Dentre muitas, o CPC/2015, em seu art. 489. São elementos essenciais da sentença: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Também os arts. 926 e 927 do CPC/2015, que tratam do efeito vinculante aos precedentes judiciais do STF e STJ.

8 Como no HC 126.292/2016, que muda diametralmente o entendimento já consolidado pelo HC 84.078/2009, violando não só normas internacionais ratificadas pelo Brasil como a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, em seu art. 11, mas também princípios e regras da Constituição Federal, como o art. 5º, inciso LVII, onde dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.



E a materialidade do indistinto uso dos precedentes se mostra cada vez mais presente na produção jurisprudencial brasileira. Dentre muitos exemplos, um se destaca por sua discrepância com o uso de julgados passados, bem como a afronta a direitos estritamente constitucionais. O caso⁹ ocorreu na Comarca do Leme, em setembro de 2017, na Vara Criminal de Justiça/SP, onde uma juíza condenou o réu por tráfico e drogas, segundo seu entendimento, no fato de ter ficado em silêncio perante a autoridade policial, e só em juízo apresentar sua versão, culminam automaticamente o dolo e a responsabilidade do réu, para com os fatos narrados pelos policiais. E para fundamentar sua decisão, a juíza usa dois julgados pretéritos, um do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

De mais a mais, o réu permaneceu calado perante a autoridade policial, conduta incompatível com aquele que brada por sua inocência, entendo a jurisprudência que: “embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável aos réus, pois a reação normal de um inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, não reservar-se para prestar esclarecimento apenas em juízo” (SÃO PAULO, 2017).

E outro julgado para corroborar a violação da prerrogativa constitucional de manter em silêncio:

E mais: Segundo aquilo do juriconsulto Paulo, no Digesto (50, 17, 142): Quem cala não confessa, mas também não nega (“Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare”). Ainda: “Muito embora o silêncio do interrogando seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém, preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional” (SÃO PAULO, 2017).

No caso acima, visivelmente se mostra a atuação frágil e violadora de preceitos fundamentais de garantias, onde pela obrigação legal de fundamentação, a juíza molda o caso sob sua jurisdição, a duas realidades que foram superadas. Esta insegurança gerada por uma fundamentação frágil, e muitas vezes antagônica, acaba por atenuar muitos excessos por parte do julgador, como bem destaca Ramires (2012, p. 45):

E, se a menção isolada de texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal. [...] o âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao status de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as “necessidades”.

Este cenário, de um ecletismo improvisado entre a *doctrine of stare decisis* e normatização dos fundamentos, contrapõem-se com a ideia de constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2012, p. 6). Segundo o autor, “caracteriza-se por uma normatividade forte [...] em princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, [...] consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias.”

O fato de se aplicar a teoria dos precedentes no Brasil, não é o centro da discussão, segundo Ramires (2012), pois é sabido que o ordenamento normativo brasileiro em alguns

9 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COMARCA de Leme, FORO DE LEME, VARA CRIMINAL, Processo Digital nº: 0000807-46.2017.8.26.0318.



casos é arcaico e obsoleto, mas a crítica se dá diante uma correta aplicação da mesma, seguindo a sua construção e análise dos precedentes a serem usados como fundamentos das decisões. De tal sorte, que além do respeito à Carta Constitucional e sua hierarquia principiológica, as decisões não podem excepcionar a ordem constitucional, de maneira arbitrária e ativista, porquanto, o poder judiciário no sistema *civil law* não detém cumulação de legislar e julgar ao mesmo tempo, diferente do sistema *common law*.

A fundamentação jurídica com precedentes, irregrada e desmedida, sem atentar aos efeitos posteriores desta utilização, afeta o garantismo, e a Constituição, pois no Brasil ainda impera a fundamentação legal, não podendo o julgador se valer anãs de decisões passadas, sem a devida interpretação da mesma. Os meios eletrônicos, como exemplo, tornam a tarefa de procurar respostas mais céleres e ágeis, contudo, extirpa a capacidade de análise e leitura destas respostas. O conforto de se adendar ao julgado, uma ementa, com apenas alguns cliques, tem tomado o espaço da interpretação e tornando a teoria dos precedentes, um tanto vulgarizada no Brasil, resultando em processo mimético de repetição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto as considerações acima, assevera-se que a pretensão não é esgotar o tema, mas sim tecer alguns pontos que permeiam o compêndio gigantesco de julgados que a cada dia se produz no Brasil. Julgados estes, que das mais variadas maneiras, tem-se fundamentado em julgados passados, criando correntes e orientações totalmente adversas aos preceitos constitucionais, oriundos do sistema garantista.

A precariedade desses julgados denota como o decisionismo judicial tem imperado diante ao poder de julgar. O fato de usar em uma decisão, precedente que violam direitos, não só traduz a fragilidade do sistema punitivo, como também desvela a dissonância entre as disposições constitucionais e sua efetiva materialidade.

Ademais, verifica-se que o *civil law* na atualidade tem se aproximado muito do *common law*, embora o primeiro tenha a lei como fonte primeira do direito, enquanto o segundo tem a jurisprudência como fonte alicerce. Esse entrelaçamento pode trazer benesses ao direito se sua aplicabilidade respeitar precipuamente as garantias inerentes ao indivíduo, respaldando-se na dignidade humana, que deve também ser estendida ao âmbito processual.

A subjetividade das decisões e a vagues dos fundamentos, como acima retratados, demonstra que a preocupação de alguns juízes é ter uma decisão longa, e que “segue” o entendimento predefinido para a situação, qual seja ela. Os precedentes, quando aplicados em sua teoria, observados sua complexidade, tornam-se um fator positivo ao desenvolvimento do direito, e uma ferramenta eficaz à concretização das garantias democráticas pós-positivistas, balizando os tribunais em não retrocederem socialmente. Porém, se sua aplicação for descompromissada, e desmedida, acaba por adentrar no campo do decisionismo, onde até o silêncio pode tornar-se prova contra si mesmo.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal (988)**. 20. ed. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. **Novo Código de processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 109.956**. Acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em julgar inadequado o habeas corpus como substitutivo de recurso ordinário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Repercussão geral, cumprimento de sentença já em segunda instância. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo Digital nº: 0000807-46.2017.8.26.0318. **Condenação por tráfico de drogas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-silencio.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.
- DAVID, René. **Grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de A. K. Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LEVI, Edward. **The Nature of Judicial Reasoning**. Trad. Hermínio A. Carvalho. v 32. nº 3. University of Chicago, 1965.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SANTOS, Samuel Bertolino dos. A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. **Direito e Segurança Jurídica**. Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú, v. 1, n. 1, p. 158-159, ago. 2013.



SCHIMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, v. 38. n. 226, p. 365-366, dez. 2013.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (Ontologische Diferentz) entre Texto e Norma**. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre, 2006.



TORTURA: UMA ANÁLISE DA CONEXÃO DO DIREITO, LITERATURA E CULTURA TELEVISIVA

PICADA, Leticia Santos¹

OLIVEIRA, Henrique Venturini de²

MATUSIAK, Moisés de Oliveira³

Resumo: O presente trabalho explana sobre a prática de tortura retratada na cultura dos povos nórdicos, em especial na Era Viking que possui como início de seu recorte temporal o saque que ocorreu em 739 a.D., ao mosteiro de Lindisfarne, finalizando-se com a derrota do Rei norueguês Haroldo Hardrada na Batalha de Stamford Bridge, no ano de 1066. Nesse contexto, o objetivo principal da pesquisa é investigar sobre o direito fundamental de não ser submetido a prática de tortura conforme a Constituição Federal de 1988 e, além disso, expor a cultura Viking no tocante ao ato de torturar. Assim, o trabalho encontra-se dividido em dois momentos, o primeiro busca explicar história e a cultura dos povos nórdicos e o segundo, sobre o conceito de tortura e apresentação da mesma na cultura ora referida. Quanto à metodologia, realizou-se pesquisa qualitativa apoiada em doutrinas, legislações e no seriado “Vikings” produzido pelo canal History e disponível para reprodução em determinadas plataformas *online* como, por exemplo, Netflix.

Palavras-chave: Cultura Viking. Direitos fundamentais. Tortura.

Abstract: The present explicit work on the torture portrayed in the culture of the Nordic peoples, especially in the Viking Era that begins at the time of the visit what happened in 739, to the monastery of Lindisfarne, ending with a defeat of King Harold Hardrada at the Stamford Battle Bridge in the year 1066. In this context, the main objective of fundamental right research was not subjected to a practice of torture under the 1988 Federal Constitution and, moreover, to expose Viking culture to the act of torture. Thus, the work is found in two moments, the first seeks to explain the history and culture of the peoples and the second, on the concept of torture and the presentation of the same in the culture or referred to. About the methodology, we performed qualitative research supported by doctrines, legislations and non-series “Vikings” produced by the channel History and availability for the reproduction of online platforms such as Netflix.

Keywords: Viking Culture. Fundamental rights. Torture.

INTRODUÇÃO

A série “Vikings”, escrita e criada por Michael Hirst e gravada para a emissora History, apresenta sobre a cultura dos povos nórdicos, sendo inspirada nas histórias de um dos mais conhecidos e lendários heróis nórdicos, o Viking Ragnar Lothbrok. Embora a história tenha sofrido algumas adaptações, ainda consegue manter-se fiel em muitas partes como a qualidade e coerência da trama, demonstrando, em muitos momentos, a cultura dos vikings. Assim, ao

1 Acadêmica do décimo semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Bolsista PIBIC/ UNICRUZ e voluntária no Grupo de Pesquisa sobre Direitos dos Animais da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: leticia_picada@outlook.com

2 Acadêmico do décimo semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: venturini.henrique@bol.com.br.

3 Doutorando do Programa de Pós-Graduação de Desenvolvimento Regional da Unijui. Mestre em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Docente da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: mmatusiak@unicruz.edu.br



retratar a cultura dos povos nórdicos, o escritor da série fez questão de mostrar os rituais e, em muitos desses rituais, ocorre a prática da tortura, conforme será analisado na presente pesquisa.

Nesse contexto, o objetivo do trabalho é averiguar o conceito de tortura, conforme previsto em diversos documentos internacionais e também na doutrina e, apresentar a cultura dos povos nórdicos na Era Viking e a forma como utilizavam a tortura como meio de justiça e até mesmo vingança.

Justifica-se a pesquisa em razão da ligação do tema com a arte, isto é, a temática é oriunda de um seriado de grande repercussão que ao longo da trama expõem ao espectador a cultura, religião e rituais envolvendo a prática da tortura pelos povos nórdicos na Era Viking.

Além disso, a presente pesquisa encontra-se dividida em dois momentos. Em primeiro, apresentar-se-á um pouco da história e da cultura Viking bem como explicar-se-á um dos modos de tortura utilizado por eles. No segundo momento, dedicou-se para apresentar o conceito de tortura conforme documentos internacionais e o posicionamento dos doutrinadores no tocante ao tema.

METODOLOGIA

Quanto à metodologia, realizou-se pesquisa qualitativa em razão da estruturação em que os pontos estudados remeteram a análise da doutrina e do seriado televisivo específico, por outro lado, também utilizou-se artigos científicos, revistas e demais materiais em que a temática foi contemplada.

Nesse contexto, importante destacar que a presente pesquisa enquadra-se na linha de pesquisa “República, Estado e Sociedade Contemporânea” em razão de explicar acerca dos direitos fundamentais dos cidadãos, conforme previsto no artigo 5º inciso III da Constituição Federal de 1988 e demais tratados internacionais e leis infraconstitucionais que regulamentam a temática da tortura.

RESULTADOS

A prática da tortura na cultura Viking

Os vikings ganharam maior destaque com a estreia e grande repercussão da série épico-dramática “Vikings” escrita e criada por Michael Hirst, um roteirista inglês famoso pelos filmes “Elizabeth” e “Elizabeth: The Golden Age”. Nesse primeiro momento, é importante destacar que para Oliveira (2016, p. 09) os vikings são “conjunto de povos descendentes dos indo-europeus, principalmente germânicos, que durante a Idade Média saquearam e colonizaram diversas regiões [...] seus povoados eram localizados ao norte da Europa abrangendo Dinamarca, Suécia e Noruega”.



O termo “viking”, conforme a mais antiga aparição na Crônica Anglo-Saxônica, refere-se ao nomear ladrões que chegavam a barco nos vilarejos da costa das Ilhas Britânicas e dali laqueavam tudo o que conseguiam. Importante destacar que em momento algum encontrou-se registros que apontam que eles se identificavam por essa nomenclatura. Para demais lugares que saqueavam, eram conhecidos como “os seguidores de Olaf” ou “os homens de Cnut” (RICHARDS, 2005). Assim, Oliveira (2016, p. 10) afirma que:

A nomenclatura “viking” só vai aparecer escrita pelos próprios escandinavos nas fontes islandesas medievais, estando relacionada a empreitadas marítimas em sentido amplo, ou seja, tanto para o saque quanto para o comércio. Esta questão levou muitos escandinavistas revisionistas a questionarem a aplicabilidade do termo para a sociedade escandinava medieval como um todo, porém o termo continua a ser utilizado, de forma que sua aplicação é feita de modo genérico.

A sociedade viking possuía uma língua própria, conhecida como nórdico antigo, tal como é apresentada na série em que ora os personagens dialogam em inglês, ora dialogam na linguagem própria do povo nórdico; e a escrita era a rúnica, sendo a única forma conhecida de escrita na Escandinávia até o século XI, embora o domínio da escrita e da leitura não estivesse ao abarcamento de grande parte da sociedade (SAWYER, 2000). Portanto, os conhecimentos eram passados de geração em geração por intermédio da oralidade.

No tocante à religião nórdica, importante destacar que os materiais que tem-se conhecimento são datados da época pré-cristã, em razão de que poucas eram os indivíduos que sabiam escrever a rúnica. Além disso, o material utilizado na época para se escrever eram pedaços de couro, madeira e até mesmo ossos, materiais que, com o tempo, de decompuseram, dificultando, assim, maiores conhecimentos sobre a cultura, religião e rituais vikings (OLIVEIRA, 2016).

Entretanto, algumas informações foram gravadas em pedras, preservando-se o conteúdo ao longo do tempo e, por mais que tenha-se alguns conteúdos gravados em pedras, muitos estudiosos baseiam-se nas escrituras ou transcritas feita por cristãos. Porém, deve-se ter um determinado respaldo, pois o texto pode conter equívocos interpretativos, afinal, são textos elaborados ou traduzidos por cristãos após a Era Viking (OLIVEIRA, 2016).

Destaca-se que as fontes possuem legitimidade, porém devem ser utilizados com atenção e muito cuidado, a final “podem ter sido escritos nos mosteiros duzentos ou trezentos anos após a conversão, e isso abre uma possibilidade de preconceito, erro de interpretação ou adaptação deliberada quando autores se deparavam com crenças não- cristãs” (DAVIDSON, 2004, p. 12).

Antes de adentrarmos no tocante a prática da tortura na cultura Viking, frisa-se que na presente pesquisa utilizou-se doutrinas pertinentes a temática e também a observação do seriado ora já mencionado, para assim, analisar a questão da cultura, mas, acima de tudo, para apurar a questão da tortura.

É possível notar-se tanto na trama da série quanto nos contos vikings há o relato de um grande herói, o Viking Ragnar Lothbrok, conhecido não somente pela sua sede por saquear os



locais, mas também por ser conhecido como descendente direto de Ódin, um “deus” admirado por todos vikings (HISTORY, 2013).

Importante destacar que não havia por definido uma religião, ocorria apenas prática de alguns atos que os historiadores consideraram como práticas religiosas, por essa razão, em muitos momentos da trama do seriado, o povo nórdico é conhecido pelo seu paganismo, ou seja, um povo não batizado. Embora, atualmente, as “pesquisas acadêmicas indiquem para a presença de uma religião nórdica durante a Escandinávia Viking (séculos VIII e XI d.C)”. (LANGER, 2005, p. 56).

Assim, Ragnar Lothbrok, é visto como um ser prometido a grandes vitórias e as façanhas de sua vida são contadas em diversos poemas e lendas nórdicas. As lendas contam e a série retrata que Ragnar teve vários filhos: Ivar The Boneless (Ivan o “Sem Ossos”), conhecido em razão de uma má formação de suas pernas, porém isso não foi nada impeditivo para que, futuramente, vingasse a morte de seu pai; Bjorn Ironside, o filho prometido a grandes vitórias; Halfdan Ragnarsson e Ubba, a trama pouco fala sobre esses dois últimos filhos (HISTORY, 2013).

Embora tenha levado o povo nórdico a diversas vitórias, Ragnar acaba morrendo nas mãos de um rei inimigo, o Rei Aella do Reino de Nortúmbria, em razão de ter saqueado o seu reino e, assim, como punição o Rei Aella condena Ragnar a morte por cobras, ou seja, o herói viking é jogado em um buraco com diversas cobras, e, a morte por picadas de cobras é considerada, pelos vikings, a pior forma de se morrer (figura 1). A história de sua morte é contada na canção “Krákumál”⁴ (HISTORY, 2013).

Por conseguinte, seus filhos, ao saberem da morte do pai e o modo como o mesmo foi morto, convocam uma frota de vikings para buscar a vingança de sangue prometida ao pai. E, assim, invadem o Reino de Nortúmbria e submetem o seu Rei ao ritual conhecido como “Águia de Sangue” ou “Águia Ensanguentada”⁵ (figura 2), historicamente, o Rei Aella (figura 3) foi a primeira vítima desse ritual, porém na série não o é (HISTORY, 2013).

4 Hjuggum vér með hjörvi./ Hitt vas æ fyr löngu./ es á Gautlandi gengum / at grafvitnis morði./ þá fengum vér Þóru./ þaðan hétu mik fyrðar./ es lyngölun lagðak./ Loðbrók at því vígi./ stakk á storðar lykkju/ stáli bjartra mála./ Hjuggum vér með hjörvi. / Heldr var ek ungr, er skýfðum / austr í Eyrasundi / undarn frekum vargi, / ok fótgulum fogli / fengum vér, þar er sungu / við háseynda hjálma / hörð járn mikils verðar; / allr varð ægir sollinn, / óð hrafn í valblóði. / Hjuggum vér með hjörvi. / Hátt bárum þá geira, / er tvítugir töldumk, / ok tír ruðum víða; / unnum átta jarla / austr fyr Dínu mynni; / gera fengum þá gnóga / gisting at því vígi; / sveiti fell í sollinn / sæ, týndi lið ævi. / Hjuggum vér með hjörvi. / Heðins kvánar varð auðit, / þá er Helsingja heimtum / til heimsala Óðins. / Lögðum upp í Ívu, / oddr náði þá bíta, / öll var unda gjaldri / á sú roðin heitu; / grenjaði brandr við brynjur, / bensildr klufu skjöldu. / Hjuggum vér með hjörvi. / Hygg engan þá frýðu, / áðr á Heflis hestum / Herröðr í styr felli. / Klýfrat ægis öndrum / annarr jarl inn frægri / lunda völl til lægis / á langskipum síðan; / sá bar siklingr víða / snart fram í styr hjarta.(ANÔNIMO, 2003).

5 O ritual consistia em amarrar e imobilizar a vítima com a face para baixo e as costas esticadas; em seguida, a forma de uma águia com as asas abertas era desenhada nas suas costas com carvão ou com lâmina. Depois disso, as costelas eram quebradas com um machado, uma por uma, os ossos e a carne puxados para trás a fim de criar a imagem do que parecia ser um par de asas brotando nas costas da vítima que, segundo relatos, poderia muito bem sobreviver a essa tortura, experimentando uma agonia, nos termos de Turner, “ampliada pelo sal” – uma vez que sal grosso era esfregado dentro da enorme ferida. Depois disso, os pulmões expostos eram puxados para fora do corpo e esticados sobre as “asas”, oferecendo às testemunhas uma ilusão de que elas estariam batendo, a medida que os pulmões se enchem de ar e se esvaziavam, até finalmente a vítima morrer. Ivar passou a ser conhecido como o mais temido viking de sua época



Assim, os vikings ficaram conhecidos pela grande prática de tortura que faziam aos seus inimigos em nome do deus Ódin e também pelos inúmeros sacrifícios humanos e animais que faziam em nome dos deuses e pedindo proteção nas batalhas e saqueadas.

Previsão doutrinária sobre tortura e sua vedação em lei

Historicamente, a prática da tortura existiu em todos os povos, não sendo possível, assim, determinar com perfeição qual sua origem, entretanto, alguns doutrinadores explanam conceitos importantes para tal delimitação.

Para Borges (2004), a tortura era praticada e conhecida por todos os povos da antiguidade, porém o doutrinador faz ressalva quanto ao povo hebreu que, por razões religiosas, não admitia que o sangue de inocentes fosse derramado, fato que poderia vir a ocorrer caso um inocente fosse torturado, assim, abominaram-na de seu cotidiano.

Para Verri (2000, p. 99-100) “[...] a origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, sendo provável que a tortura seja tão antiga quanto o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem [...]”.

Importante destacar que a tortura em dados momentos históricos era legalizada, pois tinha a intenção de, no processo penal, fazer o agente confessar, a época da Idade Média ou Idade das Trevas, nos séculos XVII e XVIII, é um exemplo claro em que a tortura era uma prática dita como legal tanto para fins de interrogatório com objetivo de apurar a verdade dos fatos quanto para punir mesmo o ser humano.

Inclusive, o doutrinador explica que a prática da tortura era vista como um mecanismo regulamentado de provas para o processo penal (FOUCAULT, 1999). Além disso, o autor escreve que:

Muito antes de 1789, os juristas e os “reformadores” haviam sonhado com uma sociedade uniformemente punitiva, na qual os castigos seriam inevitáveis, necessários, iguais, sem exceção nem escapatória possíveis. Por isso, esses grandes rituais de castigo, que foram os suplícios, destinados a provocar efeitos de terror e exemplo – dos quais muitos culpados escapavam -, desapareceram diante da exigência de uma universalidade punitiva que se concretiza com o sistema penitenciário. (Foucault, 2012, p. 32-33).

Nesse contexto, Hunt (2009, p. 76) expõe que:

A tortura judicialmente supervisionada para extrair confissões tinha sido introduzida ou reintroduzida na maioria dos países europeus no século XIII, como consequência do reflorescimento da lei romana e do exemplo da Inquisição católica. Nos séculos XVI, XVII e XVIII, muitas das mais refinadas inteligências legais da Europa dedicaram-se a codificar e regularizar o uso da tortura judicial para impedir abusos perpetrados por juízes exageradamente zelosos ou sádicos.

Beccaria (1999), por sua vez, ao retratar o mesmo recorte histórico de Foucault, afirma que a tortura era aprovada por grande parte das nações, sendo diversas as justificativas para sua aplicação na instrução do processo penal.

(HISTORY, 2017).



Com a mudança para o século XX e a ocorrência das duas Guerras Mundiais, em especial após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) começou uma movimentação para combater a prática de tortura, consolidando tal posicionamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo 5^o.

[...] Em resumo, a catástrofe humana desencadeada pela Segunda Guerra Mundial é quase certamente a maior na história da humanidade. O aspecto não menos importante dessa catástrofe é que a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos (HOBSBAWN, 1995, p. 58).

Outros documentos importantes vieram a surgir no campo internacional do Direito como, por exemplo, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Brasil, em dados momentos históricos a tortura era permitida, como, por exemplo, no ano de 1964 quando se instalou a ditadura militar no país, enquanto em outros, era vedada e criminalizada, porém, atualmente o tema é tratado como direito fundamental prevista no texto constitucional, conforme regulamentado no artigo 5^o, inciso III⁷.

Mas, afinal, o que é tortura? Segundo Silva (1986) a “tortura é a dor provocada por maus-tratos físicos e morais”. Em outras palavras, segundo Ferreira (2010, p. 746) “suplício, tormento, maus tratos extremos, infligido(s) a alguém”.

O conceito de tortura para o direito só veio a ser determinado na Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada pelo Estado brasileiro em 1991, define, no artigo 1^o, alínea 1:

Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A maioria dos doutrinadores considera a tortura como uma das mais graves violações de direitos humanos e, por esta gravidade, a proibição de tortura é absoluta, conforme previsto pelas Nações Unidas na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes do ano de 1984⁸. Nesta conjuntura, a tortura é tida como crime

6 Artigo 5^o. Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

7 Art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

8 Artigo 2^o - Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. 2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer



contra a humanidade pelo direito internacional, conforme o Estatuto de Roma, o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional.

No ano de 1985, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, proclamada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) inovou no conceito de tortura ao determinar que os métodos indolores utilizados para anular a personalidade da vítima ou para diminuir sua capacidade física ou mental também são considerados como prática de tortura. Tal conceito encontra-se explanado no artigo 2^o do referido documento.

Nesse contexto, conclui-se que a tortura é a prática de ato que venha a ferir a integridade do agente, tal integridade pode ser entendida como a física, moral ou psíquica, conforme explanado pelos doutrinadores ora já mencionados.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar o conceito da prática de tortura e averiguar tal prática na cultura dos povos nórdicos, conforme é relatado na série televisiva, “Vikings”, e também nos doutrinadores pertinentes à temática selecionada.

Assim, no primeiro momento da pesquisa, dedicou-se a relatar a história dos povos nórdicos, em especial a história de vida do grande viking Ragnar Lothbrok, considerado como um herói nas histórias e relatos, em razão das grandes saqueadas que liderou. Entretanto, seu reinado chega ao fim quando o Rei Aella o condena a morte por ter saqueado seu reino, assim, Ragnar é jogado em um poço com cobras e ali morre.

Por conseguinte, os seus filhos ao saberem da morte do pai e como o mesmo morreu, buscam a vingança de sangue que haviam prometido a ele, então reúnem um grande número de vikings e invadem o Reino de Nortúmbia, visando à morte daquele que deu fim a vida de seu pai, Rei Aella.

Os vikings, além de serem conhecidos pelas grandes saqueadas, eram conhecidos por torturarem seus inimigos em nome do deus Ódin e, assim, visando honrar o pai e o referido deus, os filhos de Ragnar capturam o Rei Aella e o submetem ao ritual da “Águia de sangue” ou “Águia Ensanguentada”.

Esse ritual consiste em abrir as costas do sujeito, quebrar as costelas e expor todos os seus órgãos e, em alguns casos, era jogado sal na ferida com o objetivo de ver mais ainda o sujeito sofrer, conforme já relatado.

outra emergência pública, como justificação para a tortura.

9 Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.



No segundo momento, dedicou-se a apresentar um apanhado histórico da tortura bem como seu conceito para os doutrinadores, a conceituação da prática como acontece com os tratados internacionais que explanam sobre a tortura, tratamento desumano e degradante.

Como visto e conceituado por doutrinados, a prática da tortura é impor ao sujeito uma dor extrema seja física seja psíquica por crueldade, punição e, em alguns casos, para obter a confissão do sujeito.

Embora a prática analisada, águia de sangue, tenha sido praticada há muitos anos, caso tal prática viesse a ocorrer nos dias atuais, a mesma enquadrar-se-ia no conceito de tortura, uma vez que fica claro que tal ritual viola a integridade física, moral e psíquica do agente.

Por conseguinte, impossível não concluir-se que a prática do ritual “Águia de Sangue” é sim uma prática de tortura, por mais que não seja da realidade atual, tal prática ocorria tanto que a mesma é relatada, apresentada e divulgada detalhadamente pelo seriado “Vikings”, produzido pelo canal History.

REFERÊNCIAS

ANÔNIMO. **Krákumál**. 1100. Texto em islandês antigo: <<http://www.heimskringla.no/original/skaldekvad/krakumal.php>>. Tradução parcial para o inglês por Haukur P Orgeirsson, 2003. Disponível em: <<https://notendur.hi.is/haukurth/norse/reader/krakm.html>>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. **Decreto nº 40 de 15 de Fevereiro de 1991**, Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 fev. 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Lei n.º 9.455 de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 abr. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em 30 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORGES, José Ribeiro. **Tortura**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.



DAVIDSON, H. R. Ellis. **Deuses e Mitos do norte da Europa**. São Paulo: Madras, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 19 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HISTORY. **Vikings**. 2013. Disponível em: <<https://www.netflix.com/title/70301870>>. Acesso de 10 maio 2017.

_____. **Vikings 4x18**: a morte do Rei Aella (Águia de Sangue). 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oWLi5s8Sblw>>. Acesso em 10 out. 2018.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **Era dos extremos**: o breve século XX 1914-1991, 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LANGER, Johnni. Midvinterblot: O Sacrifício Humano na Cultura Viking e no Imaginário Contemporâneo. **Brathair**, Maranhão, v.4, n.2, p. 61-85, 2004.

_____. Religião e Magia entre os vikings: uma sistematização historiográfica. **Brathair**, Maranhão, v.5, n.2, p. 55-82, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Menezes de. **Feras petrificadas**: o simbolismo religioso dos animais na Era Viking. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões. Universidade Federal da Paraíba, p. 130. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

RICHARDS, Julian. **The vikings**: A very short introduction. New York: Oxford University Press, 2005.

SAWYER, Birgit. **The Viking-age rune-stones**: custom and commemoration in early medieval Scandinavia. New York: Oxford University Press Inc., 2000.



SCARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



O FEMINISMO E A LUTA PELA DESCONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS: UMA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

SANTOS, Ananda Rodrigues¹

BRUTTI, Tiago Anderson²

Resumo: A mulher teve seu papel construído culturalmente em meio a estereótipos que a ela envolvem em uma ideia de inferioridade. Com o intuito de refletir acerca desse tema, o presente trabalho aborda a relevância do movimento feminista e a construção da igualdade, como critério e propósito, a fim de buscar a desmitificação da ideia de desvantagem do gênero feminino, bem como de promover o empoderamento das mulheres por intermédio da quebra de padrões sociais. Este artigo tem como objetivo analisar os atuais desafios dos movimentos feministas na luta pela efetivação dos direitos das mulheres na sociedade. A metodologia que amparou o estudo foi, no essencial, a revisão bibliográfica. A fundamentação foi elaborada a partir da leitura de artigos e livros acerca do tema, demonstrando, assim, a importância do feminismo e da efetivação dos direitos igualitários para a construção de uma sociedade mais justa.

Palavras-chave: Feminismo. Mulheres. Empoderamento. Igualdade. Sociedade

Abstract: The woman had her role culturally constructed in the midst of stereotypes that involved her in an idea of inferiority. In order to reflect on this theme, the present work addresses the relevance of the feminist movement and the construction of equality, as a criterion and purpose, in order to seek to demystify the idea of disadvantage of the feminine gender, as well as to promote the empowerment of women. Women through the breaking of social standards. This article aims to analyze the current challenges of feminist movements in the struggle for the realization of women's rights in society. The methodology that supported the study was, essentially, the bibliographic review. The reasoning was elaborated from the reading of articles and books on the subject, thus demonstrating the importance of feminism and the realization of egalitarian rights for the construction of a more just society.

Keywords: Feminism. Women. Empowerment. Equality. Society.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esta pesquisa busca compreender, a partir de narrativas e argumentos apresentados pelo movimento feminista, e tendo em vista a igualdade de gênero prevista no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a aplicação dessas teses e princípios no cenário da sociedade contemporânea. A relevância do tema é notável, basta considerar a trajetória de luta das mulheres até os dias atuais, muitas vezes por intermédio do movimento feminista, na busca para conquistar o *status* de sujeito de direitos, estabelecer a igualdade de direitos em relação ao sexo masculino, bem como para garantir a efetividade das leis relativas à emancipação do gênero feminino.

1 Acadêmica do Curso de Direito da Unicruz. E-mail: ananda.rsantos@hotmail.com

2 Doutor em Educação nas Ciências pela Unijuí e pós-doutor em Filosofia pela Unioeste, docente do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Unicruz. E-mail: tbrutti@unicruz.edu.br.



Ao longo do período histórico da humanidade, no ocidente, muitos direitos das mulheres, reconhecidos atualmente como basilares da sociedade, foram sistematicamente desconsiderados ou violados. Em outros termos, as mulheres não puderam exercer livremente sua liberdade, pois elas estavam condicionadas à obediência ao gênero masculino. Essa exclusão da mulher se dava em todas as áreas, seja na esfera social, seja na área de atuação do poder jurídico, econômico e, ainda, científico.

Porém, desde a década de 1970, alguns movimentos feministas ganharam fôlego no Brasil com a ideia de garantir direitos às mulheres. Em seguida, a Constituição Federal de 1988 reforçou as ideias de empoderamento e de direitos das mulheres, sobretudo na forma da exigência da igualdade de gênero.

A pergunta que perpassa esta pesquisa é se a imagem e os papéis a serem desempenhados pela mulher como sujeito de direitos - embora ela tenha conquistado espaços no meio social e direitos como o voto, o divórcio, o trabalho fora de casa e a liberação sexual por meio dos métodos contraceptivos - não estão muito distantes do ideal de relação de igualdade buscado pelo feminismo, pois, não obstante se observem conquistas, a mulher no cenário atual ainda enfrenta estereótipos com raízes fincadas na história patriarcal.

Desta forma, o artigo analisa na primeira seção o direito da igualdade de gênero formalmente conquistado e consubstanciado na Constituição Federal de 1988. Na segunda seção o foco recai sobre o movimento feminista, buscando compreender sua organização, sua pauta e a conquista dos direitos das mulheres. Por fim, a terceira seção busca analisar o alcance da efetivação material do direito da igualdade e, ainda, identificar os principais problemas enfrentados pelas mulheres na atualidade.

Justifica-se esta pesquisa, ainda, por ela integrar a discussão das questões de gênero e dos direitos da mulher, vinculando-se intimamente à linha de pesquisa “República, Estado e Sociedade Contemporânea”, sendo a pesquisa realizada por meio da técnica bibliográfica, a qual teve como material de apoio para a sua construção livros, artigos, textos e consultas na legislação pertinente.

IGUALDADE DE GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 abriu espaço para a construção de um novo patamar de evolução dos direitos dos cidadãos, trazendo, dentre suas conquistas, a consagração do princípio da igualdade. É considerada, por isso, uma das legislações mais avançadas em termos de direitos e cidadania. O princípio da igualdade é elementar para a democracia e a construção dos valores sociais.

A igualdade pode ser considerada sob dois aspectos: formal e material. A igualdade formal compreende que não poderá haver qualquer distinção na aplicação da lei, proibindo-se ao aplicador do direito qualquer diferenciação não constante na lei. Em outros termos, trata-se da “[...] produção, interpretação e aplicação igualitária das normas jurídicas, com



vistas a impossibilitar diferenciações de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de discriminações (vantagens) ou privilégios (desvantagens)” (VERUCCI apud PEÑA DE MORAES, 2010, p. 538-539). O tratamento desigual se revela quando uma pessoa ou um grupo de pessoas, apesar de essencialmente iguais, são tratados, ainda assim, de forma diferente.

Em relação à igualdade material, ela compreende a possibilidade de tratamento desigual na medida das desigualdades. A desigualdade, neste caso, revela-se quando for verificado que uma pessoa, ou um grupo de pessoas, forem por essência diferentes e, apesar disso, tratadas de forma indiferente.

O direito da igualdade de gênero foi consagrado pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal³. Moraes (2015, p. 38) discorre acerca do tratamento isonômico entre homens e mulheres:

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis.

Cabe salientar que a igualdade entre os gêneros é uma grande conquista para os direitos das mulheres. As normas constitucionais vedam a discriminação de sexo. Nas palavras de Silva (2014, p. 219):

Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos e comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma *infringência* constitucional.

A igualdade de gênero estabelecida pela Constituição Federal tem como suporte a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente em seu artigo 2º. O Decreto Legislativo nº 26/1994, que aprovou o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, assinado pela República Federativa do Brasil em Nova Iorque, em 31 de março de 1981, também é suporte basilar para a construção do princípio constitucional da isonomia. De acordo com a Convenção, mais precisamente com os artigos 1º e 2º, alínea “a”, toda forma de exclusão, restrição ou outra forma que prejudique ou anule o reconhecimento da mulher, exclusivamente com base no gênero, independente de qualquer outra circunstância, é uma forma de discriminação contra esta, e deve ser eliminada através de políticas estatais que consagrem e assegurem o princípio da igualdade, a fim de efetivar os direitos humanos e liberdades fundamentais da mulher em todas as áreas, seja social, cultural, econômica, política ou qualquer outra.

³ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).



A Constituição Federal, corroborando com a ideia proposta de igualdade entre os gêneros, agregou a mudança radical da situação jurídica das mulheres após a sua promulgação. Além da consagração de igualdade entre gêneros, destituiu o pátrio poder, o qual dava ao homem o poder das decisões familiares, característica principal do modelo patriarcal, que tornava a mulher submissa em relação ao gênero masculino. A partir disso, proporcionou-se uma nova formulação na relação conjugal, consagrando a igualdade de gênero em tais relações, redação esta especificamente presente no artigo 226, §5º, da Constituição Federal (CARNEIRO, 2003, p. 117). Com relação a esse artigo, Bodin de Moraes e Teixeira (2014, p. 2120) analisam:

Até 1988, os direitos concedidos à mulher tinham cunho “protecionista”, sublinhando uma posição de vulnerabilidade na sociedade conjugal e, conseqüentemente, confirmando o *status* de superioridade do homem. Portanto, outro marco extraordinário da constitucionalização dos princípios fundamentais do direito de família foi o estabelecimento não apenas da igualdade entre homens e mulheres, previsto no art. 5º, I, da CF, mas, especial e especificamente, a igualdade entre os cônjuges prevista neste dispositivo: por força do §5º do art. 226 da Constituição, homem-esposo e mulher-esposa passaram a ter os mesmos direitos e deveres no interior da família, em virtude da aplicação imediata das disposições constitucionais às relações Inter privadas.

Dessa forma, percebe-se que em seu sentido formal o direito de igualdade é de suma importância para a efetivação da emancipação da mulher, visto que funciona como princípio orientador que viabilizou formas de resistência, ampliou o esforço pela afirmação social da luta histórica das mulheres, sendo a Constituição Federal de 1988 a mais veemente e ampla na condenação das discriminações entre as pessoas.

MOVIMENTOS FEMINISTAS NA BUSCA PELA IGUALDADE

A fim de alcançar a igualdade nas relações sociais, a mulher percorreu um longo caminho até os dias atuais, no sentido de conquistar direitos igualitários, uma vez que se configura na história a cultura da repressão e patriarcado. Essa situação histórica de pouca, ou quase nenhuma visibilidade da mulher, foi analisada por Beauvoir (1970, p. 12), que não nos deixa esquecer que a mulher é escrava da própria situação, sendo desprovida de passado, história e religião própria.

A fim de mudar essa realidade de opressão social das mulheres e desconstruir os mitos que se formaram através dessa construção de modelo patriarcal/capitalista, bem como buscar a transformação da condição feminina, teve início o movimento feminista. O seu significado, de forma ampla, pode ser entendido, segundo Teles (1993, p. 10):

[...] o feminismo é um movimento político. Questiona as relações de poder, a opressão, e a exploração de grupos de pessoas sobre outras. Contrapõe-se radicalmente ao poder patriarcal. Propõe uma transformação social, política e ideológica da sociedade.

Pode-se dizer, então, que o feminismo surge com a ideia de igualdade dos sexos, sendo essa igualdade, conseqüentemente, proposta nas demais esferas de direitos sociais e políticos. A ideia do feminismo pode se resumir em desconstrução da ideia de homem e mulher e do que é esperado destes de acordo com o gênero, bem como, uniformizá-los e tornar essa relação igualitária para ambos os sexos, como, por exemplo, nas relações familiares e domésticas,



onde o homem também deve executar tarefas relacionadas à manutenção da casa, bem como participar de forma ativa na criação dos filhos.

A partir da análise do movimento, pode-se concluir que a principal construção do feminismo tem por base o rompimento da ideia da mulher como dependente do homem e a abertura de espaço para a expansão desta, pois, como lembra Wollstonecraft (2015, p. 85), a mulher “não foi criada meramente para ser o consolo do homem, e a sexualidade não deve destruir o caráter humano”.

No Brasil, o movimento feminista começou a tomar forma e visibilidade com a influência da luta sufragista, que conseqüentemente levou as mulheres a lutar pelo direito ao voto, direito este conquistado em 1932, e consolidado com a Constituição de 1934, que, segundo Silva (2014, p. 84), “definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral, admitindo o voto feminino”.

Esse pode ser considerado o primeiro momento do movimento, que de certa forma limitou-se a buscar os direitos sociais e políticos, não abrindo questionamento amplo acerca da divisão sexual dos papéis de gênero e estereótipos da domesticidade e maternidade e suas demandas. Com o golpe militar de 1964, no Brasil, no entanto, os movimentos sociais e das mulheres foram silenciados e massacrados.

Já a segunda onda do movimento feminista tomou força em meados dos anos 1970, em meio à repressão dos regimes militares, tendo como influência o movimento feminista internacional e o processo de modernização que incorporou as mulheres no mercado de trabalho. Em meio à repressão do regime militar autoritário, o movimento foi aumentando sua amplitude em forma de resistência. Novos movimentos de liberação se uniram às feministas, como o dos negros e homossexuais, para cada qual lutar por seus direitos específicos nessa luta geral. Novos temas populares entre as mulheres começaram a tomar espaço, como as especificidades de gênero, a exemplo das creches e o trabalho doméstico (COSTA, 2009, p. 57-70).

É a partir, então, dessa “segunda onda”, que o feminismo amplia suas lutas, indo além das preocupações sociais e políticas, para, também, colocar em pauta assuntos como o trabalho, corpo, prazer, afetos, escolarização, oportunidades de expressão e manifestação artística, dentre outras formas de libertação da mulher. Dessa forma, o feminismo busca além de tudo uma desconstrução do estereótipo feminino, formado a partir dos sistemas patriarcal e capitalista, enraizado nos subjetivos femininos através das culturas.

Dentro desse contexto, conclui-se que as lutas do movimento são a desconstrução dos mitos e estereótipos que contornam a vida da mulher e principalmente a ideia de que a vida desta deve estar em torno do casamento, filhos enquanto o homem trabalha ou mantém a vida fora de casa. Estes papéis sociais a serem desempenhados, divididos a partir das ideias enraizadas no patriarcalismo, devem ser rompidos e a mulher deve ter ampliado o seu espaço de liberdade e ter um objetivo de vida diferente do que culturalmente é idealizado para esta.



O feminismo, então, pode ser compreendido como a luta de todas, todes e todos, segundo Tiburi (2018, p. 11):

Todas porque quem leva essa luta adiante são as mulheres. Todes porque o feminismo liberou as pessoas de se identificarem somente como mulheres ou homens e abriu espaço para outras expressões de gênero – e de sexualidade – e isso veio interferir no todo da vida. Todos porque luta por certa ideia de humanidade.

Visto isso, além dos objetivos principais do feminismo, que são a desconstrução de estereótipos, a desconstrução da divisão dos sexos, bem como a busca pela igualdade entre os gêneros, o feminismo pode ser analisado como um processo de fato democrático, que busca essa democracia através de lutas por direitos daqueles que sofrem injustiças, revestidas pelo patriarcado, e a luta pelo direito de ser o que se é de verdade, livre de preconceitos, bem como de qualquer discriminação em relação à sexualidade, raça ou classe, livrando as pessoas que vivem sob condição de opressão.

AS CONSTATAÇÕES DE APLICABILIDADE DO DIREITO DE IGUALDADE

Os movimentos das mulheres, sem dúvida, trouxeram consideráveis conquistas sociais, abrindo espaço a estas e a todas as minorias que sofrem com a opressão que o patriarcado impõe. Porém, embora muitas lutas, atualmente a mulher ainda sofre muitas opressões, em forma de violência, que abrange todas as dimensões, como a física, psicológica, verbal e em muitos casos a morte. Todas essas formas de violência demonstram que há um caminho a ser trilhado para que a igualdade material seja alcançada.

Para compreender essas formas de violência, primeiramente se faz necessária a conceituação, a partir do feminismo, do que é a violência. Nas palavras de Faria (2005, p. 24):

Toda vez que as mulheres somos consideradas coisas, objetos de posse e poder dos homens e, portanto, inferiores e descartáveis. Assim, quando na rua um homem que sequer nos olhou, mas só pelo fato de ser uma mulher, nos dirige gracejos e cantadas é a mesma motivação que faz com que eles cometam estupros contra as mulheres. Como se elas estivessem à disposição para que os homens utilizem seus corpos como objetos.

A partir, então, da conceituação de Faria (2005, p. 24), considera-se uma das violências contra as mulheres no Brasil a violência física, que inclui muitas vezes o abuso sexual. A partir de levantamento de dados registrados pela Secretária de Políticas para as Mulheres, há ocorrência de denúncias de violência contra a mulher a cada 7 minutos no País⁴ (ESTADÃO, 2016). Dentro desse contexto, há ainda a porcentagem média de 10 estupros coletivos notificados todos os dias no sistema de saúde do país, sendo que 30% dos municípios não fornecem estes dados ao Ministério. Ou seja, esse número ainda não representa a totalidade⁵ (SOARES, 2017). Caracterizam-se estas violências como sexistas visto a caracterização do gênero masculino como agente praticante da conduta violenta contra o gênero feminino.

4 Levantamento de dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), a partir de balanço dos relatos recebidos pelo Ligue 180, que estima que nos dez primeiros meses do ano de 2015 ocorreram 63.090 denúncias de violência contra mulher.

5 Dados do Ministério da Saúde de 2016, obtidos pela Folha de S. Paulo.



Devido aos elevados números da violência contra a mulher, em 2006 foi sancionada a Lei nº 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, criada em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu violência doméstica por 23 anos de casamento. Esta lei foi elaborada com mecanismos para coibir as formas de violência contra a mulher. Entretanto, como demonstram os números atuais de violência supracitados, embora a lei represente uma significativa vitória para as mulheres, a violência contra a mulher ainda é um problema grave que necessariamente deve ter aprimorado os mecanismos para coibir e punir os agressores.

Essa violência é consequência da relação de poder, dominação e da ideia de propriedade que os homens exercem sobre as mulheres, sendo esta herança da era patriarcal. Essa forma de violência geralmente é exercida por pessoas próximas das vítimas, como, por exemplo, os maridos, namorados, pais, parentes, colegas de trabalho, acontecendo tanto no ambiente doméstico quanto no ambiente de trabalho.

Outro ponto que merece ser analisado e discutido é o duplo trabalho desempenhado pela mulher atualmente, qual seja o trabalho fora de casa e o trabalho doméstico. Como já visto anteriormente, foi um grande progresso para a mulher o direito de trabalhar fora de casa, bem como a proteção formal que estas conquistaram a partir disso. Ocorre que, mesmo com esta conquista, a mulher muitas vezes ainda está encarregada dos afazeres domésticos, de forma exclusiva, sem qualquer ajuda do companheiro, pois a concepção que os homens ainda cultivam é que a mulher, exclusivamente, deve cuidar do lar, ideia esta com raízes patriarcais na divisão dos sexos. Corroborando com a análise deste ponto, Tiburi (2018, p. 14) discorre que:

Mesmo quando tiver um emprego fora de casa, a maior parte das mulheres trabalhará mais que os homens que, de um modo geral, não fazem o serviço da casa. Acumularão o trabalho remunerado com o não remunerado. Terceiras e, até mesmo, quartas jornadas – vale dizer mais uma vez – nunca remunerada farão das mulheres escravas do lar com pouco ou nenhum tempo para desenvolverem outros aspectos da própria vida.

Dessa forma, percebe-se que, atualmente, ainda existe uma divisão do trabalho baseada na diferença sexual, ou seja, se construiu socialmente como natural essa relação de trabalho dividida por gênero. Porém, essa relação é desigual visto que no mundo dos fatos as mulheres desempenham muitos desses papéis domésticos sozinhas. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018), elas trabalham dez horas a mais que os homens, com jornada dupla e pouca ajuda em casa. Esse trabalho a mais que as mulheres desempenham acaba por sobrecarregá-las e, pela ideia que se tem de igualdade entre os gêneros, tornam completamente desiguais as relações. Essa jornada dupla de trabalho condena involuntariamente a mulher a esta escravidão física, emocional e psicológica que se equipara à violência e limita a possibilidade das mulheres ampliarem a sua capacidade de construção pessoal.

Essa desigualdade no que se refere à relação de trabalho abrange inclusive a esfera salarial, visto que, segundo pesquisa do IBGE (2018), as mulheres enfrentam desigualdades no mercado de trabalho em relação aos homens, mesmo sendo em maior número entre as



pessoas com ensino superior completo, ganhando cerca de 75% do que os homens ganham. Isso demonstra que a mulher está em situação de vulnerabilidade nas relações de trabalho e distante da efetividade material proposta pelo direito de igualdade entre os gêneros. Visto que a relação de trabalho tem grande importância social, somente através de relações de emprego igualitárias é que a mulher conquistará de fato a sua emancipação e o feminismo terá sua eficácia na sociedade. Marx (2016, p. 29) interpreta no mesmo sentido:

Só com a igualdade ante os meios de desenvolvimento e de ação- cuja garantia social esteja assegurada a todo ser humano sem distinção de gênero, conforme com as várias necessidades da produção moderna- poderá efetuar-se a emancipação da mulher, assim como a do homem.

A violência sexista tem ainda outra vertente, que não deixa de ser uma forma de violação de liberdade que o gênero feminino, exclusivamente, sofre atualmente, qual seja a de imposição de um padrão de beleza, a consolidação do modelo ideal feminino. Esta é exercida de forma mais subjetiva, porém não menos grave, pois são usados pelas indústrias de consumo elementos considerados do gênero feminino, a fim de se apropriar destes elementos e moldá-los de acordo com seus interesses, e os tornar o “objetivo”, o “bonito” na vida das mulheres e da sociedade em geral, com a finalidade de lucro, finalidade esta decorrente do sistema capitalista que, através de suas formas de buscar lucro, tem influência sobre a construção da ideia da mulher como propriedade de algo ou alguém.

Para Faria (2005, p. 26), o capitalismo e a violência estão intimamente ligados:

[...] a violência contra as mulheres está estreitamente conectada com a consolidação do modelo, tanto pela expansão da mercantilização como pela própria utilização das mulheres como mercadorias para exploração e para consumo. Isto está vinculado também à imposição do modelo atual de feminilidade e de um padrão de beleza difundindo que somente aquelas que cumprem com esse padrão poderão, inclusive, obter um melhor trabalho.

À medida que as mulheres se desprenderam do mito da domesticidade, conquistando a independência sexual através dos métodos contraceptivos e sendo inserida nas relações profissionais buscando a independência financeira, houve uma violenta reação contra o feminismo por meio do mito da beleza. O capitalismo usou dessas mudanças para moldar o subjetivo da mulher moderna através da valorização estética do corpo feminino, com o intuito de controlar a expansão social desta. Dessa forma, a mulher se envolve na busca, de forma manipulada e inconsciente, por meios de moldar o seu corpo com produtos e serviços, impostos pelo sistema capitalista. Assim, torna-se fácil o controle social do gênero feminino, omitindo-se as heranças de liberdade e autonomia do movimento feminista.

Desde a Revolução Industrial, quando o capitalismo tomou força, as mulheres sofrem deste mal, que as ataca de forma preocupante, tomando conta de sua subjetividade e vida social, tornando um dos maiores objetivos da vida da mulher o padrão que está imposto nos meios de consumo e de comunicação, tornando necessário para sua satisfação pessoal e social alcançar essa meta inalcançável e injustificável. Para Wolf (1992, p. 12-13) estamos em meio a uma violenta reação contra o feminismo que emprega imagens da beleza feminina como uma arma política contra a evolução da mulher: o mito da beleza. Este mito se fortaleceu para assumir a coerção social que os mitos da maternidade, domesticidade, castidade e passividade



já não conseguem mais realizar e para destruir psicologicamente e às ocultas tudo de positivo que o feminismo trouxe materialmente e publicamente para as mulheres.

Assim, toda a ideia de desconstrução que o feminismo propõe acaba distorcida por ideais que, de forma manipulada, moldam o subjetivo feminino, de forma a deixar as mulheres vulneráveis ao sistema capitalista/patriarcal. O mito da beleza, por sua vez, se apropria do psicológico da mulher, por meio da implantação de conceitos prontos acerca da beleza e comportamento social, sacrificando o potencial que poderia aflorar naturalmente da mulher. A partir do reconhecimento dessas formas de manipulação como fator limitador da expansão da mulher, Wollstonecraft (2015, p. 83) entende que:

a conduta e as boas maneiras das mulheres, de fato, [e] de forma evidente provam que suas mentes não estão em um estado saudável; pois, como as flores que estão plantadas em solo bastante fértil, a força e a utilidade são sacrificadas em nome da beleza.

Visto isso, percebe-se que a propagação do feminismo tem ideia revolucionária e, talvez, utópica, de buscar uma sociedade com a efetiva relação de igualdade entre os cidadãos, e tem o objetivo de manter constantes os processos de transformações e difusão das reflexões acerca dos principais temas do movimento. Nessa reflexão acerca da importância do feminismo, Teles (1993, p. 11) faz valiosa construção ideológica: “ Dessa forma, o feminismo tem também um caráter humanista: busca a libertação das mulheres e dos homens, pois estes têm sido vítimas do mito do macho, que os coloca como falsos depositários do supremo poder, força e inteligência”.

Assim, conclui-se que o movimento das mulheres agregou muitas vitórias e conquistas para a emancipação da mulher, porém é incontestável que há muitos desafios para estas atualmente no que se refere à busca de uma sociedade mais igualitária e justa para homens e mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muito tempo a mulher foi alvo da dominação masculina com base na ideia do homem como ser superior. A partir dessa submissão, durante um longo período histórico, muitos mitos e estereótipos foram criados acerca da mulher, com base na sua representação social como um sexo frágil. Nesse contexto, construiu-se a separação de funções sociais de acordo com os papéis designados para cada gênero tendo como base a construção da divisão sexual.

A fim de mudar essa situação, as mulheres se uniram com o objetivo de reivindicar o direito à igualdade perante as relações de trabalho, de representatividade política, igualdade para gozar do espaço social, bem como a liberdade para refletir e optar sobre temas de extrema relevância na sua vida, a exemplo da escolha sobre a maternidade, casamento, orientação sexual, o que com toda certeza foi um grande passo para a emancipação do gênero. Esse movimento foi denominado feminista e caracterizou-se como movimento social e político por não abrir mão do enfrentamento com os poderes públicos pela garantia de direitos



e igualdade entre homem e mulher. Conseqüentemente, o feminismo teve grande impacto social, pois com a repercussão da resistência das mulheres em vários campos contribuiu para a reflexão da situação desta como ser humano e sujeito de direitos, vindo a influenciar a expansão do tema empoderamento da mulher para o nível mundial.

A partir da expansão do movimento e das lutas, as mulheres conquistaram um grande espaço na esfera social, o que foi reconhecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988 através do princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, inciso I, que abrange vários aspectos da emancipação feminina.

Porém, embora todo o contexto de significativa mudança a partir da luta feminista, as violências e opressões que a mulher carrega da era patriarcal ainda são percebidas em diversos aspectos da vida desta, demonstrando que a igualdade formal não se faz suficiente, porquanto a igualdade material não se efetive. A ideia de que o homem é superior e de que tem em relação a mulher sentimento de propriedade ainda se mostra presente e se materializa através de diversos aspectos.

Dessa forma, percebe-se que atualmente a realidade da mulher ainda se encontra envolvida com estereótipos herdados do patriarcalismo, pois, embora os movimentos feministas tenham trazido importantes conquistas e visibilidade para as mulheres, atualmente ainda se observa que esta encontra muitos obstáculos diários para a sua libertação como ser humano.

Tomando por base tal reflexão e a perceptível ineficácia de alguns direitos básicos e fundamentais na vida da mulher, conclui-se que o feminismo, bem como a discussão acerca dos direitos sociais das mulheres, devem estar em constante renovação, para que qualquer forma de manipulação e opressão seja vencida e para que o conhecimento de movimentos feministas tome maior proporção na esfera social. A importância do constante estudo e a prática do feminismo também se traduz em garantia de direitos já consagrados que estão materializados no Estatuto das Leis, para continuar ampliando novos direitos e para que o Estado invista mais em Políticas Públicas de empoderamento e protagonismo feminino.

São grandes os desafios atuais do movimento feminista, mas muito já se conquistou e ainda há de se conquistar a fim de que a mulher consiga gozar de seus direitos fundamentais e que inclusive os estereótipos masculinos e femininos sejam desconstruídos para que a liberdade e a igualdade sejam pilares da sociedade.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL, Agencia. **IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior**. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/>>



noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior> Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29. mar. 2018.

BRASIL. Decreto legislativo nº 26 de 1994. **Aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-26-22-junho-1994-367297-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo: v. 17, n. 49. p. 117-133, dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MARX, Karl. **O capital**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOBRE, Miriam; FARIA, Nalu; SILVEIRA, Maria Lucia. **Feminismo e luta das mulheres: análises e debates**. SOF-SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA: São Paulo, 2005.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: <<http://www.unu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2018.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PISCITELLI, Adriana; MELO, Hildete Pereira de; MALUF, Sônia Weidner; PUGA, Vera Lucia. **Olhares Feministas**. Brasília: Ministério da Educação, 2009.



PRAGMATISMO POLÍTICO. **IBGE: mulheres brasileiras trabalham 10 horas a mais do que os homens.** 2018. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/05/ibge-mulheres-brasileiras-trabalham-mais.html>> Acesso em: 15 maio 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Nana. **Em números a violência contra a mulher brasileira.** 2016. Jornal Estadão São Paulo. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira/>> Acesso em: 24 abr. 2018

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1993.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum.** Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza:** como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Reivindicação dos Direitos das Mulheres. **O primeiro grito feminista.** São Paulo: Edipro, 2015.



DO POSITIVISMO JURÍDICO AO POSITIVISMO REALISTA: UMA CRÍTICA AO DIREITO À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

COSTA, Marcelo Cacinotti¹

SIMSEN, Leticia Natiele da Silva²

Resumo: O presente trabalho se dispõe a enfrentar algumas considerações propedêuticas acerca do positivismo jurídico e seus desdobramentos ligados à aplicação do Direito. Para tanto, enfrenta-se a relação cooriginária entre Direito e moral e a sua repercussão no âmbito de uma possível persecução de justiça. O positivismo jurídico se constitui num importante elemento de funcionalidade do sistema jurídico, principalmente para garantir a segurança jurídica e afastar constantes incursões de subjetividade. A hermenêutica jurídica, que transita no âmbito da linguagem, passa a ser o fio condutor para uma interpretação jurídica adequada (“resposta correta”), alinhada à Constituição e ao Direito como unidade de valor.

Palavras-chave: O positivismo jurídico; O positivismo realista; Direito e Moral; Hermenêutica jurídica

Abstract: The present paper is prepared to deal with some propaedeutical considerations about legal positivism and its ramifications related to the application of Law. In order to do so, the cooriginal relationship between law and morality is faced and its repercussion in the scope of a possible prosecution of justice. Legal positivism constitutes an important element of functionality of the legal system, mainly to guarantee legal certainty and to avoid constant incursions of subjectivity. Legal hermeneutics, which transits within the scope of language, becomes the guiding thread for an adequate legal interpretation (“correct answer”), aligned with the Constitution and the Law as a unit of value..

Keywords: Legal positivism; Realistic positivism; Law and Morals; Legal Hermeneutics

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se dispõe a enfrentar algumas considerações propedêuticas acerca do positivismo jurídico e seus desdobramentos ligados à aplicação do Direito. Para tanto, enfrenta-se a relação cooriginária entre Direito e moral e a sua repercussão no âmbito de uma possível persecução de justiça. O positivismo jurídico se constitui num importante elemento de funcionalidade do sistema jurídico, principalmente para garantir a segurança jurídica e afastar constantes incursões de subjetividade. A hermenêutica jurídica, que transita no âmbito da linguagem, passa a ser o fio condutor para uma interpretação jurídica adequada (“resposta correta”), alinhada à Constituição e ao Direito como unidade de valor.

Tratar do positivismo jurídico e o positivismo realista frente à perspectiva interpretativa da hermenêutica filosófica é tentar superar surrados paradigmas em direção à uma perspectiva

1 Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela URI, Campus de Santo Ângelo. Advogado e Professor do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: mcccacinotti@hotmail.com

2 Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Licenciatura em Espanhol da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Integrante Grupo de Estudos “Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais” – UNICRUZ. E-mail: leticiasimsen05@gmail.com



policêntrica e mais democrática. Sendo assim, o estudo tem como linha investigativa identificar a correlação do Positivismo Jurídico e o ambiente interpretativo que se vivencia no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro momento, sem aprofundamento do tema, o trabalho visa demonstrar o conceito de positivismo jurídico, sua formação, origem e como se instaurou no Direito ocidental. Posteriormente, o trabalho aborda aspectos relevantes do positivismo realista, assim como o realismo jurídico. E, por fim é apresentada uma crítica hermenêutica que visa aproximar Direito e Filosofia, principalmente porque se acredita na existência de um déficit interpretativo decorrente da cisão entre eles.

A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO POSITIVISTA JURÍDICO

É possível iniciar este pequeno ensaio afirmando que Thomas Hobbes (1988, p. 104-105), dentre os modernos jusnaturalistas, foi aquele cujas ideias mais fortemente inspiraram o positivismo jurídico, pois para ele os indivíduos, no contrato social, transferem ao Estado praticamente todos os seus direitos naturais, inclusive o de decidir sobre o que seja, ou não, justo. Este pensamento vai de encontro às ideias dos demais jusnaturalistas, para os quais havia um conceito de justo na própria natureza. Em suma, para Hobbes são, os valores morais e a justiça, meras convenções sociais³.

Eis aí uma semente da cisão Direito/moral, herança da modernidade que produz déficit de democracia e acarreta efeitos colaterais no Direito como a discricionariedade judicial, também denominada de ativismo.⁴

Porém, seria possível voltar no tempo mais alguns séculos e fazer *jus* a outro pensador importante que, possivelmente, exerceu alguma influência no modo de pensar de Hobbes e, por conseguinte, no Positivismo Jurídico. Marsílio de Pádua (1276-1343, p. 131-132) afirmou que “a melhor lei é aquela promulgada com vista ao bem comum dos cidadãos”, tendo em conta que a autoridade humana “para legislar ou estabelecer leis compete, exclusivamente, ao conjunto de cidadãos ou à sua parte preponderante”⁵. Assim, se é certo que Marsílio não teve

3 “Em *Leviathan*, Hobbes sustenta uma doutrina amoral do ‘direito natural’ do indivíduo. Essa recusa à lei moral natural é confirmada quando Hobbes nos diz que, no estado de natureza, as leis são só máximas de ‘prudência’. Porém, a fim de conseguir aquele grau de ‘felicidade’ que a prudência hobbesiana por si só não fornece, Hobbes precisa de um substituto para a lei natural, do mesmo modo que precisa disto para a reta razão. Ambos substitutivos hão de se obter por meio do contrato social: a ‘reta razão’ e as ‘leis da natureza’, o ‘pecado’ e o ‘delito’ estão definidos, na comunidade civil, pelo soberano. MIDGLEY, E.B.F. **Hobbes: Leviatã, uma visão teleológica**. Tradução Oscar e Angela Moraes. São Paulo: Nerman, 1988, p. 105-104.

4 “(...) o que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral (o que faz com que alguns autores – p. ex., Robert Alexy – lancem mão da razão prática, eivada de solipsismo, para “corrigir” o direito) e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, não se conseguiu superar a herança – ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano)”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 51.

5 PÁDUA, Marsílio de. O Defensor da Paz. Primeira parte. Cap. XIII, § 5º. p. 131-132.



a pretensão de cindir Direito e a moral, por outro lado defendeu a ideia de que a lei humana civil (pois havia, para ele e para a maioria dos pensadores do Direito e da política, ainda, a lei humana natural, a lei divina e a lei eterna) pode sim ser uma criação do homem, contrapondo-se ao paradigma vigente, encabeçado pelo atomismo, de que as leis, todas elas, derivavam, de um modo ou de outro, da lei natural e da lei eterna.

No âmago das teorias jusnaturalista e juspositivista, enquanto que a primeira reduz a justiça à validade, ou seja, algo só é válido se for justo, na segunda uma norma só é justa se for válida, embora, também, ao se remeter a Kelsen, um dos principais expoentes do Positivismo Jurídico, Bobbio (2016, p. 59) afirma que: “[...] quando Kelsen sustenta que aquilo que constitui o direito como direito é a validade não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético”⁶.

Como acima referido, segundo a teoria política de Hobbes (1988, p. 104-105), como um verdadeiro racionalista, ela representa uma reviravolta absoluta do jusnaturalismo clássico, pois não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva.

O enfrentamento das bases do Positivismo Jurídico se destina a compreensão deste fenômeno jurídico-social que se traduz na matéria-prima da sociedade ocidental moderna, profícua principalmente em países de tradição *civil law* e não de tradição *common law*⁷, como no caso do Brasil.

A partir desse estado de coisas em que a validade está umbilicalmente ligada à legalidade, exsurge o que se denomina de “senso comum” dos juristas em que a pergunta pelo “o que é o direito?” passa pela concepção platônica sobre a existência de uma única resposta, como bem observa Nino (2010, p. 12), “Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência de coisas e que as palavras são veículos dos conceitos”⁸.

As características acima identificadas que permeiam o Direito da modernidade levam, entre outras coisas, a dicotomias como: *procedimento e substância; questões de fato e questões de direito; direito e moral* [...] sendo que, na verdade, essas distinções, geram um distanciamento entre coisas que não se admitem sejam tratadas de modo isolado, simplesmente porque possuem uma relação de auto complementaridade, porque são cooriginárias, ou seja, há uma *diferença ontológica*⁹ entre elas que impede sejam tratadas de modo autônomo.

6 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2016, p. 59.

7 Os juristas do chamado *common law* não têm diante de si corpos codificados aos quais prestar tamanha profissão de fé. A maior parte das normas que constituem, por exemplo, o direito norte-americano é originada não no ato deliberado de um legislador, mas nos fundamentos das decisões judiciais, nos precedentes. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

8 NINO, Carlos Santiago. *Op. Cit.*, p. 12.

9 Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-



A tese da separação entre o Direito e a moral, sustentada pelo positivismo, não encontra respaldo no constitucionalismo contemporâneo, haja vista que a moral e o Direito são cooriginários, isto é, trata-se da institucionalização da moral no Direito (Dworkin - Habermas). Não há cisão estrutural entre Direito e moral. Vale dizer que não se está falando da moral individual, mas da moralidade política ou da moral crítica, isto é, um a priori compartilhado. Por isso que os princípios “fecham” a interpretação ao invés de abri-la, como demonstra Streck (2011, p. 219) ao longo de toda a sua obra.

Abordar o tema de interpretação é de suma importância para o Direito (democrático), pois, na prestação jurisdicional, que é um ato interpretativo, não se pode admitir qualquer centelha de arbitrariedade. Outra característica herdada da modernidade é acreditar que o julgador possui discricionariedade para ‘interpretar’, desde que por ‘livre convicção motivada’, situação que fragiliza a autonomia do Direito, relativiza a jurisdição e faz instaurar um estado de coisas realista¹⁰.

A QUESTÃO DO POSITIVISMO REALISTA

Ao contrário do que se possa entender sobre o significado da expressão “realismo jurídico” ou “positivismo realista”, a expressão abordada neste trabalho não deve ser confundida com a explicação que se encontra à mão nos sítios de busca disponíveis na internet¹¹.

Na verdade, por realismo jurídico tem-se uma expressão que se desdobra do próprio Positivismo Jurídico, mas que não passa de um positivismo fático, ou seja, acreditar em axiomas, revestidos de validade e intangibilidade, simplesmente porque isso decorre de uma prática, v.g., imaginar que a ponderação de valores, pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*, é um atitude possível e aceitável em um Estado Democrático de Direito, como sói acontecer no ambiente jurídico vivido em *terrae brasilis*.

Assim, muitos críticos do positivismo exegético (Ângelo I), se desgarram da famosa postura oriunda do Direito Francês, pós Revolução Francesa, conhecida como o “juiz boca da lei”, aquele a quem o Direito não permite interpretar, limitando-se exclusivamente a dizer a letra fria da lei, e se lançam apaixonadamente na figura do direito que se realiza na

aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

10 Na aplicação do direito propugnada pelo realismo jurídico, a decisão do caso concreto não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, passando-se do formalismo ao antiformalismo, sendo que o juiz decidia ‘segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador. A relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador. COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia**: por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 71-72.

11 Realismo jurídico (legal realism) é um conjunto de correntes doutrinárias da filosofia do direito que entendem o sistema jurídico como fato, distanciando-se da metafísica e de visões mais idealistas sobre o direito. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Realismo_jur%C3%ADdico> Acesso em: 26 out. 2018.



decisão, permitindo que se corrijam os problemas do formalismo-exegético pelo caminho da discricionariedade e do decisionismo (Ângelo II).

Ângelo I e Ângelo II, são as duas facetas de um mesmo juiz, ao mesmo tempo exegeta (num primeiro momento) e decisionista (*aposteriori*), adequadamente retratados no ensaio “Medida por Medida” (*Measure for Measure*, 1604), de Willian Shakespeare¹².

O realismo jurídico deve ser entendido como uma postura subjetivista que afeta o direito de maneira intensamente prejudicial, pois, com a pretensão de correção (moral prática), fragiliza a autonomia do direito fazendo-o ir a reboque de aspecto alógenos como a economia e a política.

Adeptos da análise econômica do Direito, de Richard Posner, apostam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial), o que, na prática, como muitos defendem no EUA, a jurisdição deve ser consequencialista, isto é, antes de aplicar o Direito de modo deontológico (tudo ou nada), se faz necessário estabelecer um comparativo de utilidade da decisão, o que coloca o Direito numa escala secundária, produz insegurança e fragiliza o estado de coisas constitucional.

A postura realista, portanto, não passa de um positivismo fático voltado para a realização de um “bem comum” calcado na subjetividade do intérprete, sem fundamento jurídico suficiente que o legitime ou torne esta conduta universalizável, como uma das premissas de qualquer sistema constitucionalmente democrático, ou seja, incumbido na produção de igualdade: “tratar todos com igual consideração em respeito”, parafraseando Ronald Dworkin.

Streck (2011, p. 263-264) registra de modo bastante pertinente a dimensão do problema, ao citar em uma de suas obras, a verdadeira postura dos tribunais sobre a necessidade de uma compreensão hermenêutica, dos arbítrios e do voluntarismo, valendo a transcrição:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (grifos meus)¹³.

12 História literária em que Angelo, como juiz, é designado a julgar Cláudio pela prática de sexo antes do casamento, ressuscita leis que já não se aplicavam na cidade e o condena a pena de morte. Após a sentença, Isabela, irmã de Cláudio, pede a Angelo pela vida de seu irmão, o qual nega veementemente, justificando no dever de aplicar a lei (Angelo I). Angelo, encantando com a beleza de Isabela e pelo fato de ser donzela, após um segundo pedido dela pela vida de seu irmão, Angelo, então, cede ao pedido desde que Isabela lhe conceda em troca a sua virgindade.

13 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.263-264.



Importante ressaltar, neste contexto, que o sentido constitucional das coisas não é algo que possa ser recriado por um juiz, por um tribunal ou por quem quer que seja, muito antes disso, tem-se a vontade constitucional, que se cristaliza e se sedimenta ao longo da tradição histórica, deixando bem claro que para a comunidade jurídica que o sentido de conceito é fruto de uma postura dialógica e participativa, não se coadunando com subjetivismos.

DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A hermenêutica é filosófica porque, enquanto se propõe à interpretação, tal como a filosofia, não pode abdicar da árdua tarefa de pensar o sentido das coisas. Para que se possa pensar o sentido das coisas de modo a levar a sério tal intento, impõe-se não olvidar que as coisas somente podem ser algo no *tempo*, o que leva ao intérprete a obrigatoriamente considerar o contexto de significabilidade do caso concreto, sob pena de soçobrar na sua tarefa interpretativa.

A questão interpretativa divorciada do contexto de significação (facticidade), como preocupação básica de Martin Heidegger (2015) na sua obra *Ser e Tempo*, abre um amplo flanco para uma das preocupações centrais da filosofia moderna, ou seja, o problema da interpretação assujeitada pela consciência, também tratada por alguns sob a denominação de psicologismo.¹⁴ A forma básica da consciência rejeitada por Heidegger (2015) é a má e a boa consciência, a que censura e a que adverte, o que poderíamos denominar de falsa moral ou realismo moral. Heidegger (2015) retira a consciência e o débito (*Shuld*) do seu contexto ético em função de um sentido mais fundamental, como registra Inwood (2002, p. 22)¹⁵ ao citá-lo: “O ser e estar em débito em sentido originário não pode ser definido pela moralidade, porque ela já o pressupõe (ST, 286)”.

O aspecto da moral pode ser, já de antemão, definido como uma das preocupações centrais desse trabalho, cuja abordagem não pode ser separada da questão semântica (no Direito). De todo modo, importa referir que existe desde sempre um problema central no Direito que se pode definir como um problema de natureza semântica. Isto é, qual o sentido das coisas? Melhor dizendo, quem detém autoridade para dizer que algo é? Esse é um problema que vem sendo exaustivamente debatido no Brasil, principalmente por Streck (2011, p.

14 “O psicologismo pode ser apreendido como uma prática de elaboração de si próprio, contendo série de demandas de sujeitos em direção a *representações ideais*. O fenômeno da psicologização parece representar um intransponível obstáculo para uma avaliação do processo modernizador. Avaliamos que essa dificuldade é consequência de um certo modo de conceber as relações entre indivíduo e sociedade, que se cristaliza na noção de ‘ideologia’ e pela qual a referência do eu ao ideal é passível de ser captada como ‘ilusão’ mais ou menos carente de positividade. Desse ponto de vista, a ‘ideologia’ não é compreendida como uma dimensão intra e intersubjetiva e não se considera o movimento do sujeito na relação com seus ideais, ou do social no seu constante produzir de novos ideais” (SANTOS, Tânia Coelho dos. Psicologismo e mudança social. **PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 2, 1991. p. 79. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v1n2/05.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

15 INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Maria Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 22.



50), ao abordar questões centrais para a democracia como a discricionariedade judicial e o panprincipiologismo,¹⁶ para citar apenas alguns exemplos.

Conforme esclarece Oliveira (2008, p. 229),¹⁷ há dois níveis de racionalidade no Direito: modelos epistemológicos fundados na subjetividade e padrões matemáticos de conhecimento

Dá-se uma radical mudança na intencionalidade com relação ao direito que, em última análise, trará consigo propostas jusfilosóficas dispostas a repensar o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano concreto. Isso importa em não tratá-lo mais como um sistema cerrado, construído abstratamente a partir de modelos epistemológicos fundados na subjetividade e modelos conforme os padrões matemáticos de conhecimento. Isso tudo implica na afirmação de um direito (*ius*) distinto da lei (*lex*), ou seja, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da *lei*, o que é radicalmente novo desde a formação do direito moderno. Nesse sentido, a afirmação dos conceitos de ‘direitos fundamentais’, das chamadas ‘clausulas gerais’, dos ‘enunciados abertos’ e, evidentemente, dos ‘princípios’. Todos estes elementos – que, como dissemos, passam a ser *constitutivos da normatividade* – são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.

O eixo central da interpretação do Direito se desdobra, portanto, na dicotomia: subjetivo e objetivo. Daí a importância em pensar a via alternativa (democrática) para superação desse velho problema, a partir da intersubjetividade fenomenológica da vida fática e, principalmente, no reconhecimento da tradição moral como fator interpretativo determinante.

No contexto jurídico, como refere Streck (2013, p. 278),¹⁷ “as regras são porosas”, simplesmente porque seria absolutamente impossível prever abstratamente todas as possibilidades que a complexidade da vida é capaz de proporcionar, ou seja, não é possível conceber um tipo penal fundamental. Como ressalta Morin (2011, p. 34)¹⁸:

O conhecimento das informações ou dos dados isolados é insuficiente. É preciso situar as informações e os dados em seu contexto para que adquiram sentido. Para ter sentido, a palavra necessita do texto, que é o próprio contexto, e o texto necessita do contexto no qual se enuncia.

16 “O panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do HC n. 82.424, em 17 set. 2003, que ficou conhecido como caso Ellwanger. Nele, argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula. Registre-se, entretanto, que a ponderação que vem sendo utilizada – e que foi utilizada no caso sob comento – longe está da “fórmula original” presente na teoria da argumentação alexiana. Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade” (STRECK, 2011, p. 50.)

17 OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 229.

17 “Ora, uma lei jamais abarca todas as possibilidades de aplicação. Esse é o caráter hermenêutico do direito (Dworkin vai chamar de “interpretativo”). Ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas (ou os não positivistas, como Alexy e Atienza), tenho que as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para “fechar” a regra”. (STRECK, 2013, p. 278).

18 MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 34.



Os princípios, portanto, têm a função de delimitar a interpretação das regras a partir de uma moralidade Constitucional estruturante contida na comunidade jurídica (pré-compreensão em relação à democracia, liberdade, igualdade).

Daí a importância da abordagem dos indícios formais como parâmetro filosófico-interpretativo à aplicação das regras jurídicas. Se há um problema semântico (fundamento) na aplicação da regra jurídica, impõe-se sua definição como indicação de algo, isto é, sem o *conteúdo* exaurido. Indicar significa dar uma direção mínima sem, contudo, definir qual o sentido prévio de algo, que será possível somente na aplicação, dando-se ênfase ao caso concreto como o lugar de ocorrência da complexidade da vida.

Também, já se tendo reconhecido que o homem possui um débito (*Shuld*) do seu contexto ético em função de um sentido mais fundamental, esse legado semântico decorrente da tradição não deve e não pode ser ignorado em qualquer processo interpretativo. Daí a relação semântico-moral ou moral-semântica que há entre o sentido da regra jurídica como indicações formais e a aplicação (moral-constitucional) do Direito, o que permite afirmar, conjuntamente com o pensamento de Ronald Dworkin, que o Direito e a moral são cooriginários.

Na verdade, o filósofo da floresta negra quer dizer que, no ato interpretativo, não há como se definir padrões de moralidade nem “criar” o sentido das coisas, principalmente porque o sentido moral chega antes, interpelando e, quando necessário, trazendo o estranhamento.¹⁹ Absolutamente alheio à consciência.

Ora, ao se “criar” padrões de moralidade ou sentidos para serem colados às coisas, ao nível da subjetividade interpretativa, como quando alguém escolhe o que irá vestir ou o que irá comer, é inexorável o autoritarismo arraigado em qualquer uma dessas escolhas, cuja padronização irá afetar sobremaneira novas e futuras escolhas, ou seja, fecha-se a capacidade de surgimento da diferença. Inexistindo a diferença, que é ontológica, fere-se de morte a capacidade de pensar o sentido das coisas, do modo como denuncia Heidegger (2015).

Ingressa na análise interpretativa o problema do fenômeno, dos indícios formais como “momento específico” ou “passo específico” do método fenomenológico²⁰. É a ideia dos indícios formais como “sinalizadores”, apontando para algo ligado a um comportamento original.²¹

19 O preconceito autêntico é aquele capaz de fazer o intérprete adequar o texto ao contexto singular e próprio de cada momento histórico. Acontece quando o *Dasein* se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, ele deixa que o texto lhe diga algo. O texto fala. O estranhamento nos salta por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir.

20 O método fenomenológico somente se constitui como um método hermenêutico na medida em que permite que as coisas aconteçam na sua situação hermenêutica, que as coisas se apresentem, se deem, daí a função referencial proibitiva ou antidogmática.

21 O termo *formale Anzeige* pode ser traduzido como “indicação formal” ou “indício formal”, havendo uma pequena diferenciação em relação ao traduzido: primeiramente, a palavra “indicação” parece ter um uso mais abrangente do que a palavra “indício”. Em segundo lugar, devido à interpretação que fazemos do conceito. Para exemplificar: dizemos que uma placa de trânsito é uma indicação de, por exemplo, um caminho para uma cidade. Mas não costumamos dizer que ela é um indício de um caminho até a cidade. Uma pegada na lama, por outro lado, pode tanto ser vista como um indício de que alguém esteve ali, mas também como uma indicação de que alguém passou ali. Parece-nos que a noção



Daí a concepção filosófica dos conceitos, como a palavra “princípio”, que não se trata de um termo “exaurido” justamente por ser formal. Heidegger (2015) pensou os indícios formais em suas funções proibitiva e reversa, o problema da fenomenologia do não aparente da “apropriação”, bem como a ideia de indícios formais como “sinal de acontecimentos ocasionais” e a importância da “vida prática”, cuja abordagem detalhada será realizada de modo que se tenha uma compreensão adequada do método das indicações formais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico e, como consequência, a formação do positivismo realista, são temas que, embora pertencentes à gênese do Direito, podem resultar em sérios efeitos colaterais que fragilizam a democracia e a própria prestação jurisdicional.

Desta forma, urge mencionar que o positivismo jurídico se revela como uma indicação formal da vontade primária do legislador, de suma importância, mas incapaz de prever todas as hipóteses de aplicação. Daí a grande importância da valorização do caso concreto e, também, da cooriginariedade entre Direito e Moral.

Relativamente ao positivismo realista, como um efeito colateral do Positivismo Jurídico, nele acredita-se verdadeiramente na autoridade pessoal do intérprete para atribuir sentido na aplicação do Direito, embora isso represente a visão solitária e antidemocrática que fragiliza o Direito.

Assim, à revelia de todo o sentido moral da Constituição, sedimentada no âmago da sociedade e na tradição histórica, o julgador passa a “distribuir” justiça a partir de perspectivas pessoais, situação que desloca a autoridade legitimada na comunidade para a autoridade pessoal de alguém que, na verdade, não possui legitimidade para tanto.

Diante de tais vicissitudes, a hermenêutica filosófica apresenta-se não como uma receita de bolo para dizer como as coisas devem ser feitas e seguidas, mas, ao contrário, a hermenêutica se oferece para dizer como as coisas não devem ser feitas, principalmente quando se ignora o sentido historicamente construído, a tradição histórica e a linguagem.

Em conclusão, como diziam os gregos: “viver é interpretar”, estamos condenados a interpretar enquanto vivermos. Portanto, se faz necessário enfrentar os problemas que fragilizam o Direito e causam déficits interpretativos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2016;

de *formale Anzeige* possui esse sentido mais amplo, que tanto aponta indícios como serve de indicação para o caminho a ser seguido na investigação filosófica. Optou-se em utilizaras duas formas no texto, de forma indistinta



COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial e democracia:** por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017
HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Maria Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MIDGLEY, E.B.F. **Hobbes**: Leviathan, uma visão teleológica. Tradução Oscar e Angela Morais. São Paulo: Nerman, 1988.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 229.

PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Primeira parte. Cap. XIII, § 5º. **PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 2, 1991. p. 79. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v1n2/05.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL

BRAMBILLA, Fabrício da Silva¹

FERREIRA, Fernando Martins²

Resumo: O presente artigo retrata a possibilidade da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Surge assim uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre aplicação das garantias constitucionais, haja vista a relevância do tema. Pretende-se esclarecer sobre quais são os argumentos da doutrina e alguns julgados ao afirmar que são contrários à existência das garantias constitucionais no bojo do inquérito policial. Por outro lado, verifica-se a análise aprofundada da doutrina que defende a aplicação do contraditório e da ampla defesa como sendo essenciais ao instrumento inquisitório. Para o desenvolvimento do objetivo exposto foi realizada uma pesquisa bibliográfica com doutrinadores que compõe nosso acervo jurídico. O presente estudo tem por finalidade tratar dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, das possibilidades de defesa do investigado, bem como da possibilidade de intervenção deste na confecção do instrumento investigatório. Para tanto, foram analisados os aspectos gerais do inquérito policial, bem como dos referidos princípios para posteriormente adentrar na discussão da possibilidade destes.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Contraditório. Ampla Defesa. Princípios.

Abstract: This monograph aims to examine the possibility of application of constitutional principles and the adversarial legal defense in police investigation. It appears thus, an intense doctrinal and jurisprudential discussion of application of constitutional guarantees, given the importance of the topic. It is intended to clarify on what grounds the doctrine and some supporters tried to claim that they are opposed to the existence of constitutional guarantees bulge in the police investigation. But on the other hand, there is a thorough review of the literature that supports the application of existing and contradictory legal defense as being essential to the inquisitorial instrument. For the development of the above objective a literature search with reputable scholars that compose our body of law was held. This study aims to demonstrate that the constitutional principles of adversarial and legal defense, defense of the possibilities investigated, and the possibility of intervention in the making of this investigative tool. For both, the general aspects of the police investigation, as well as of those principles, so as to subsequently enter into the discussion of the possibility of such inquisitorial procedure were analyzed.

Keywords: Police Inquiry. Contradictory. Wide Defense. Principles.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo vem abordar os princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, e a sua (im) possibilidade de aplicação no inquérito policial.

1 Acadêmico do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta – RS (UNICRUZ). E-mail: brambillafabricio@hotmail.com

2 Mestre em Direito. Docente da Universidade de Cruz Alta – RS. E-mail: fferreira63@unicruz.edu.br



Cumprе salientar, de início, que o procedimento estatal que visa aplicação do *jus puniendi* refere-se ao inquérito policial, que por sua vez, é um procedimento de natureza investigativa, o qual servirá de base para o desenvolvimento da fase processual e assim, acumular os quesitos imprescindíveis para definir a prática da materialidade e a autoria da infração penal cometida.

É de suma importância à análise crítica, sob o prisma constitucional, da fase pré-processual, ou seja, da investigação criminal, e neste contexto, perfazendo a discussão da importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito, como maneira de esclarecer sobre quais argumentos da doutrina e também julgados, que apoiam em afirmar a inexistência da ampla defesa e do contraditório no bojo do inquérito.

Proceder-se-á a uma exposição do instituto do inquérito policial, verificando seu conceito, suas características, natureza jurídica, a fim de analisar a importância da possibilidade de empreender a análise proposta e, por conseguinte a definição da temática apresentada.

Por fim, será abordado o posicionamento contra e a favor, com seus respectivos argumentos e fundamentos acerca da aplicabilidade ou não dos princípios constitucionais apontados bem como o posicionamento crítico e dominante voltado para a não aplicabilidade de tais princípios na investigação preliminar.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o princípio da ampla defesa traduz uma garantia de facultar ao acusado condições que lhe possibilitem apresentar no processo todos os meios necessários para provar a veracidade dos fatos (CAPEZ, 2015, p. 62).

E com isso, havendo o dever do Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CAPEZ, 2015, p. 62).

Em conformidade com essa questão, Greco Filho (1989, p. 110), especifica que o direito a ampla defesa será exercido em sua plenitude quando garantidos ao acusado os seguintes meios:

ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer a contraprova; ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial a Administração da Justiça; e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Consiste, assim, o princípio da ampla defesa em um direito do acusado de poder se defender de toda a acusação que lhe seja imputada, dando a oportunidade de provar a sua inocência, como também de exercer o seu direito de permanecer calado (GRECO FILHO, 1989, p. 110).

Assim, pode-se afirmar, que a ampla defesa é um meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado, onde pode ser realizado por meio da defesa técnica, da autodefesa,



da defesa efetiva, e finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado (PACELLI, 2013, p. 47).

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório apresenta-se como um dos mais importantes postulados no sistema acusatório. Podendo assim ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se em um conflito entre as partes contrapostas, ou seja, a acusação e a defesa, para que estas, estejam em um mesmo plano processual e em igualdade de condições (LOPES JUNIOR, 2017, p. 97).

O direito ao contraditório, sob a visão do réu, possui uma estreita relação com a garantia da ampla defesa, sendo que ambos são assegurados no mesmo dispositivo constitucional, em seu art. 5º, LV⁴, que dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”. Tratando-se no que refere a contraditório, que deve ser visto em duas dimensões, sendo uma o direito a informação (conhecimento) e outra efetiva igualitária participação das partes (LOPES JUNIOR, 2017, p. 99).

Sobre o assunto, percebe-se que todas as provas e alegações das partes, garantidas, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de análise e avaliação, sob pena de infringência do referido princípio (GRINOVER, 1990, p. 41). Assim, Greco Filho (1996, p.123) esclarece que:

A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia antes da decisão. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase do inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita.

Por fim, com a observância deste princípio, sendo uma garantia indispensável e necessária às partes, já que possui como fundamento garantir a dignidade igualdade do incriminado, visto que, abrange um importante papel em auxiliar na futura decisão correta e justa a ambas as partes litigantes (CAPEZ, 2015, p. 61).

A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL

No Brasil, a doutrina é dominante em apoiar que o inquérito policial não atua nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, afirmação esta que, na maioria das vezes, está corroborada por considerações genéricas, sobre a ausência da figura do acusado na fase preliminar e do inquérito possuir o seu caráter inquisitivo, e por estas circunstâncias, não haveria a ação da defesa.



Na esteira doutrinária e jurisprudencial descabe o contraditório na fase do inquérito, pois se trata-se de procedimento inquisitorial, destinado à produção de provas que sustentam o ajuizamento de ação criminal (AVENA, 2014, p. 39). Enfatiza Tourinho Filho (2010, p. 76), sobre o emprego do processo administrativo:

[...] não se refere à fase do inquérito policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública para apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, mesmo porque, nesses casos, haverá a possibilidade de aplicação de uma sanção penal: punição administrativa, decretação de perdimento de bens, multas por infração de trânsito, por exemplo. Em face da possibilidade de infligção de uma “pena”, é natural que deva haver o contraditório e a ampla defesa, porquanto não seria justo a punição de alguém sem o direito de defesa.

A atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, as nulidades etc. (GRECO FILHO, 2012, p. 99).

O princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial, sendo ele mera colheita de provas para instruir futura ação penal. O inquérito é uma mera peça puramente inquisitiva, sigilosa, servindo de base para a denúncia ou queixa, não guardando chances que a defesa elabore suas razões (VILAS BOAS, 2001, p. 50)

Defende-se a inaplicabilidade das garantias no inquérito policial, arguindo que nas investigações preliminares não existe acusação formada. Não se pode deixar de mencionar Bastos (1998), que influenciou a doutrina brasileira através de manifestações sobre a adoção do contraditório (BASTOS E MARTINS, 1998, p. 454). Muccio (2011, p. 43) acrescenta que:

Embora o contraditório seja observado no nosso Processo Penal, na fase do inquérito policial não o é. Na fase pré-processual, na qual se tem as investigações policiais, o sigilo e a inquisitorialidade são as características principais. É de se ressaltar, contudo, que o investigatório não integra o processo *stricto sensu*. O processo tem início com o oferecimento da inicial (denúncia ou queixa-crime). O inquérito policial constitui a fase da investigação que, tecnicamente, não faz parte do processo no seu sentido estrito. Daí do nosso processo não ser do tipo misto.

Por fim, importante ressaltar o entendimento majoritário segundo o qual não é exigível o direito ao contraditório em sede de inquérito policial, já que se trata de procedimento administrativo de caráter informativo (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 58).

POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência brasileira também tem manifestado-se de forma praticamente unânime em favor da não adoção dos princípios do contraditório e a ampla defesa no inquérito policial. Assim serão analisados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O STJ apresenta entendimento, em sede de Agravo Regimental no Inquérito, publicado no dia 26 de Setembro de 2011, onde foi o relator João Otávio de Noronha, excluiu a aplicação



dos princípios alegando ser o inquérito policial apenas um procedimento “meramente informativo”:

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. PRODUÇÃO DE PROVAS.

INDEFERIMENTO. 1. **O inquérito policial é procedimento investigatório e meramente informativo, não se submetendo ao crivo do contraditório, pelo que não é garantido ao indiciado o exercício da ampla defesa, sendo lícito o indeferimento de colheita de provas na forma por ele requerida.** 2. No rito procedimental dos processos penais de competência originária dos tribunais, dispõe a defesa de uma fase preliminar, antes do recebimento da denúncia, para produzir provas visando o não recebimento da peça acusatória.

3. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental Nº 2010/0056559-2, Corte Especial, Superior Tribunal de Justiça, Relator: João Otávio de Noronha, Julgado em 31/08/2011) (grifei).

No julgado publicado no dia 14 de maio de 2014, no qual a Ministra Regina Helena Costa foi a relatora, na qual, também não reconheceu os princípios do contraditório no inquérito policial, dizendo que este possui “natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela acusação”, como se pode ser observado a seguir:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. EXUMAÇÃO DE CADÁVER. AUSÊNCIA DE PRAZO HÁBIL PARA REQUERER NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PATENTE

ILEGALIDADE. I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional. II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. **III - Inaplicável o princípio do contraditório na fase inquisitorial, porquanto esta possui natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela Acusação, que lhe permitam oferecer a denúncia. Precedentes.** IV - Impossibilidade desta Corte aprofundar o exame do conjunto fático-probatório, sobretudo na via estreita do writ. Precedentes. V - Habeas corpus não conhecido. (HABEAS CORPUS N. 2011/0157376-9, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA (1157), QUINTA TURMA, Julgamento:

08/05/2014 Data de Publicação/Fonte DJe 14/05/2014) (grifei).

Em um julgado mais antigo, possui o mesmo entendimento, na qual não se reconhece a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, visto que, este “não é um processo”, e não está destinado a decidir litígio algum, conforme demonstra a seguir:

PENAL ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I e II, DO CP). RECURSOS DA DEFESA. RECONHECIMENTO DOS RÉUS PELAS VÍTIMAS NO INQUÉRITO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INAPLICABILIDADE DESSES PRINCÍPIOS NA FASE EXTRAJUDICIAL. MÉRITO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS CORROBORADAS PELAS DEMAIS PROVAS. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA PENAL.



MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. PENA ELEVADA ACIMA DO GRAU MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DO PERCENTUAL DE AUMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. REGIME ADEQUADO À SANÇÃO APLICADA E À REINCIDÊNCIA DOS RÉUS. RECURSOS DESPROVIDOS. MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DAS PENAS. I -

“Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio” (STF - HC nº 90.232 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU de 02.03.07. p. 38). II - “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente a ensejar a condenação, especialmente em crimes praticados às escondidas. Precedentes” (STJ - AgRg no Ag nº 660.406 - 6ª T.

- Rel. Min. Hamilton Carvalhido -DJU de 06.02.06). III - “A majoração da pena em decorrência das qualificadoras do crime de roubo deve ser precedida de fundamentação, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas de aumento. Precedentes do STJ e do STF” (STJ - HC nº 47.995 - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU de 06.03.06

p. 423). (TJ-PR - ACR: 4835561 PR 0483556-1, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 28/08/2008, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7718) (grifei).

O STF possui o seguinte entendimento sobre a inaplicabilidade do princípio do contraditório na persecução penal:

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado. (Inq 2.266, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.5.2011, *DJe* de 13.3.2012).

Como demonstrado, de forma majoritária, a jurisprudência brasileira segue a mesma linha de entendimento da doutrina já exposta, afastando assim os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO

Ao contrário do princípio do contraditório, a adoção da ampla defesa no inquérito policial é defendida por um número considerável da doutrina. No entanto, conforme já disposto anteriormente, o entendimento da doutrina majoritária é contrária a esta posição, mas mesmo assim, vem surgindo, em nossa doutrina, estudos que defendem a aplicação dos princípios do



contraditório e da ampla defesa na fase investigatória (NUCCI, 2008). Nesse sentido, Lopes Junior (2013, p. 338), afirma que:

O ponto crucial é o art. 5º, LV, da CF/88, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica não pode servir de obstáculo para a sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para a sua aplicação na investigação preliminar.

Parece crescente na doutrina brasileira, ao menos em pesquisas e encontros acadêmicos (seminários, congressos etc.), o entendimento segundo o qual a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional (PACELLI, 2013).

O art. 5º, inciso LV, da CF⁵ reúne os princípios do contraditório e da ampla defesa, em conjunto, e refere-se aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a quem são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Com as alterações trazidas pela Lei nº 11.690/08, abriu-se a possibilidade de o acusado indicar assistente técnico para a apreciação da perícia oficial, permitindo-lhe inclusive a apresentação de pareceres (art. 159, §5º, CPP⁶) e esclarecimentos orais,

implicam o estabelecimento do contraditório na fase de investigação (LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008⁷). Grinover e outros (2008, p. 63) afirmam o seguinte:

[...] defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto, é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta - como poder correlato ao de ação - garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Assim sendo, não se poderia pensar em coletar provas sem a participação do investigado ou de seu defensor para depois utilizá-las livremente durante a instrução do processo criminal, com isso, nítido contraste com o princípio constitucional da ampla defesa, infringindo ainda o contraditório (NUCCI, 2014, p. 142). Pacelli (2013, p. 55) preleciona que:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. Em relação às provas periciais, então reiteramos que o contraditório já deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que objeto da perícia (corpo delito) corra risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes.

Mas nesse caso, o risco, evidente e concreto, seria a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória, e sem falar que não há como haver recusa disso, se forem devidamente examinadas pelo Poder Judiciário (PACELLI, 2013, p. 55).

Conforme as alterações trazidas pela Lei 13.245/16, mais precisamente em seu art. 7º, onde garante ao advogado a possibilidade de ter acesso a todos os documentos do procedimento



investigatório, sendo eles físicos ou digitais. O fornecimento incompleto dos autos ou o fornecimento dos autos em que houve retirada de peças já incluídas no caderno investigativo acarretará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com a finalidade de prejudicar o exercício da defesa.

Outro argumento que tange a aplicação da ampla defesa, teria como base o indiciamento que deve ser considerado como uma efetiva acusação, ou seja, a partir desse momento a autoridade policial reunirá fortes indícios contra a pessoa que cometeu determinado delito.

Por esse prisma é que se pode dizer que a ampla defesa abrange o indiciado. O que não se concebe é a permissão do contraditório na fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há nenhuma acusação (TOURINHO FILHO, 2010, p. 77).

Com efeito, expõem-se as posições doutrinárias que aceitam a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, com isso, cumpre destacar a seguir, alguns julgados que já manifestaram sobre a possível aplicação.

POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Adiante, segue a análise do entendimento jurisprudencial acerca da aplicação dos princípios em destaque no inquérito policial. Ressalta-se que escassas e antigas são as jurisprudências que tratam sobre o tema.

O habeas corpus nº 51577/SP/2000.03.00.051577-0 do TRF da 3ª Região que teve como relator o Juiz Erik Gramstrup, onde se reconheceu o direito a ampla defesa e afastou o contraditório, como podemos observar o seguinte trecho extraído:

HABEAS CORPUS.SENTENÇA CONCESSIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO DO MPF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO. ARTIGO 574, INCISO I, DO CPP. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DA REMESSA OBRIGATÓRIA. SIMPLES INAPTIDÃO DA DECISÃO PARA PASSAR EM JULGADO. SÚMULA N. 423 DO STF. INQUÉRITO JUDICIAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE CAPAZ DE INVALIDAR A AÇÃO PENAL JÁ INSTAURADA. ARTIGO 588 DO CPP. INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA PARA CONTRA-ARRAZOAR O RECURSO. INVESTIGADO OU INDICIADO. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DO FAVOR REI. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. OBRIGAÇÃO DO MAGISTRADO. EFEITO SUSPENSIVO. INSUBSISTÊNCIA. PRETENDIDA APLICAÇÃO IMEDIATA DO ARTIGO 589 DO CPP. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. ORDEM

PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] **ainda que o contraditório não se faça presente, no mais das vezes, na fase do inquérito policial, nem por isso o direito de defesa do indivíduo, garantido na nossa Carta Magna, bem como o princípio do duplo grau de jurisdição, reconhecido expressamente na Convenção Americana dos Direitos do Homem, devem estar prejudicados.** (TRF-3 - HC: 51577 SP 2000.03.00.051577-0, Relator: JUIZ CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP, Data de Julgamento: 27/03/2001, QUINTA TURMA) (grifei).

O HC nº 58579/RJ, teve como relator o Ministro Clovis Ramallete expõe que a instauração inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, *in verbis*:



INDICIADO. DIREITO DESSE A CONTRA-ARRAZOAR RECURSO OFERECIDO ANTES DE RECEBIDA A QUEIXA OU DENUNCIA. SUA NEGAÇÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA REVOGAR O ACÓRDÃO PROFERIDO EM RECURSO, EM QUE SE IMPEDIA, AO INDICIADO, CONTRA-ARRAZOAR O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. II. A SITUAÇÃO DE SER INDICIADO GERA INTERESSE DE AGIR QUE AUTORIZA SE CONSTITUA ENTRE ELE E O JUÍZO, A RELAÇÃO PROCESSUAL, DESDE QUE ESPONTANEAMENTE INTENTE REQUERER NO PROCESSO, AINDA QUE EM FACE DE INQUÉRITO POLICIAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO UNÂNIMEMENTE. III. **A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL, COM INDICIADOS NELE CONFIGURADOS, FAZ INCIDIR NESTES A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA, COM OS RECURSOS A ELA INERENTES.** IV. PEDIDO DE HABEAS CORPUS PROVIDO. (STF

- HC: 58579 RJ, Relator: CLOVIS RAMALHETE, Data de Julgamento: 12/05/1981, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 22-06-1981 PP-

06064 EMENT VOL-01201-01 PP-00134 RTJ VOL-00098-03 PP-00672)

(grifei).

Foi julgada a *Apelação Criminal* no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no sentido que admite que os indícios produzidos no inquérito policial passem pelo crivo do contraditório, conforme demonstra a seguinte decisão:

50140976 - APELAÇÃO CRIMINAL. TRAFICO. DESCLASSIFICAÇÃO. CONSUMO PESSOAL. INQUÉRITO POLICIAL. PROVATESTEMUNHAL. POLICIAL. VALOR PROBATORIO. RECEPÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE

DIREITOS. I - A condenação penal exige certeza em relação a materialidade e autoria delitiva. Havendo dúvida, por ínfima que seja, em relação a destinação da droga apreendida, impõe-se a aplicação do princípio in dubio pro reo, desclassificando a conduta do agente de trafico para a modalidade de uso. II - Desde que corroborada em juízo, sob o crivo do contraditório, as provas colhidas durante o inquérito policial tem valor probatório. III - (...) Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO; ACr35906-1/213; Itumbiara; Rel. Des. Carlos Alberto França; DJGO 22/07/2009; Pág. 166).

No julgado, proferido pelo Relator Celso de Mello, manifesta-se sobre o indiciado sendo um sujeito de direitos e não mais um mero objeto de investigação, e portanto,

HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM INQUÉRITO POLICIAL - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TARDIA ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA - NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - SÚMULA 523/STF - REEXAME DA MATÉRIA DE FATO EM HABEAS CORPUS - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. INQUÉRITO POLICIAL - UNILATERALIDADE - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO

INDICIADO. - O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. (HC 73.271-SP, rel. Celso de Mello, citado em despacho no Inquérito 1.504-DF, rel. Celso de Mello, 17.06.1999, DJ 28.06.1999, p.25) (grifei).



Diante de todos os argumentos e julgamentos expostos nesse tópico, alguns doutrinadores e julgados, admitem a aplicação dos princípios constitucionais no inquérito, este não é pacífico, visto que a corrente majoritária e recente continua não aceitando a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se com o estudo que grande parte da doutrina adota o posicionamento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são aplicados ao inquérito por este possuir natureza jurídica inquisitiva. Este argumento foi exposto, sob argumentação de parte da doutrina que defende só existir a instrução criminal no processo penal e devido ao fato, do inquérito ser um mero procedimento administrativo, não haveria a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais, além disso, estes atrapalhariam a apuração dos fatos se fossem aplicados.

Vários argumentos da corrente majoritária também apontam sobre a expressão os “acusados em geral”, previsto no art. 5º, LV da CF, aduzindo que não irá englobar a figura do indiciado, visto que, o inquérito policial é do tipo inquisitivo e assim não haverá igualdade, pois o indiciado é apenas um mero objeto da investigação.

Assim, percebe-se que no inquérito policial não há relação processual, como também não existe acusado, pois esta fase investigativa apenas visa a apuração da infração penal e não aplicação de uma “pena” propriamente dita, porque não há presença

Este entendimento parece o mais adequado com a realidade atual e o modelo processual penal acusatório, uma vez que o direito do contraditório é obrigatório somente durante o processo judicial, onde ocorre uma acusação formal, sendo que o próprio CPP, já estabelece que todas as provas devem ser produzidas no curso da investigação devem necessariamente passar pelo crivo do contraditório na fase judicial. Para finalizar a compreensão da não aplicação do contraditório no inquérito policial, pode-se citar que este instrumento não tem caráter decisório e, sim, meramente informativo.

Dessa forma, foi exposto o que a doutrina e jurisprudência brasileira, de forma dominante, posiciona-se contra a aplicação dos princípios referidos na fase investigativa. Outro ponto debatido é o fato que o investigado não pode ser tratado como mero objeto de investigação, devendo ser garantido ao mesmo todos os direitos estabelecidos constitucionalmente para a defesa das acusações imputadas no inquérito.

Desse modo, a doutrina minoritária defende a máxima efetivação dos direitos constitucionais, entendendo assim que o caráter inquisitivo do inquérito policial é incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito.

Conclui-se assim, a partir de todos os argumentos doutrinários destacados neste trabalho, que não é aplicado o princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.



Com base nesse entendimento, conceder ao investigado ampla defesa e contraditório não seria a melhor medida, pois isso tornaria a fase pré-processual um verdadeiro caos. Sem falar, que a própria Constituição Federal deixou claro que, essas garantias só serão aplicadas aos processos judiciais e administrativos e sendo, dirigidos aos acusados em geral. Portanto, pode-se observar que o inquérito policial não é nem processo, por ter natureza inquisitiva e muito mesmo existe a figura do acusado, por não haver aplicação de nenhuma pena ao indiciado.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 20015.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VILAS BOAS, Marco Antônio. **Processo Penal completo: Doutrina, Formulários, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.



A CRISE NO ATUAL SISTEMA PRISIONAL FEMININO

CENEDEZE, Andréia¹

PIAS, Fagner Cuozzo²

Resumo: O trabalho em voga, visa discutir a crise no atual sistema prisional feminino no Brasil, a partir de constatações acerca das péssimas condições carcerárias, especialmente no que se refere às mulheres que estão privadas de sua liberdade. Estatisticamente cerca de 5% da população carcerária é composta por mulheres, dessas prisões 62% estão relacionados ao crime de tráfico de drogas. Sendo que a mulher presa não representa um número alto dentro do ambiente prisional. A população prisional brasileira vive em condições muitas vezes consideradas indignas, o que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias positivados constitucionalmente, não bastasse isso, os próprios estabelecimentos prisionais não são concebidos para abrigarem essas mulheres. A mulher tem necessidades específicas, principalmente relacionados a sua saúde. A metodologia utilizada na presente pesquisa é o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Cárcere. Feminino. Direitos Humanos. Crise. Superlotação.

Abstract: The work in vogue aims to discuss the crisis in the current female prison system in Brazil, based on findings about the terrible prison conditions, especially regarding women who are deprived of their freedom. Statistically around 5% of the prison population is made up of women. Of these prisons 62% are related to the crime of drug trafficking. Being that the woman in prison does not represent a high number within the prison environment. The Brazilian prison population lives under conditions that are often considered to be unworthy, which defies the principle of the dignity of the human person, as well as the constitutionally guaranteed rights and guarantees, if that were not enough, the prisons themselves are not designed to shelter these women. The woman has specific needs, mainly related to her health. The methodology used in the present research is the deductive method, with bibliographic research.

Keywords: Prison. Female. Human rights. Crisis. Over crowded.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a situação vivenciada pelas mulheres no cárcere, bem como a relevância desse problema no que se refere ao crescimento populacional prisional brasileiro, especialmente o feminino, e das condições nas quais essas mulheres se encontram.

O aumento de pessoas que são privadas de sua liberdade vem crescendo rapidamente nos últimos anos. Conforme dados, o Brasil tem a terceira maior população prisional do mundo, perdendo para Estados Unidos e China. O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 mil em 2016. Em dezembro de 2014, era de 622.202, houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. No total, há 45.989 mil mulheres presas no Brasil, representa 5%, de acordo com os dados do Infopen (Levantamento de Dados de Informações Penitenciárias), dessas prisões, 62% estão relacionadas ao tráfico de drogas. Neste universo prisional, pouco se sabe acerca dos estabelecimentos prisionais femininos, a mulher presa não representa um número alto dentro do sistema prisional brasileiro.

1 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta-RS. E-mail: andreiacenedeze@hotmail.com

2 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta-RS. E-mail: andreiacenedeze@hotmail.com



Tendo em vista que o número de mulheres encarceradas está crescendo constantemente, os estudos no que se refere às prisões femininas continuam escassos, se mostra oportuno a necessidade da relevância do tema, uma vez que essas mulheres que estão no cárcere continuam sendo detentoras de direitos e garantias positivadas constitucionalmente, uma vez que o ambiente prisional é predominantemente masculino e não estando preparado para receber essas mulheres com todas as suas peculiaridades.

O presente trabalho enquadra-se na linha de pesquisa República, Estado e Sociedade Contemporânea do GPJur do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta.

DESENVOLVIMENTO

Na história das prisões pouco se sabe sobre o universo prisional feminino, nesse âmbito, sempre foi comum o tratamento como “coisa de menor importância”, é sabido que em termos quantitativos é expressivo o número de homens e que a prisão é um espaço eminentemente masculino, porém isso não deve ser razão para desconsiderar políticas voltadas para a atenção à mulher no cárcere. (CARVALHO E FREITAS, 2016) Ressaltam ainda

No Brasil, os direitos são comumente violados no que tange ao direito dos presos, porém, quando se trata de mulheres elas são amplamente violadas pois tanto em virtude da condição de presa, como na condição de mulher, devido aos estigmas sua condição socioeconômica que geralmente é perceptível, que a prisão atinge em sua maioria esmagadora as camadas mais empobrecidas e, portanto, mais vulneráveis. Vale aqui ressaltar que as mulheres têm necessidades, próprias peculiares de sua condição de mulher e que da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal está claramente explícita no artigo 5º, inciso XLVIII, segundo o qual ‘a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Frinhani e Souza (2005, [s.p]) defendem a tese de que “a redução da desigualdade entre os sexos, no âmbito da sociedade ocidental, implica a maior presença da mulher não apenas na área do trabalho fora de casa, mas em diferentes campos, entre os quais se inclui a criminalidade”. Para Viafore (2005, [s.p]),

O perfil social da mulher criminoso tende a ser de uma mulher jovem, pertencente a um nível socioeconômico baixo, com baixo nível educacional, baixo nível de emprego ou desempregada, solteiras ou separadas, procedentes de centros urbanos. Os crimes praticados pelas mulheres tendem a ser cometidos contra a propriedade numa proporção muito maior do que contra a pessoa e também o uso de drogas aumenta a probabilidade de se envolverem numa conduta criminal. A principal diferença no perfil social criminoso do sexo feminino com o perfil social criminoso do sexo masculino é a maior presença de crianças dependentes entre criminosos do sexo masculino.

No Brasil, os dados que tratam da criminalidade feminina são poucos e pouco reveladores da real dimensão deste fenômeno social. Poucos são os estudos que tratam da criminalidade feminina em relação à criminalidade geral. Não há uma diferenciação a criminalidade feminina da masculina, talvez pela constatação de que a participação feminina na criminalidade geral é quase insignificante quando comparada à masculina. Além disso, vivemos numa sociedade em que se pretende construir, no plano do discurso teórico, uma ciência social para a humanidade como um todo, enquanto que, no plano das relações sociais concretas, a mulher é discriminada



em todos os sentidos. (PERRUCCI apud Frinhani e Souza, 2005, [s.p]). Para Lima e outros (2013, [s.p]),

As mulheres que adentram o sistema prisional em sua maioria são jovens, solteiras, possuem filhos, tem baixo nível de escolaridade e renda familiar precária. Antes do encarceramento não possuíam estabilidade trabalhista, pois desempenhavam ocupações de baixa qualificação com salários proporcionais ou estavam em situação de desemprego. Neste sentido, a prisão para a população feminina implica em problemas ainda mais impactantes, a exemplo da maior estigmatização social e altos níveis de problema de saúde com ênfase no sofrimento mental.

De acordo com Medeiros (2010, [s.p]) “não bastasse a pena que cumprem por seus crimes, elas são condenadas ao abandono. Nos dias de visitas, há presas que vestem suas melhores roupas, mesmo sabendo que ninguém aparecerá para vê-las.” Conclui ainda (2010, [s.p])

A prisão funciona como (reprodutora de miséria, visto que, ao longo do período do encarceramento, inflige perdas à mulher presa em diferentes dimensões da vida social, a começar pelo trabalho e pela moradia. Essa perda material tende, na maioria das vezes, a atingir a família e, em muitos casos, a estremecer relações familiares e afetivas. A falta de apoio familiar, as reduzidas possibilidades de trabalho, de formação profissional, de lazer e a falta de acesso a bens materiais básicos tornam a vida da detenta dentro da prisão e quando de seu retorno à liberdade. Nesse sentido, pode-se afirmar que a prisão empobrece ou agrava a pobreza preexistente.

Partindo do entendimento da prisão enquanto detentora de mecanismos disciplinares dos sujeitos a fim de submeter os indivíduos a seus mecanismos de poder e degradadora da condição humana, Lima, Pereira Neto, Amarante, Dias e Ferreira Filha (2013, [s.p]) apresentam-se os segmentos de falas “para mim, estar hoje aqui dentro da prisão significa um vazio muito grande. Estar na prisão é se sentir incapacitada, limitada. Eu me sinto, de certa forma, mutilada aqui dentro do presídio.” Concluem ainda (2013, [s.p])

As falas apresentam os significados da prisão para as apenadas que, em geral, revelam o processo de “mutilação do eu”, o que gera mudanças da concepção de si, por rebaixamento, degradações e humilhações sofridas. Isso ocorre em função da morte civil, da substituição do convívio familiar e da ausência da autonomia. Reforça-se assim a percepção ‘foucaultiana’ ainda hoje presente, de que a prisão representa um espaço de “suplício da alma” exercido através de seu poder institucionalizante sobre seus sujeitos.

A instituição penal, pelo seu caráter de confinamento, naturalmente estabelece barreiras e rompimentos entre o mundo do trabalho, da família e das relações afetivas que dificultam e perturbam o cotidiano prisional. Em função do abandono, as experiências de existência-sofrimento são recorrentes e expressas por sentimentos de tristeza, dor, desesperança e solidão, como nesses depoimentos “sinto necessidade do amor dos três homens mais importantes da minha vida: meu filho, meu esposo e meu irmão. Me sinto muito sozinha aqui, principalmente pelo desprezo da minha família, pela distância dos meus filhos” (LIMA et al 2013).

As mulheres em situação de cárcere são parte de uma população esquecida e muitas vezes invisíveis para o estado e para a sociedade, Carvalho e Freitas (2016, [s.p]) enfatizam

A prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas consequências para sua família, na forma como o Judiciário reage em face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio.



A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, explicita a igualdade entre os sexos. É sabido que no Brasil, conforme Carvalho e Freitas (2016, [s.p]) “as mulheres são relegadas ao segundo plano e em se tratando das condições no cárcere, as mulheres ainda ficam à mercê de regramentos dirigidos aos presos do sexo masculino”, destacam que

Mulheres encarceradas no Brasil, ainda se encontram no Brasil, atualmente, uma política penitenciária que não se preocupa com as especificidades que o encarceramento feminino exige, desconsiderando o aumento no índice de encarceramento das mulheres. Sendo o sistema penitenciário notadamente elaborado por homens e para os homens. Nesta senda, nota-se que o descaso e a desconsideração com as demandas específicas das detentas é causa do desrespeito aos direitos humanos no sistema penitenciário.

As condições gerais das prisões no Brasil, por si só, já constituem violação de direitos dos presos garantidos constitucionalmente. Para Ely, Cechinel e Camargo (2009 [s.p]) “indiferente à imagem de vítimas ou criminosas, a realidade *intra muros* impõe o estigma criminal, o qual relega a essas mulheres uma condição de esquecimento, à margem da vida livre”. Mesmo porque, de acordo com Ely, Cechinel e Camargo (2009, [s.p])

O atual modelo prisional fundado no século XIX, não foi criado e nem desenvolvido para aprisionar mulheres e sim homens. Isso se confirma pelo fato de que a estrutura prisional teve que, paulatinamente, passar por adaptações arquitetônicas para atender as especificidades femininas, como a criação de creches, que até hoje não existem nas penitenciárias masculinas, o que reforça o padrão cultural de que a tarefa de cuidar dos filhos ainda é quase que exclusivamente feminina.

A condição atual do encarceramento das mulheres no Brasil é vista de forma assustadora, nesse contexto ressaltam Ely, Cechinel e Camargo (2009, [s.p])

Hoje o retrato do sistema prisional brasileiro é composto de imagens que revelam o desrespeito aos direitos humanos, tais imagens, ao olharmos especificadamente para as mulheres que estão neste sistema, são ainda muito mais aterradoras; pois a elas é destinado o que sobra do sistema prisional masculino: presídios que não servem mais para abrigar homens infratores são destinados às mulheres, os recursos destinados para o sistema prisional são carreados prioritariamente para os presídios masculinos, e além disso, os presos masculinos contam sempre com o apoio externo das mulheres (mães, irmãs, esposas e ou companheiras), ao tempo que as mulheres presas são abandonadas pelos seus companheiros e maridos. Restando-lhes, apenas, a solidão e a preocupação com os filhos que, como sempre, ficam sob sua responsabilidade.

A maioria, duas em cada três presas, é negra. O encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos, se comparados ao público masculino.

Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%, por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para as mulheres. Com relação à escolaridade, as mulheres apresentam condições melhores que a dos homens presos, 50% não concluíram o ensino fundamental, sendo que a taxa entre os homens é 53%. O índice de analfabetismo é de apenas 4% para as mulheres contra 5% dos homens, e 11% concluíram o ensino médio, contra 7% dos homens (CARVALHO; FREITAS, 2016).

3 Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.



A Lei de Execuções Penais determina que a segurança das dependências internas dos presídios femininos deve ser feita exclusivamente por mulheres. Os artigos 83^o, parágrafo 2^o e artigo 89^s da referida lei, também determinam que os estabelecimentos prisionais femininos tenham berçário e creche para que os filhos possam permanecer com a mãe. Para Galvão e Dalvim (2013, [s.p]),

A falta de assistência à saúde é um dos aspectos mais graves que afetam o sistema prisional brasileiro. O ambiente do estabelecimento penal contribui para o aparecimento de doenças já latentes, ou sua manifestação. O apenado não tem possibilidade de, por seus próprios meios, procurar atendimento ou medicação diferente do oferecido pelo sistema. No caso de encarceramento feminino, a situação é mais grave, uma vez que não há política específica para o atendimento à mulher presa, em especial quando grávida.

Assim, a realidade encontrada nos estabelecimentos prisionais femininos é preocupante e merece um olhar diferente por parte do Estado, uma vez que não há uma preocupação com a mulher que encontra-se cumprindo pena, e nem com a sua família. Segundo os dados apresentados, a população prisional feminina cresce constantemente, sendo a falta de atendimento à saúde um dos aspectos mais graves que flagelam o sistema prisional.

Dessa forma, há que se discutir acerca da população carcerária feminina, a qual está em situação de extrema vulnerabilidade em razão das péssimas condições fornecidas pelo Estado em relação a tais pessoas, o que demonstra uma irresponsabilidade estatal, motivada por sua negligência em relação as pessoas.

CONCLUSÃO

Denota-se que, muito embora a legislação brasileira traga inúmeros direitos as mulheres encarceradas, o Estado se mostra negligente frente as suas obrigações, haja vista que não considera as condições específicas da mulher no cárcere.

Com o aumento da criminalidade no Brasil, os presos são submetidos a condições difíceis de saúde e habitação nos estabelecimentos prisionais, tendo como consequência o desrespeito aos próprios direitos humanos e aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Essa situação degradante chega até às mulheres encarceradas, que cada vez mais se envolvem com a criminalidade.

O ambiente prisional como se vê foi construído para abrigar homens, e não mulheres, com todas suas peculiaridades, e tampouco para acolher crianças, filhos do cárcere. Uma vez, que a prisão para a mulher significa a desestruturação do lar, onde normalmente, são as únicas responsáveis pela proteção e cuidado com os filhos, que muitas vezes não tem o auxílio de sua própria família ou não há o referencial paterno, essas crianças podem acabar parando nas ruas.

4 Artigo 83 – O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Parágrafo 2º - Os estabelecimentos penais destinados e mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.

5 Artigo 89 – Além dos requisitos referidos no artigo 88, a penitenciária será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.



Denota-se, que a prisão para a mulher acarreta impactos maiores e sofridos do que a prisão para os homens.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho et al. **Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência**. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0103-11042013000300008&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: out. 2018.

AGÊNCIA BRASIL. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2018.

_____. **Lei 7.210/1984 Dispõe sobre a Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: out. 2018.

CAMARGO, Monica Ovinski. CECHINEL, Beatriz. ELY, Amanda. **Entre vítimas e criminosas: estudo sobre o histórico de violência na vida das mulheres em situação de detenção no Presídio Santa Augusta, Criciúma – SC**. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/view/1403/1330>>. Acesso em: out. 2018.

CARVALHO, Maria Luciene Barbosa. FREITAS, Luana Duarte Assunção de. **As faces e os disfarces dos presídios femininos: violações X direitos**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14582/3270>>. Acesso em: out. 2018.

DAVIM, Rejane Marie Barbosa. GALVÃO, Mayana Camila Barbosa. **Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário**. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/viewFile/33554/21053>>. Acesso em: out. 2018

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. SOUZA, Lídio de. **Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais**. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1027/744>>. Acesso em: out; 2018.

MEDEIROS, Luciana Lessa de. **Mulheres e cárcere-reflexões em torno das redes de proteção social**. Disponível em: <http://www.sul2013.historiaoral.org.br/resources/anais/2/1269096793_ARQUIVO_TrabalhoCompletoMulheresecarcere.pdf>. Acesso em: out. 2018.



VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro**: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br>. Acesso em: out 2018.



A IMPORTÂNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO INQUÉRITO POLICIAL COMO ELEMENTO BASILAR PARA A ELUCIDAÇÃO DO DELITO

BRAMBILLA, Fabrício da Silva¹

FAGUNDES, Rafael de Aguiar²

Resumo: O presente artigo tem como tema a importância da produção de provas no inquérito policial como elemento basilar a elucidação do delito, onde será analisada a importância e a aplicação dentro do ordenamento jurídico. A presente pesquisa tem busca demonstrar a finalidade do inquérito policial, bem como, a criação, e como ocorre seu desenvolvimento, buscando ter conhecimento e colhendo provas a partir da infração penal cometida pelo criminoso dentro da sociedade. Todos os tipos de provas e diligências realizadas dentro do inquérito terão início através do ordenamento da autoridade policial, tendo como objetivo buscar vestígios e indícios, que venham a servir como meio de prova, para que se possa chegar ao autor do crime. O desenvolvimento das provas produzidas durante a instrução preliminar, fase pré-processual realizada, materializa o inquérito policial, tornando eficaz sua valorização na fase judicial. Analisando a importância e seus elementos caracterizadores, por vezes fundamentais para a elucidação da causa crime, tendo como base uma investigação preliminar concreta e objetiva, assim dando sustentação necessária para que as provas criadas tenham efeito positivo na fase judicial, e o criminoso, de acordo com as Leis, cumpra sua pena de forma justa e adequada. Portanto, a elaboração do Inquérito Policial está absolutamente nos vestígios deixados pela infração penal, materialidade e autoria delitiva são de extrema importância, fundamental para o resguardo real como objetivo de justiça a ser alcançado.

Palavras-chave: Polícia. Inquérito. Crime. Prova. Elucidação.

Abstract: This article has as its theme the importance of the production of evidence in the police investigation as a basic element in the elucidation of crime, where the importance and application within our legal system will be analyzed. The purpose of the research is to demonstrate the purpose of the police investigation, as well as the creation, and how its development occurs, seeking to create evidence from the criminal

act committed by the human being within our society. All types of evidence during and during the investigation, will begin through the order of the police authority, aiming to seek traces and evidence, which will serve as a means of proof, to reach the perpetrator. The development of the evidence produced during the preliminary investigation, pre- procedural phase carried out, materializes the police investigation, and thus makes effective its valuation in the judicial phase. Analyzing the importance and its characterizing elements, sometimes fundamental for the elucidation of the criminal case, considering that practically all criminal convictions are based on a concrete and objective preliminary investigation, thus giving necessary support for the evidence created to have a positive effect In the judicial phase, and the criminal, in accordance with the Laws, to carry out his sentence fairly and properly. Therefore, the elaboration of the Police Inquiry is absolutely in the vestiges left by the criminal infraction, materiality and culprit authorship are of extreme importance, fundamental for the real safeguard as objective of justice to be reached.

Keywords: Police. Inquiry. Crime. Evidence.

1 Acadêmico do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta – RS

2 Universidade de Cruz Alta - RS.



CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrar no mérito da presente pesquisa cumpre mencionar a importância do inquérito policial para a vida em sociedade, pois vive-se em um corpo social com alto índice de criminalidade, onde muitas vezes, os autores dos atos delitivos acabam impunes, devido à falta da produção necessária de provas, capaz de elucidar as situações delitivas, apurando-se a devida autoria e materialidade.

Justifica-se a realização da corrente pesquisa, ante a necessidade de se constatar a relevância do inquérito policial na busca da elucidação da infração penal, sendo capaz de embasar a pretensão acusatória na busca pela consecução de suas finalidades, tanto para efeitos de condenação como de absolvição, servindo como elemento fundamental para lograr êxito na busca por esse objetivo, servindo também, para proteger o indivíduo de ser submetido desnecessariamente a um processo judicial.

Busca-se através da elaboração do inquérito, a elucidação de um fato criminoso, fazendo com que se tenha uma maior segurança, no sentido de proteção das provas, não se deixando perder alguns tipos de provas que necessitam de urgência para seu colhimento ou, que não podem ser repetidas na fase processual, tais como perícias, busca e apreensão, interceptação telefônica dentre outras, que servirão, posteriormente na fase judicial.

Porém, o processo judicial não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, mas sim como a forma pela qual é desempenhado o papel limitador do poder do Estado e garantidor de direitos ao indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à condenação ou absolvição do agente, como resposta estatal.

Sendo assim, admite-se sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas às regras e garantias constitucionalmente asseguradas, as regras do devido processo legal.

Portanto, o presente trabalho busca demonstrar a importância das provas durante o inquérito policial, não sendo visto como um problema, e sim, como meio de solucionar as infrações penais, onde por vezes, as pessoas enxergam o inquérito como um procedimento incorreto, por não haver defesa direta, entretanto, como relatado acima, é um conjunto de provas que busca a segurança pública em favor da sociedade, que após colhidas as provas, essas irão servir como elemento base para elucidar o delito e desvendar seus autores.

Por fim, a pesquisa se enquadra na linha de Constituição, Processo e Justiça do Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS), tendo uma metodologia crítica-dialética, embasando-se através de normas e leis, onde quem não tem conhecimento acaba observando de forma crítica, tendo em vista que observa o inquérito apenas como um meio de acusação, o que foge da nossa realidade fática, onde



através da produção das provas, demonstra o real objetivo do inquérito policial, e comprova que o inquérito serve, e, é o elemento base para a elucidação de um delito.

CONCEITO

Preliminarmente, verifica-se a necessidade de iniciar o presente trabalho, buscando conhecer a definição conceitual do inquérito policial, sendo este um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação e a convicção do representante do Ministério Público, tendo o como destinatário, titular exclusivo da ação penal pública (Art. 129, I da Constituição Federal)³, e o ofendido, titular da ação penal privada (Art. 30 do Código de Processo Penal)⁴, como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (TOURINHO FILHO, 2004).

É de extrema necessidade o colhimento de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não se pode olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada (NUCCI, 2015). Verifica-se que a conceituação do inquérito policial vem a ser o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (TOURINHO FILHO, 2004).

Assim percebe-se, que o inquérito é uma peça administrativa, voltada a colheita de provas, bem como a elucidação da materialidade e autoria do delito, devendo servir como elemento base para respaldar a pretensão acusatória.

DA INSTAURAÇÃO

O presente artigo demonstra significativa relevância para a compreensão geral do tema a ser apresentado, ou seja, o Inquérito Policial, o qual é um procedimento instaurado pela polícia judiciária (autoridade policial/delegado de polícia), com características administrativo-persecutória, informativa, prévia e preparatória da Ação Penal. É um conjunto de informações concentrados na comprovação da materialidade e indício de autoria de um crime (LOPES JUNIOR, 2006).

Para que haja a instauração legal, devem-se obedecer alguns requisitos, como podemos observar a seguir de acordo com o Código de Processo Penal:

Art. 5º do Código de Processo Penal: Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

3 rt. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

4 Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.



- de ofício;
- mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Sendo assim, se a autoridade policial souber, por meio de suas atividades de rotina, da existência de um crime, terá que ser examinado, para ver se trata-se de crime de ação pública incondicionada (CAPEZ, 2014).

Confirmada a ocorrência delitativa, a autoridade policial terá o dever jurídico de instaurar o inquérito, ou seja, serão feitas investigações para apurar o fato e a autoria, por iniciativa própria. Nesse caso, o delegado de polícia é quem deve baixar uma Portaria, que nada mais é que uma peça inicial do procedimento inquisitorial (CAPEZ, 2014).

Ocorrerá a instauração do Inquérito Policial, através de Ofício representado pelo Ministério Público, quando ocorrer de tal órgão ter conhecimento da ocorrência de algum crime, o qual a autoridade policial não teve conhecimento, sendo que a elucidação do delito é responsabilidade da Polícia Civil, ou seja, dever do delegado de policial (MIRABETE, 2005).

O Poder Judiciário, quando entender necessário a instauração de inquérito para a apuração de infração penal, onde a competência é da autoridade policial, poderá solicitar através de Requisição Judicial a instauração do procedimento (LOPES JUNIOR, 2008). No mesmo sentido veem-se as palavras de CAPEZ (2014, p. 104):

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I)⁶, e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30)⁷; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Percebe-se assim, que o inquérito é instaurado pela autoridade policial, com o intuito principal de elucidar os fatos, bem como colher informações suficientes para que seja esclarecida a autoria e a materialidade do delito, ensejando dessa forma, o seu prosseguimento no âmbito judicial, bem como alicerçando pedidos de medidas cautelares (SILVA, 2000). Vê-se necessário, ainda, conhecer a definição de polícia judiciária sendo um órgão de segurança do Estado e tendo como principal função apurar as infrações penais e sua autoria por meio da investigação policial (SILVA, 2000).

Quanto a atribuição para presidir o inquérito se dá em função da competência *ratione loci*⁸, ou seja, em razão do lugar em que se consumou o crime. Dessa forma, ocorrerá a

5 Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

6 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

7 Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

8 “ratione loci”. Competência em razão do domicílio das partes, do lugar da coisa, da prática do ato jurídico, da realização



investigação onde ocorreu o crime. A atribuição do delegado será definida pela sua circunscrição policial, com exceção das delegacias especializadas, como a delegacia da mulher e de tóxicos, dentre outras.

Com a finalidade de compreender o assunto do artigo, vê-se necessário desmembrar o presente tópico, o qual se refere às provas, buscando explicitar sua conceituação, tipos e outras características importantes.

DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO INQUÉRITO POLICIAL - FINALIDADES

De início, deve-se suprir a necessidade de conceituar a prova, utilizando para isso as palavras de Bonfim (2008, p.303):

A prova é um instrumento usado pelos sujeitos processuais, tendo como finalidade comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.

Entende-se como sujeitos processuais o autor, o réu e o juiz, conforme preceitua Rangel (2006, p. 381) da seguinte forma:

A palavra pode ser empregada como forma dos sujeitos do processo ratificarem a veracidade que os mesmos declaram (art.226, CPP); pode ser utilizada como elementos ou instrumentos para demonstrar a veracidade da existência de eventos ou empregada para instituir a certeza no íntimo do destinatário. No caso, diretamente, ao julgador e indiretamente as partes interessadas, podendo ou não aceitarem a decisão como justa.

Percebe-se assim que a prova pode ser definida como todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato, afim de contribuir para a formação do convencimento do juiz, ou seja, é tudo aquilo que é levado ao conhecimento do magistrado na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo (NUCCI, 2015).

Para que haja ainda mais materialidade quanto a produção das provas, devem ser apreendidos todos os objetos que tenham qualquer relação com o crime, conforme o artigo 11 do Código de Processo Penal⁹, que os instrumentos do crime e os objetos a ele relacionados deverão acompanhar os autos do inquérito. (GOMES FILHO, 1997).

A autoridade policial, após realizar todas as diligências necessárias e cabíveis em busca da elucidação do delito, poderá através de relatório, em forma de ofício, solicitar mandado de busca e apreensão, buscando indícios na residência do acusado, configurando uma forma eficiente de se elucidar os crimes, devendo ser realizada sempre que possível (GOMES FILHO, 1997). As buscas domiciliares, em alguns casos não necessitam da autorização judicial, como as apreensões de objetos feitos no próprio *locus delicti*¹⁰, onde não há necessidade de ordem judicial, as demais devem obedecer o artigo 240 do Código de Processo Penal.

Após a autoridade ter conhecimento do crime, com o inquérito já instaurado, normalmente, as primeiras provas há serem colhidas nesse momento, serão através da oitiva

do negócio ou de sua execução.

9 Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.

10 “locus delicti”: Lugar onde o crime foi praticado/cometido.



de testemunhas, bem como da vítima, se possível, instante em que terá início o esclarecimento dos fatos, ocorrendo muitas vezes divergências entre depoimentos, devendo a autoridade procurar esclarecimentos com o intuito de elucidar o crime (SILVA, 2000).

Outra forma de buscar esclarecimentos, é com o reconhecimento das pessoas, coisas, bem como, as acareações¹¹, são de extrema magnitude, eventualmente, a autoridade policial deverá levar a efeito o reconhecimento de pessoas ou coisas, facilitando e concretizando as provas colhidas.

Quanto à acareação, pode ser que os depoimentos prestados nos autos do inquérito, o indiciados, ofendido e por testemunhas sejam divergentes em alguns pontos. Desde que estes pontos sejam realmente relevantes, deve a autoridade mandar proceder à acareação, perguntando sobre os pontos conflitantes (NUCCI, 2015).

O exame de corpo de delito entre outras perícias é a perícia mais importante realizada no âmbito do inquérito, podendo ser elemento de extrema importância na elucidação do delito, sendo inclusive causa de nulidade a sua não realização consoante Art. 564, III, b¹², do Código de Processo Penal, ressalvado a hipótese do Art. 167¹³ também previsto no Código de Processo Penal. Todavia, não é a única perícia possível de realização. Várias outras poderão ser efetuadas: Análise da composição química de um objeto; exame para constatar a existência de sangue em determinado instrumento; exame caligráfico; exame para constatar se a arma foi ou não usada recentemente, dentre outros (DIAS, 2009).

Ainda para facilitar a elucidação e o entendimento da infração penal cometida, ocorrerá se necessário a reconstituição do delito, sendo feita para verificar a possibilidade de a infração penal ser praticada de certo modo, assim, simulando o crime ocorrido, para que ocorra o seu entendimento (LOPES JUNIOR, 2008).

Há uma enorme dimensão para a autoridade policial em ter conhecimento do acusado, ao ser realizado seu interrogatório, saber realmente qual o tipo de pessoa que está sendo analisada, saber sua periculosidade para a sociedade, uma vez que, se necessário e havendo indícios possa realizar o pedido de prisão preventiva ou temporária do mesmo (SAAD, 2004).

A finalidade das provas e demonstrar as informações colhidas, com indício e circunstâncias, embasando a elucidação final. Havendo indiciado, deverá ser analisada sua vida pregressa, conforme prevê artigo 187¹⁴ do Código de Processo Penal.

11 A acareação é um procedimento onde acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, são colocados face a face para esclarecer divergências encontradas em suas declarações. A acareação pode ser requerida pelas partes ou determinada de ofício pelo juiz. Entretanto, a acareação não é uma etapa obrigatória do processo, sendo a sua concessão uma faculdade do juiz.

12 Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

13 Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

14 Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. §1º. Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trabalhar com questões relacionadas às legislações e ao Direito em si, parecem ser simples, visto que elas estão escritas e regulamentadas, são aceitas e certamente por poucas vezes são contestadas, uma vez que já estão instituídas e integralizadas ante as circunstâncias em que foram redigidas.

Entretanto, quando se trata do valor probatório do inquérito policial, há uma vasta discussão que diz respeito ao assunto, visto que, no estado democrático de direito em que vivemos, para que seja válida uma decisão judicial condenatória é necessário que a mesma esteja sob a égide dos princípios constitucionais do devido processo legal. Em fase de considerações finais verificou-se que o inquérito policial é a principal forma de captação de provas prevista no ordenamento jurídico pátrio, podendo possuir valor probatório diante da fase processual penal, ainda que esse valor seja considerado relativo, mas não devendo ser interpretados os atos produzidos na fase pré-processual apenas como peça informativa. Verifica-se ainda, que o inquérito policial tem por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal, ou seja, a denúncia, que dera início a um processo judicial.

Outra questão relevante no cerne dessa temática, relaciona-se à possibilidade de valoração de provas que necessitam de urgência e que não podem ser repetidas em juízo, uma vez que fazem parte da elaboração do inquérito policial, e posteriormente não poderão ser novamente produzidas. Não se olvida, ainda, que por mais completo que seja

o embasamento teórico relacionado ao tema do presente trabalho, é de extrema importância que haja uma análise criteriosa de todos os casos individualmente, possibilitando, assim, uma maior proximidade do resultado final com a justiça.

Portanto, conclui-se que a importância do presente artigo é demonstrar sua real finalidade, através da colheita de informações, e demonstrar que a elaboração das provas servirá como elemento base para a elucidação do delito, tende em vista que obedecem todos os requisitos legais.

REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 out. 2016.
- _____. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10 out. 2016.

o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.



_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Fábio Coelho. **A importância da perícia no Direito Processual Penal Brasileiro: a eficácia da prova pericial na fase processual**. Florianópolis, 2009. Monografia (Especialização “*latu sensu*” em Direito Penal e Direito Processual Penal), ESMPPSC/UNIVALI.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição**. 3. ed. Editora Lúmen Júris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAAD, Marta. **O direito da defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.



A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL - LEI Nº 12.318/2010

MIGLIORIN, Morena Morales Siqueira¹

ZAMBRA, Carlise Maria²

Resumo: A alienação parental sempre existiu, contudo somente com a evolução histórica do direito de família e do crescimento dos estudos na área da psicologia é que hoje se pode ter uma visão mais ampla do significado e quais as consequências trazidas pela alienação de um infante. Dessa forma, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e do procedimento histórico, o presente trabalho tem como principal finalidade, com base em uma análise histórica do ordenamento jurídico na área do direito de família, a verificação da possibilidade de uma punição da esfera cível, indenização por danos morais, ao genitor e à criança alienados, considerando todo o abalo sofrido.

Palavras-chave: Alienação. Parental. Síndrome. Dano. Indenização.

Abstract: Parental alienation has always existed, but only with the historical evolution of family law and the growth of studies in the field of psychology, is it possible today to have a broader view of meaning and the consequences brought about by the alienation of an infant. Thus, using the hypothetical-deductive method and the historical procedure, the main purpose of this study is to verify the possibility of a punishment of the civil sphere based on a historical analysis of the legal system in the area of family law. , indemnification for moral damages, to the alienated parent and to the child, considering all the suffering suffered.

Keywords: Alienation. Parental. Syndrome. Damage. Indemnity.

INTRODUÇÃO

As condutas direcionadas à alienação parental sempre existiram na sociedade, entretanto somente atualmente, com a valorização da família e do afeto é que ganharam notoriedade e relevância social. O abuso consiste em, por exemplo, o genitor utilizar-se da fragilidade do menor para convencê-lo a desprezar a genitora (vice-versa).

O ordenamento jurídico visualizando a necessidade de amparo social no que diz respeito à imagem, a honra e a dignidade humana, estabeleceu na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º que é “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, porém somente no ano de 2010 é que fora sancionada a Lei nº 12.318 que dispõe, com destaque, sobre a alienação parental.

Considerando que o trabalho compreende toda a população, com culturas e pensamentos diversos, o presente trabalho tem como objetivo estudar a alienação parental e a possibilidade de indenização por danos morais tanto ao genitor prejudicado quanto à criança afetada por meio de um estudo do abuso da Alienação Parental e do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

1 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta/RS - UNICRUZ; e-mail: hoteldiplomata@hormail.com

2 Mestre em Direito. Professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta/RS - UNICRUZ.



Trata-se de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, baseada em pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias. Além de uma análise histórica por meio de monografias, artigos científicos, leis e livros, trabalhando com motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes. O método de procedimento utilizado é o histórico, tendo em vista a necessidade da verificação histórica do direito de família para a conclusão final do trabalho. E o método de pesquisa operado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisa possui uma hipótese que terá sua efetividade examinada durante a evolução do trabalho.

O artigo será composto por três tópicos. No primeiro será dissertado sobre o conceito e a identificação da alienação parental, bem como será explicada a diferenciação entre Síndrome de Alienação Parental e a Alienação Parental mencionada no artigo 2º da Lei 12.318/2010. No segundo tópico será abordado acerca da responsabilidade civil e do dano moral no direito de família. No terceiro e último tópico será analisada a possibilidade da indenização por danos morais à criança e ao cônjuge afetados pela Alienação Parental. Nesse escopo, os principais autores utilizados são Silvio de Salvo Venosa, Flávio Tartuce, Alex Quaresma Ravache, Rui Stoco, Richard Alan Gardner e outros.

Por fim, ressalta-se que o trabalho exposto se enquadra na linha de pesquisa “República, Estado e Sociedade contemporânea” do Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta.

Na sociedade contemporânea é de extrema relevância a análise e a percepção da alienação parental. Vivemos em um mundo em que as pessoas não têm tempo de analisar o comportamento dos infantes, muito menos perceber se há algo errado, o que pode acarretar problemas eternos no desenvolvimento e na vida adulta dos filhos.

Por outro lado, o Estado é detentor da obrigação de proteger esses menores e também os pais prejudicados pela Alienação Parental, fazendo valer a legislação atual e aplicando sanções rápidas e seguras para que sejam minimizadas as sequelas advindas desse abuso. Além disso, o desenvolvimento de práticas educativas em escolas e faculdades para que as crianças e até mesmo os jovens consigam identificar quando estão sendo vítimas.

ALIENAÇÃO PARENTAL

No decorrer da década de 80 os estudos sobre alienação parental³, se tornaram abrangentes e incisivos, tendo em vista o grande crescimento das separações conjugais. Nesse período os casos se tornaram mais expressivos e sua identificação mais rápida.

Os infantes eram utilizados como meio para atingir o ex-cônjuge: recebiam informações erradas e distorcidas, ouviam histórias que não eram reais e eram influenciadas a acreditar nisso. Richard Garden, norte-americano, em 1985, chamou de Síndrome da alienação Parental (SAP)³ e começou a observar o aumento gradativo das situações em que os genitores

3 O conceito de síndrome de alienação parental (SAP) é um distúrbio psicológico na infância, causado por uma manipulação por uma das partes em relação ao outro genitor.



utilizavam o alienado para obterem vinganças que influenciassem no processo de separação conjugal na disputa pela guarda do filho.

A compreensão acerca da Síndrome da Alienação Parental ainda está em construção, tendo em vista o pouco decurso do tempo. Todavia, imprescindível seu estudo e o domínio dessa matéria para que possa haver uma intervenção do Estado na vida particular dessas pessoas, objetivando o bom desenvolvimento psíquico dos infantes, que são as principais vítimas. Outrossim, ressalto que há a violação dos direitos das crianças com a prática da Alienação Parental, o que já autoriza a intervenção Estatal na questão. Veja-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 53⁴ assegura à criança e ao adolescente o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, além da proteção integral e da parentalidade responsável. É importante apontar que a SAP produz sintomas negativos no desenvolvimento da criança, pois o genitor implanta na mentalidade do infante histórias inverídicas e, tanto a repete, que parece já fazer parte de sua realidade.

Tal comportamento pode gerar efeitos como depressão, transtorno de identidade, sentimento de isolamento, incapacidade de adaptação, comportamento hostil, tendência ao uso de álcool e drogas quando adultas, e até mesmo o suicídio, podendo o alienado sentir um sentimento de culpa quando percebe que foi cúmplice de uma injustiça quanto ao genitor alienado. Importante, assim, realizar entrevistas conjuntas com todos os envolvidos, pois é durante as entrevistas que se tem a possibilidade de confrontar as informações e investigar a verdade (LAGO; BANDEIRA, 2002, p. 295).

O relacionamento entre a criança e o genitor acusado é diminuído e quase sempre interrompido durante as investigações para a realização de perícia, que podem durar meses ou anos na tentativa de se atingir um nível de certeza considerável. Assim, além de diagnosticar a SAP, é importante que os psicólogos busquem formas de intervenção que possam amenizar os efeitos causados por esse fenômeno. Lago e Bandeira (2002, p. 295) afirmam:

É preciso tratar a psicopatologia do genitor alienador, visivelmente prejudicado em razão de suas atitudes para com o filho. O mais complexo no tratamento da SAP é a busca pela reconstrução do vínculo entre filho e genitor alienado e a redução dos danos causados em razão do rompimento desse vínculo. Podem acontecer situações em que, concomitante ou paralelamente ao processo de disputa de guarda, existam acusações de abuso sexual contra um dos genitores envolvidos na disputa judicial.

4 Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.



A Constituição de 1988, foi um marco na proteção das crianças e adolescentes, haja vista que em seus artigos 3^{os}, 4^o e 227⁷ elencou direitos fundamentais ao bom desenvolvimento desses infantes. Já em 1980 foi criada a Lei 8.069/90 chamada Estatuto da Criança e do Adolescente, dando proteção integral aos infantes.

Com o avanço desses casos na sociedade Brasileira, houve a necessidade de uma lei específica que coibisse a alienação parental, haja vista o grande comprometimento da saúde mental e das liberdades individuais dos envolvidos.

Embora a Constituição Federal de 1988 garantisse uma série de direitos fundamentais e o Estatuto da Criança e do Adolescente lhes dessem proteção integral, não possuíam, especificadamente, algo que regulamentasse e explicasse a alienação parental, pois os estudos ainda eram recentes e apesar de ser um problema antigo, só tornou-se evidente na década de 80. Somente em 26 de agosto de 2010, houve a criação de uma Lei⁸ específica tratando da alienação parental. Já em seu segundo artigo, menciona seu conceito, vejamos:

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- dificultar o exercício da autoridade parental;
- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

5 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

7 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

8 Lei 12.318/2010 - Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.



Ressalta-se, entretanto, que a Síndrome da Alienação Parental difere-se da Alienação propriamente dita, mencionada no artigo supra, pois aquela geralmente decorre desta, ou seja, a alienação parental é o distanciamento do infante de um de seus pais incitado pelo outro, normalmente o titular da guarda e cuidado. A SAP, entretanto, é o conjunto de sequelas psicológicas e até mesmo físicas da criança vítima da Alienação (FONSECA, 2006, p. 164). Fonseca (2006, p.164) menciona:

[...] enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Dessa forma, necessária a identificação, avaliação e o tratamento das pessoas afetadas pela Alienação Parental, para que não venham a desenvolver a SAP ou, se já possuírem a síndrome, serem tratados. Embora em muitos casos a SAP deixe sequelas, o tratamento é primordial e extremamente necessário para que sejam amenizadas (VIEIRA, 2013, p.1).

Após uma breve análise, conclui-se que a alienação parental prejudica de várias formas a criança tendo resultados irreversíveis, onde no próximo tópico busco salientar a responsabilidade civil resultante do dano moral.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA - DANO MORAL

O termo responsabilidade é originário da palavra latina re-spondere (RAVACHE, 2012, p.8). Segundo, Venosa (2005, p. 13), “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso”.

Sempre que uma pessoa causar um dano a outrem, nasce no direito civil, a obrigação de compensar ou ressarcir o prejuízo de quem o sofreu. O dever de cumprir esta responsabilidade pode ser atribuído ao próprio causador do dano ou a terceiro o qual a lei tenha atribuído esse dever.

Com relação a classificação, a responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual, aquela advinda de um contrato e esta, que interessa ao presente trabalho, surge quando há uma violação ao dever de cuidado independentemente de uma relação contratual, prevista no artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (WITZEL, 2013, p. 1). Ainda, nas palavras de Witzel (2013, p. 1):

Ademais, a responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. A responsabilidade subjetiva é aquela em que o dever de indenizar exige que o autor do dano tenha agido com dolo ou culpa, pois do contrário, não haverá o dever de indenizar. Por outro lado, a responsabilidade objetiva é aquela que existe independentemente de culpa, pois, para que caracterize o dever de indenizar, não é relevante o conhecimento de que o agente agiu com dolo ou culpa. A regra no Código Civil é da responsabilidade subjetiva, já que a responsabilidade objetiva



só ocorrerá quando a lei expressamente assim determinar ou se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza riscos para o direito de outrem

Portanto, a responsabilidade que se refere à esfera familiar é a subjetiva, prevista no artigo 186 do Código Civil, necessitando que o causador do dano tenha agido com dolo ou culpa. Dessa forma, indispensável que haja uma conduta causadora de dano (nexo de causalidade) para que haja uma responsabilização civil. O dano poderá ser patrimonial, moral ou estético.

Entretanto, para que o dano seja reparável necessita da característica da certeza, um fato preciso e não hipotético. Em outras palavras: “é necessária a diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, ou seja, um prejuízo imposto ao lesado” (MENDES, 2000, p. 19). Para fins deste trabalho, o dano moral será abordado com maior clareza.

DANO MORAL

O dano moral possui uma origem antiga, antes mesmo do Direito Romano. Era baseado no Código de Hamurabi, que objetivava garantir o mesmo direito do mais forte ao mais fraco. Estava estampado em uma frase muito conhecida atualmente: “olho por olho; dente por dente”.

Hoje essa ideia já fora superada conforme menciona França (2017, p. 42): “No tocante ao dano moral, é ele conceituado como tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”.

Com isso, não há como descartar a possibilidade de aplicação de responsabilização civil por danos morais às relações familiares, pois embora sejam, atualmente, baseadas no afeto e envolvam uma série de sentimentos entre seus membros, há muitas situações em que ocorre desrespeito aos deveres familiares levando à necessidade de buscar amparo jurídico por meio da responsabilização civil (MIGUEL, NERY, NERY JUNIOR, 2010, p. 491).

Nesse sentido o Projeto de Lei nº 6460/02, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, busca a alteração da redação do art. 927 do Código Civil, com o acréscimo do seguinte parágrafo: “os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família” (FRANÇA, 2017, p. 49). Ainda, Witzel (2013, p.2) menciona:

[...] as discussões que recebem maior atenção pela doutrina e pela jurisprudência se dividem basicamente em duas espécies. A primeira, diz acerca da ruptura do laço conjugal, seja ele o casamento ou a união estável. A segunda, acerca do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. E, as dúvidas e questionamentos giram em torno de até que ponto pode-se cobrar o amor, afeto, cuidado e carinho. São questões subjetivas que o aplicador do direito tem que enfrentar com delicadeza e sensibilidade, de modo a não ocasionar um retrocesso jurídico.

Assim, considerando que os deveres e obrigações familiares, muitas vezes, divergem da materialidade, ou seja, relacionam-se exclusivamente com o psicológico humano, cabível a busca pela indenização por danos morais quando feridos direitos da imagem, honra e personalidade. Nesse sentido:



Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (BITTAR, 1992, p. 41).

Dessa forma, diante das exigências sociais, e de ações ou omissões que afetem a moralidade, nasce a necessidade de arcar com os prejuízos dos danos causados ao lesado, considerando que cabe ao Ordenamento Jurídico conservar e manter a integridade do ser humano, reestabelecendo o equilíbrio da sociedade. É nesse sentido de reparação que atua a responsabilização civil, com sua perfeita aplicabilidade nas relações familiares. Assim, havendo ação que lese direitos de outrem, cônjuge e/ou filho, havendo danos, nasce o direito à reparação (FRANÇA, 2017, p.48).

Sendo, portanto, o dano moral uma tentativa de reparação as lesões sofridas, como uma forma de compensar a vítima pelo prejuízo e uma punição ao ofensor para que tal ato ilícito não seja mais cometido, passa-se a tratar do dano moral nos casos de alienação parental.

A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Tratando-se de fatos jurídicos novos, incorporados na sociedade moderna, o dano moral relacionado à causas familiares, ainda não é reconhecido por parte da doutrina e jurisprudência. Entretanto, com a criação da Lei 12.318/2010, que em seu artigo 3º⁹ destaca a conduta abusiva advinda do alienante, não há como excluir a aplicabilidade da responsabilização civil nas relações familiares.

Igualmente, o artigo 6º da lei 12.318/10¹⁰ traz inúmeras penalidades para o genitor que pratica a Alienação Parental, dentre elas: inversão de guarda, multa e suspensão do poder familiar. Ainda, o legislador ao mencionar que “as sanções relacionadas nos incisos podem perfeitamente ser cumuladas com o dever de indenizar ou compensar danos” deixa clara a possibilidade da indenização por danos morais em face da Alienação Parental.

Cabe considerar que o dano moral deve advir de uma conduta ilícita, violadora de um direito de outrem, lhe causando um dano. Nesse sentido, cabe destacar o recente entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual indeferiu o pleito por danos morais por não restar comprovado o ato ilícito. Vejamos:

AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL CUMULADA COM DANO MORAL.

9 Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

10 Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso.



ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela no âmbito do Direito de Família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral, mas, para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filha, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. 5. Alienação Parental também não restou demonstrada nos autos, pois, o fato de o alimentante ter atrasado o encargo alimentar por inúmeras vezes não caracteriza a alegada alienação

Parental. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70069644805, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/10/2016) (grifei).

Dessa forma, as condutas¹¹ presentes na alienação parental, desde que comprovadas, geram danos morais, consistentes na violação do direito fundamental à convivência familiar (artigo 3º da Lei 12.318/10). As vítimas desse dano são o menor e o genitor alienado.

Preleciona o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em recente entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL.

DANOS MORAIS. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida. (Apelação Cível Nº 70073665267, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/07/2017) (grifei)

No mesmo sentido menciona (FREITAS; PELLIZZARIO, 2011, p. 99):

Essencialmente justo, de busca-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar aos seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, ou amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana.

Veja-se que a relação entre pai e filho alienados, fica totalmente abalada, em decorrência da prática do alienador e, muitas vezes, suas sequelas são eternas e irreversíveis. Assim a indenização por danos morais não é uma questão de merecimento, mas sim a incidência das

11 Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (Gardner, 1992, p. 27).



Leis presentes no Ordenamento Jurídico, a favor do genitor e criança alienados, considerando o abalo significativo da relação.

Salienta-se que a indenização por danos morais nada tem a ver com a substituição da tristeza sofrida por valores monetários, mas sim de um abalo moral, um evento danoso previsto em Lei. Assim, em não havendo punição em relação a esse abuso, estaria, o Judiciário, desrespeitando seu próprio ordenamento, além da grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Filagrana (2004, p. 1), menciona que “a indenização por danos morais em decorrência de alienação parental deve ser vista como uma forma de coibir, educar e, principalmente responsabilizar o genitor guardião por atos ilícitos praticados durante anos [...]”.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, menciona que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma extremamente assegurado o direito dos pais e infantes alienados.

CONCLUSÃO

Inicialmente, as relações familiares eram baseadas em aspectos distantes das relações afetivas de hoje, ou seja, baseavam-se no conservadorismo, hierarquismo e preservação da espécie. Com o passar do tempo, o afeto passou a se sobrepor em relação aos ditames culturais, com novos valores e adaptando-se a realidade.

Com a valorização do afeto e o respeito às diferenças, a mulher conquistou igualdade perante o homem e conseqüentemente, liberdades que somente o homem detinha. Como, por exemplo, romper o matrimônio, trabalhar fora de sua residência, dentre outros.

Com essa mudança e os novos direitos, surgiram também deveres a serem encarados e responsabilidades a serem assumidas. O divórcio que antes não era permitido, hoje é encarado normalmente. Entretanto, a dissolução matrimonial, ou apenas o afastamento de corpos, por ser de direito comum do casal trouxe uma realidade diferente

O sentimento de vingança, algumas vezes, estimula um dos genitores a tentar influenciar o infante contra o outro, trazendo-lhe inúmeras conseqüências negativas ao desenvolvimento mental e emocional.

Ressalta-se, entretanto, que a Alienação Parental sempre existiu, apenas tornando-se mais visível e estudada a partir da evolução do conceito de família e valorização do sentimento do ser humano.

Acompanhando a evolução dos conceitos de família, o direito passou por mudanças, adaptando-se aos novos tempos e fornecendo amparo e proteção aos indivíduos participantes destes vínculos afetivos. De fato a comprovação do dano sofrido é e deve ser requisito para que haja a imposição por parte do judiciário de uma indenização por danos morais, entretanto,



é obrigação deste mesmo poder, ofertar condições e dar real importância para este evento danoso.

Além disso, é imprescindível para o tratamento e identificação da Alienação Parental, que haja uma inclusão, ao menos dos ensinamentos básicos de identificação, tais como: verificar o comportamento do infante (agressividade), bem como a ansiedade, nervosismo, agressividade, depressão, transtorno de identidade, falta de organização, isolamento, insegurança, dificuldades de aprendizado e distanciamento do genitor afetado, nas escolas e faculdades.

Isso porque o infante ou adolescente ao passar por uma situação caracterizadora desse dano, terá uma consciência crítica, ou ainda, poderá ofertar auxílio quando verificar a incidência em famílias próximas. Essa análise e identificação são primordiais para o tratamento e busca de minimização das sequelas podendo, inclusive, interromper o progresso do abuso, evitando-se a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Igualmente, adianta o processo de busca pela reparação dos danos sofridos com o ingresso de Ação Indenizatória perante o Judiciário, considerando que além de um direito do pai alienado e da criança prejudicada é também um dever do genitor alienador.

Assim, se a sociedade fora educada para identificar a Alienação Parental, além de minimizar os problemas futuros da criança, poderá solicitar amparo jurídico e, comprovado o abuso, conseguir, através da responsabilização civil, indenização por danos morais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 set. 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, 27/09/1990.

_____. **Lei nº.12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, 26 de



agosto de 2010; 189o da Independência e 122o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de set. 2017.

FRAÇA, Kelli. **Danos Morais Nas Relações de Família: Uma análise das situações passíveis de reparação cível no âmbito familiar**. Artigo científico publicado na Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.7, n.1, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/download/883/287>>. Acesso em: 25 set. 2018.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa. **Síndrome de alienação parental**. São Paulo. 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>.

GARDNER, Richard Alan. **The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professional**. New Jersey: Creative Therapeutics, 1992.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Tradução de: Rita de Cássia Rafaeli Neto. Nova Iorque, 2002. Disponível em <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LAGO, Vivian e Medeiros, BANDEIRA Denise Ruschel. **A psicologia e as demandas atuais do Direito de Família**. 2 fev. 2009.

RAVACHE, Alex Quaresma. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo, 2012. Acessado em 16 de setembro de 2018. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.]

TARTUCE, Flávio. Direito civil – volume 2 – **direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2010. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj039704.pdf>>.



FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. **Responsabilidade Civil em Casos de Alienação Parental**. Paraná: Prottexto, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Larissa A. Tavares. **O Efeito Devastador da Alienação Parental: e suas Sequelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado**. Artigo Científico produzido na Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC em 2013. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelas-psicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado>>. Acesso em: 18 set. 2018.

WITZEL, Ana Claudia Paes. Aspectos gerais da responsabilidade civil no direito de família. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12958>. Acesso em: out. 2018.



A TRANSEXUALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA: O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS NO BRASIL

PEIXOTO, Amanda Laíse Alves¹

PIAS, Fagner Cuozzo²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo uma abordagem sobre o tema dos transexuais e transgêneros, com a análise da necessidade da garantia efetiva de seus direitos fundamentais, deixando-nos por vez, uma reflexão desta realidade que vivemos, onde se mantém o preconceito e exclusão que vivem essas pessoas. O artigo aborda a importância do Estado para as medidas de prevenção e a vedação a discriminações, e os direitos a igualdade, liberdade e seus Direitos fundamentais inferido da dignidade da pessoa humana. O trabalho traz a tona a grande situação de descaso e abandono vivido pelas pessoas transgêneros e transexuais que se reflete na total ausência de normatização de seus direitos civis e a sua liberdade para viver de acordo com o a sua O estudo foi realizado a partir de revisão bibliográfica, webgráfica, e análise da jurisprudência existente acerca do tema. Classifica-se como importante a realização do presente estudo, forma de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, que está presente na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental.

Palavras-chave: Transgêneros. Transexuais. Direitos fundamentais. Liberdade. Preconceito.

Abstract: The present work has as objective an approach on the theme of the transsexual ones and transgêneros, with the analysis of the need of the effective warranty of their fundamental rights, leaving us for time, a reflection of this reality that we lived, where he/she stays the prejudice and exclusion that those people live. The article approaches the importance of the State for the prevention measures and the vedação to discriminations, and the rights the equality, freedom and their inferred of the human person's dignity fundamental Rights. The work back the surface the great disregard situation and abandonment lived by the people transgêneros and transsexual that he/she is reflected in the total absence of normatização of their civil laws and his/her freedom to live in agreement with the yours The study was accomplished starting from bibliographical revision webgráfica, and analyze of the existent jurisprudence concerning the theme. He/she is classified as important the accomplishment of the present study, forms of assisting to the beginning of the human person's dignity, that is present in the Federal Constitution of 1988, fundamental right.

Keywords: Transgêneros. Transsexual. Fundamental rights. Freedom. Prejudice.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A transexualidade vem sendo vivenciada diante a sociedade desde as épocas mais remotas. Porém a sociedade atual ainda não aceita e carrega isso como um tabu diante a contemporânea sociedade maioria cristã.

Trazendo a ampla dimensão da Exclusão Social e preconceito, no Brasil o fato é que milhares de transexuais e transgêneros são sobrecarregados por discriminação, preconceito e marginalização, manifestando-se um intenso desapego e desinteresse dos poderes públicos por sua condição de vulnerabilidade.

1 Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Unicruz. Email: amandalaisea@gmail.com

2 Mestre em Práticas Socioculturais. Professor do curso de Direito da Unicruz.



O presente trabalho sugere uma ponderação em torno da realidade jurídica do transexual e transgênero, destacando a omissão do ordenamento nacional, de regras que aproveem seus direitos fundamentais e a batalha a rotulação e exclusão social. Sendo assim, mostrar-se quão imprescindível o reconhecimento do direito a identidade de gênero enquanto direito fundamental induzido do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos direitos a igualdade, liberdade, respeito, discriminação.

Por meio de pesquisa doutrinária, de caráter interdisciplinar, se trabalhando e firmando de estudos e pesquisas que retratam a transexualidade, a proteção aos direitos fundamentais, se constituem na consulta de múltiplos autores destinados ao debate do tema, sobretudo no que alude ao reflexo das cicatrizes e preconceitos com a negligência do legislativo para com os direitos civis e morais das pessoas transexuais e transgêneras no Brasil. Também devo fazer referência a grande importância da *internet* na composição deste trabalho, desde as teses e pesquisas conseguidas academicamente até dados e informações que constam em sites oficiais.

Na primeira seção, organiza-se a trajetória histórica do transexualismo no século XX, e a trajetória dos transgêneros, onde trago os primeiros estudos que historiaram e defenderam o transexual, onde desde as origens da Medicina há uma grande preocupação da sociedade médica para que haja uma compreensão em entender alguns fenômenos psico- físicosociais, assim como a transexualidade.

Também esmiúço a finalidade de gênero que se dá à identidade sexual, onde se constitui essa identidade a total certeza que o indivíduo compreende que sexo se detém, onde a sexualidade está densamente arrolada ao gênero, a orientação sexual e a identidade de gênero dessas pessoas.

Finalizo com o esclarecimento sobre transgêneros, que se refere a uma pessoa que sente que ele ou ela não pertencem ao gênero de nascimento, ou também pertence a ambos ou a nenhum dos dois sexos ditos como tradicionais. Sendo assim, a existência de um gênero diverso do sexo de nascimento, apenas é uma questão de identidade.

No segundo capítulo abordo o preconceito vivenciado pelos transexuais e transgêneros no Brasil, a violência, a discriminação e preconceito contra essas pessoas vem se mantendo acalorado e demasiado no Brasil, e nesse campo permanecem insuficientes estudos que englobam essa temática, sobretudo como um todo. Este estudo sobre tudo evidencia o quanto o número de mortes causadas pela transfobia, vem aumentando cada vez mais.

Neste capítulo também explano o preconceito no seio familiar é um dos principais motivos onde causam as diferentes sequelas e sequelas que são arrastadas para o resto das vidas das pessoas transgêneros e transexuais. Valendo lembrar que se encontra várias famílias homofóbicas, onde se começam os primeiros transtornos psicológicos e físicos.

Finalizo o segundo tópico com falta da inserção no mercado de trabalho sendo esta, uma das coisas que mais traz dificuldades para os transexuais e transgêneros e embora tendo



o direito ao uso e ao nome social, podemos ver o quanto é desconhecido pelos empregadores, levando um problema e um mal estar a ser encarado no ambiente de trabalho, onde ocasiona um total desconforto e constrangimento.

No terceiro e último tópico trago o estatuto da diversidade sexual como alternativa de proteção às pessoas transgêneros no Brasil, onde em uma audiência pública que se realizou no dia 22 de março de 2011, aprovou a constituição da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero, que foi criada pela Portaria 16/2011 de 15 de abril de 2011 com o compromisso de qualificar os advogados e elaborar o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero, trazendo soluções que trarão uma vida digna as pessoas transexuais e transgêneras, onde consiste em profissionais que se comprometem com a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática.

Abordo a fato da realidade jurídica dos transexuais e transgêneros no Brasil, e de como os poderes Executivo e Judiciário, ainda que atenuante, tem procurado preencher a lacuna provocada pelo desinteresse do Poder Legislativo a cerca do tema.

De maneira geral, o presente texto pretende debater a postura da sociedade no que se refere à pessoa transgênero e transexual, com a finalidade de ampliar as discordâncias sobre o modelo da identidade de gênero com sua união com a ofensa aos direitos fundamentais dos transexuais e transgêneros.

No entanto, este trabalho tem como objetivo aproximar esta discussão para o âmbito jurídico, expondo os enigmas na efetivação da justiça e do extenso e amplo ingresso as garantias fundamentais em uma sociedade específica e conservante no tocante a liberdade para a vivência íntegra da identidade de gênero.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS OU MATERIAIS E MÉTODOS

Por meio de pesquisa doutrinária bibliográfica, de caráter interdisciplinar e qualitativa, constituem na consulta de múltiplos autores destinados ao debate do tema, faço referência a grande importância da *internet* na composição deste trabalho, desde as teses e pesquisas conseguidas academicamente ate dados e informações que constam em sites oficiais.

Evolução histórica dos conceitos

Os primeiros estudos que historiaram e defenderam o fenômeno transexual datam da década de 1950. A história do transexualismo vem desde o século XX, sua biografia com conceitos da medicina e suas tradições, ainda se traz um trabalho a se fazer. Desde as origens da Medicina há uma grande preocupação da sociedade médica para que haja uma compreensão em entender alguns fenômenos psico-físicosociais, assim como a transexualidade, para que tenha melhorias às formas de ajuda a essas pessoas que sofrem por se considerarem diferentes e se sentirem excluídas social e legalmente.



Insiste na diferença da diferença para abordarmos o Gênero, onde não pode existir um sujeito coerente, constantemente imutável, na medida em que a personalidade individual é construída com o amadurecimento do ser humano e onde [...] cada condição de opressão requer análise específica que recusa a separação, mas insiste na não identidade de raça, sexo e classe.

[...] pretende-se abordar o tema da Transexualidade de forma a desmistificar muitas das ideias preconcebidas na sociedade civil e contribuir para uma mudança de mentalidades, ainda tão necessária em pleno século XXI. (HARAWAY, 2004, p. 243).

De acordo com Reinaudo e Bacellar (2008, p. 22), gênero se dá à identidade sexual, onde se constitui essa identidade a total certeza que o indivíduo compreende que sexo se detém. Vale lembrar que esse conceito deixa excluído seu fator biológico, onde não se considera a natureza física do indivíduo para se considerar homem ou mulher.

Para Grossi, (1995, p.45), sexo é ilustra a altercação biológica entre homens e mulheres e gênero é a consideração que se dá a construção cultural da coletividade das propriedades de masculinidade e feminilidade; identidade de gênero é um conjunto relacionado a refletir o ambiente do sujeito na essência da tradição definida; e sexualidade é uma consideração presente que se reflete ao campo das técnicas e emoções que se ligam à atividade sexual dessas pessoas.

De acordo com Grossi (1998, p. 50), a identidade de gênero é um sentimento individual do sujeito entre ser homem ou mulher. Com o transcorrer da vida, ampliamos o conceito de quem, o que somos e o que queremos ser. Determinar o que realmente significamos e somos é elemento da prática cultural, todos nascem com sexo biológico (masculino e feminino), e se tornam homens e mulheres mais além.

Após uma breve análise histórica onde se explica alguns fatores e a premissa sobre o assunto principal deste trabalho, concluo e trago logo à frente o próximo capítulo, onde trarei as dificuldades e a violência em vários sentidos que essas pessoas sofrem por serem “diferentes” dos demais na sociedade, a intolerância e todo o sofrimento.

Transexualidade

A transexualidade se faz reverência à condição do sujeito que possui uma identidade de gênero diversa da instituída ao nascer, o que faz surgir o anseio de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto. Conforme Jesus (2012, p. 8):

[...] a transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho. Ela é identificada ao longo de toda a História e no mundo inteiro.

Conforme Martines (2009, p. 1), o transexual na maioria das vezes se confunde com travesti e com o intersexual, e isso está completamente incorreto, sendo que cada um desses conceitos diz respeito a diferentes situações do campo da sexualidade humana.

Ainda, para Martines (2009, p. 3), o transexualismo, acontece à medida que o indivíduo ignora sua verdadeira identidade sexual e se define psicologicamente com o gênero contrário,



apresentando um conflito por meio de identidade sexual, ou seja, o que a pessoa é, e com a identidade sexual psíquica que é o que ela pensa ser. Os transexuais, contrário dos intersexuais, demonstram ligação à meio dos órgãos genitais externos com os internos.

Por fim, concluo o conceito da transexualidade como sendo indivíduos que reivindicam uma identidade de gênero em aversão àquela cientificada por sua genitália e ao perpetrar são apanhados pelos princípios de gênero bem como a patologização do experimento. Logo adiante, trago o conceito sobre os transgêneros.

Transgênero

Transgênero se refere a um indivíduo que sente que ele ou ela não pertencem ao gênero de nascimento, ou também pertence a ambos ou a nenhum dos dois sexos tradicionais, isso inclui travestis, transexuais, intersexuais, *Drag Queens* e *Drag Kings*. Embora a comunidade de transgêneros seja distinguida como uma parte da comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTTT), conforme Ávila e Grossi (2010, p. 5).

A transgeneridade é um desafio para as pessoas que precisam se adaptar com a sua realidade. Com a sociedade, em sua grande maioria, já estão estabelecidas sob padrões que são capazes de prever apenas o tradicional, determinados e sem mudança de opinião. No campo da sexualidade isso vem se evidenciando na maneira severa na qual se prevalece a lógica binária da constituição dos gêneros como regulamento para as experiências da sexualidade. Ser masculino é não ser feminino e vice-versa e isso basta. A “verdade” da sexualidade, entre outras muitas, habita na resolução do discurso médico chancelado pelos tantos manuais de diagnósticos (MELO, 2015, p. 18).

Conforme Viñas (2000 apud, JESUS 2012), a existência de um gênero diferente do sexo de nascimento, nada mais é que uma questão de identidade, assim, nos casos das pessoas distinguidas como travestis, e das transexuais, que são tratadas, de “transgênero”. Também existem as pessoas que não se identificam com qualquer gênero.

Concluo que os transgêneros são pessoas que querem poder se expressar como o sexo oposto, porém não tem a necessidade de alterar sua anatomia corporal. Após uma breve análise histórica onde se explica alguns fatores e a premissa sobre o assunto principal deste trabalho, concluo e trago logo à frente o próximo tópico, onde trarei as dificuldades e a violência em vários sentidos que essas pessoas sofrem por serem “diferentes” dos demais na sociedade, a intolerância e todo o sofrimento.

PRECONCEITO, VIOLENCIA E DISCRIMINAÇÃO DOS TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Adelman (2001, p. 5) revela que a normalização de comportamentos conforme o gênero, apresentam-se excessivamente enraizadas pela cultura, e encontram-se associadas à desigualdade, aos comportamentos em que a sociedade não aceita e classifica como errado, onde são desvalorizados, favorecendo para a estigmatização e violência. Uma forma de



marginalizações decorrentes do preconceito a essas pessoas é a inserção no âmbito do trabalho. Esses que vão em desacordo com os princípios sociais são expostos como infratores da moral.

Conforme Oliveira (2015, s/p) na atualidade, a sociedade está tornando-se motivada a transformar os estigmas impostos perante relação à formação do gênero/sexo, logo estimulando por meio de lutas a evidência das minorias a qual vivem marginalizadas por meio de o preconceito ainda presente nas relações sociais. Ainda assim, há quem considere que este reconhecimento não está bem fundamental em relação a as minorias, deste modo, expressando discursos de ira e violência em relação à diversidade sexual e as alternativas de gênero.

Segundo Santos (2016, p. 10) o preconceito no seio familiar é um dos fundamentais fatores que caucionam as diferentes consequências e sequelas que são levadas para o resto das vidas das pessoas transgêneros e transexuais.

Posto que se encontra diversas famílias homofóbicas, onde se começam os primeiros transtornos psicológicos e físicos. Muitas vezes, levando esses indivíduos em um estado de inferioridade, desequilíbrio, e agressões onde se resultam séries de lesões à saúde, traumas do qual essas pessoas lutam todos dias, os tornando frágeis e submissas, ao ponto de cometer um suicídio. Existem estudos que apresentam a existência de várias formas de torturas para esse membro da família. Qualquer preconceito vivido se da origem a riscos de vida, trazendo resultados que vem a atrapalhar na relação com a sociedade. Dentro de um ambiente o qual existe agressões psicológicas e físicas promovem transtornos irreparáveis dos quais são levados para o resto da vida.

O termo “transfobia”, para Jesus (2012, p.10), é empregado no momento em que se procura tratar em relação a preconceitos e discriminações que a população transgênero e transexual sofrem. Pessoas essas que são diariamente vítimas de várias violências simbólicas por serem consideradas pessoas doentes, promíscuos, marginais.

Renault e Rios (2010, p. 290) asseguram qualquer discriminação, não importando a sua natureza, todo tipo de preconceito deve fazer-se repudiada, mesmo e principalmente a que decorre no âmbito de trabalho, considerado que funda uma crueldade contra a dignidade da pessoa, uma vez que deixa a vítima privada de direitos básicos, estabelecendo complicações em seu propósito de melhoria de situação de vida, ficando assim, resultando uma desigualdade social no qual se define por ameaça frequente à existência. Ela acaba com a experiência, a flexibilidade, à necessidade e impõe diversas formas de acarretar a humilhação. Esse repudio duradouro se da origem a uma forte infelicidade, as quais se corresponde no corpo memorioso de geração a geração.

Cunha (2017, p. 3), afirma que mais de 800 vidas envolvidas em morte no Brasil e 2.190 em todo mundo, encontra-se somente uma parte do problema. Garante, que todos esses casos que produzem preconceito e integral ausência de dados, apresentam notadamente sobre



destaque a relação de vulnerabilidade dessa população da qual se determinam com um gênero contrário e diferente de que foi determinado a elas no nascimento.

Segundo Rocha (2011, p. 5), o preconceito vive nos diversos cenários do dia a dia, no Estado, no desenvolvimento, nas organizações, na economia, dentre diversas outras que regulam nossa sociedade. E baseando-se de resultados generalizadores no qual se demonstram em crenças, preconceitos e concepções de normas, os preconceitos vêm proporcionando suas diferentes marcas nas sociedades.

Segundo as Nações unidas pela igualdade LGBT (2016, p. 1) as práticas de violência homofóbica e transfóbica têm ocorrido em todas regiões do mundo. Onde ocorre a ameaça, tortura psicológica, partido a agressão física, tortura, assassinatos seletivos. A violência sexual muitas vezes chamada de “corretivo” ou estupro “punitivo”, no qual ocorre o estupro e a agressões, sob o pretexto de tentar “curar” suas vítimas da homossexualidade.

Como pode se observar a proporção do preconceito e violência gerada gratuitamente a essas pessoas, se torna imensurável, não existem palavras que descrevam o que essas pessoas sofrem diariamente por uma escolha extremamente pessoal.

A taxa de mortalidade e suicídio é de assustar, e ainda não conseguimos ver ações que possam combater esse desastre contra a vida, que muitos optam como a melhor opção. Mais adiante, vamos ver algumas alternativas diante o Estatuto da Diversidade apresenta.

O Estatuto da Diversidade Sexual como alternativa de proteção às pessoas transgêneros no brasil

Em audiência pública realizada dia 22 de março de 2011, aprovou a constituição da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero, que foi criada pela Portaria 16/2011 de 15 de abril de 2011 com o compromisso de qualificar os advogados e elaborar o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero

Segundo Coitinho (2017, p. 13), o texto do Estatuto expõe partes, que compreendem direitos assim como a livre orientação sexual; à igualdade e não discriminação; à convivência familiar; à filiação; guarda e adoção; à identidade de gênero; à saúde, educação, trabalho, moradia, justiça e segurança.

Também prevê pena a crimes considerados de homofobia e discriminação. O objetivo apresentado no Estatuto da Diversidade Sexual requer a inclusão de todos, com relação à orientação sexual ou a identidade de gênero, onde também traz a criminalização da homofobia, onde garante a igualdade perante a sociedade em que vivem, pois todos os cidadãos têm o direito de reger sua própria vida bem como quiser, independente seja qual for sua orientação sexual ou identidade de gênero (COITINHO, 2017, p. 13):

[...] o Estatuto veda qualquer forma de discriminação, pois significa o ato de considerar que certas características que uma pessoa tem são motivos para que sejam vedados direitos, é



considerar que a diferença implica diferentes direitos. No tocante ao direito à identidade de gêneros transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais têm direito à livre expressão de sua identidade, sendo assegurado acesso aos procedimentos médicos, cirúrgicos e psicológicos destinados à adequação do sexo morfológico à identidade de gênero, com direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização.

Segundo Castro (2011, p. 11), além dos princípios o Estatuto da Diversidade Sexual E Gênero apresentam normas de caráter civil e penal, que asseveram uma fila de benefícios e direitos a classe LGBT. Também atribui a consideração jurídica das uniões homoafetivas e criminaliza todo tipo de preconceito para esta classe, como a homofobia, bem como apontar políticas públicas para inclusão.

Para Szaniawski (1998, p. 255), a maior dificuldade das pessoas portadoras de disforia de gênero, bem como vem sendo acertado pelo poder público no Brasil, principalmente pelo Poder Judiciário, apronta por excluí-los do ambiente público, recusando seus direitos.

De acordo com Andrade (2015, p. 6) é claro o aumento das lutas pela visibilidade das pessoas trans na área judiciária, as pesquisas mostram e estão mais que evidentes à sociedade e aos posseiros do domínio de decidir, que a sua identidade e principalmente sua dignidade não deve ficar a mercê de metodologias e trâmites puramente científicos, tão menos judiciais.

Um grande passo e avanço com a luta dos transgêneros e transexuais com seus direitos, foi o decreto nº 9.278 sancionado em 2018, onde regulamenta a lei nº 7.116, de 29 de Agosto de 1983, para que as carteiras de identidade possam incluir o nome social de pessoas transgênero. Conforme este novo documento, para emitir a carteira de identidade com o nome social, a pessoa que se interessar, apenas precisa manifestar a sua vontade através de um requerimento escrito e apresentar certidão de nascimento ou de casamento.

Conforme essa nova norma, não é preciso mais contratar um advogado e entrar com processos judiciais para conseguir o direito ao nome social. A partir do dia 1º de março de 2019, todos os órgãos de identificação precisarão obedecer ao decreto. Vale lembrar que o projeto de lei que inspirou este decreto estruturado pelo Ministério dos Direitos Humanos, é em homenagem a João Nery, um dos maiores ativistas transgênero do país.

Segundo este projeto que está parada há anos no Congresso, a pessoa trans não irá mais precisar se sujeitar a cirurgia ou hormonização caso deseje alterar seus documentos.

De acordo com (Johan, 2018. s/p) Desde 2016, o nome social é um direito para pessoa transgênero. Conforme do acordo com o decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, sancionado pela ex-presidenta Dilma Roussef, toda pessoa trans tem o direito de ser tratado conforme o nome social, assim também, como apresentar seus documentos de acordo com o nome que escolheu e o seu gênero autodeclarado. Tal decisão foi sancionada em nível nacional e todas as instituições precisam e devem respeitar esta norma.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluo neste trabalho, após a verificação sobre os transexuais e transgêneros, ainda possuem grande complexidade a qual precisamos refletir para tomar frente, pois não há atos normativos os suficientes capazes de enfrentar a realidade da qual vive atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, resultando assim, a marginalização social dessas pessoas, sendo assim, observamos também, um cenário de total descaso e abandono diante seus direitos fundamentais.

Esta lamentável realidade jurídica onde se revela um verdadeiro desprezo aos direitos humanos, principalmente aos direitos fundamentais que estão relacionados à liberdade, igualdade, vedação às discriminações odiosas e privacidade.

Integralmente, toda população que são ou que são vistas como sendo diferentes sofrem de um descrédito social, exclusão e preconceito no trabalho, em casa, na escola, em instituições de saúde e em diversas demais condições de suas vidas. Esses indivíduos acabam por ser demitidos de seus trabalhos, passam a sofrer bullying na escola, a eles são negados acessos mínimos a tratamentos médicos, são violentados e expulsos de suas próprias casas, internados à força em instituições psiquiátricas por muitos ainda acharem que é algum tipo de transtorno mental, também são obrigados a se casar ou engravidar para que na visão deles possam se curar.

É responsabilidade do Estado de garantir que suas próprias leis e políticas jamais discriminem as pessoas de acordo com sua orientação sexual ou identidade de gênero e que o campo legal ofereça a devida proteção contra qualquer tipo de discriminação, praticada. Esta responsabilidade ultraoassa a cultura, a tradição e a religião. Os governos que se negam a proteger os direitos humanos das pessoas LGBT violam as leis internacionais. Concluo que todos os Estados, independente de sua cultura, devem garantir os direitos para todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Transexualidade: A Questão Jurídica do Reconhecimento de uma Identidade**. In: Revista ADVIR, Edição número 28, Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/E/Evelyn_Carvalho_16.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

BENTO, B. Luta globalizada pelo fim do diagnóstico de gênero? In: **Corpo, gênero e sexualidade: instâncias e práticas de produção nas políticas da própria vida** / Luís Henrique Sacchi dos Santos, Paula Regina Costa Ribeiro (orgs.). Rio Grande: FURG, 2011. Disponível em: <http://www.corpogeneroesexualidade.furg.br/arquivos/v_seminario_corpo_genero_sexualidade.pdf#page=89>. Acesso em: 12 agos. 2018.



BENTO, Berenice. “Da Transexualidade Oficial às Transexualidades”. In: PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria Filomena; CARRARA, Sérgio (orgs.). **Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 143-172.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência Transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

CHILAND, Colette. **O transexualismo**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003.

GREGERSEN, Edgar. **Práticas sexuais: a história da sexualidade humana**. São Paulo: Rocca, 1983.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARLET, Ingo. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001

VIEIRA, T. R. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: **Minorias sexuais: direitos em preconceitos**. Brasília – DF: Consulex, 2012. p. 375-396.

WYLLYS, J.; KOKAY, E. Projeto de Lei 5002/2013 João W. Nery - Lei de Identidade de Gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 7 agos. 2018.





ANAIS DA III MOSTRA CIENTÍFICA DO GPJur

Esta publicação é o resultado dos trabalhos submetidos e aprovados para a III Mostra Científica do GPJur – Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos, no âmbito da Semana Acadêmica de 2018 do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ.

A Mostra teve por objetivo fazer circular o conhecimento produzido no GPJur e em outros grupos de pesquisa congregadores de docentes e discentes da UNICRUZ e de outras instituições.

