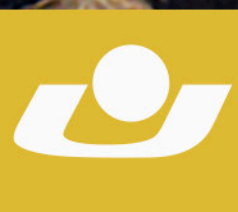


**ANAIS DO
3º SIMPÓSIO
PENSADORES DA REPÚBLICA,
DO DIREITO E DA EDUCAÇÃO**

**2º MOSTRA DE
TRABALHOS CIENTÍFICOS**



ANAIS DO
3º SIMPÓSIO

PENSADORES DA REPÚBLICA,
DO DIREITO E DA EDUCAÇÃO

**2º MOSTRA DE
TRABALHOS CIENTÍFICOS**



2 0 2 0



© 2020 Universidade de Cruz Alta
UNICRUZ Campus
Rodovia Municipal Jacob Della Méa, km 5.6 - Parada Benito
Cruz Alta - Rio Grande do Sul - CEP 98005-972
55 3321-1500
UNICRUZ Centro
Av. Presidentes Vargas, 1295 CEP 98005-245

Revisão geral: Denise Tatiane Girardon dos Santos

Capa: Núcleo Integrado de Comunicação - NIC

Diagramação: Thiego Yuki Maeda

Responsabilidade administrativa: Fundação Universidade de Cruz Alta

S612a	Simpósio Pensadores da República, do Direito e da Educação (3: 2020: Cruz Alta, RS) Anais [recurso eletrônico] do III Simpósio Pensadores da República, do Direito e da Educação, II Mostra de Trabalhos Científicos / Organizadores: Denise Tatiane Girardon dos Santos et al. – Cruz Alta/RS: Unicruz - Centro Gráfico, 2020. ISBN 978-65-88723-03-6 1. Direito - ensino – seminário. 2. Pesquisa – seminário. 3. Extensão – seminário. I. Santos, Denise Tatiane Girardon dos. II. Rodrigues, Domingos Benedetti. III. Schubert, Fernanda Lavinia Birk. IV. Lopes, Rafael Vieira de Mello. V. Santos, Rômulo José Barboza dos. VI. Universidade de Cruz Alta – Unicruz. VII. Título. CDU 34:37(063)
-------	---

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

Todos os direitos são reservados. É proibida a duplicação, reprodução ou tradução em outras línguas desse volume, no todo ou em parte, sob quaisquer formas ou meios (mecânico, eletrônico, fotocópia, gravação ou outros), sem a permissão expressa da Editoria. São de exclusiva responsabilidade de seus autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA – UNICRUZ

Presidenta da Fundação

Profa. Ma. Luísa Cristina Carpovinski Pieniz

Reitor

Dr. Fábio Dal-Soto

Pró-Reitor de Graduação

Prof. Me. Regis Augusto Norbert Deuschle

Pró-Reitor de Administração

Prof. Me. José Ricardo Libardoni dos Santos

Pró-Reitora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

Profa. Dra. Janaina Coser

Organizadores

Denise Tatiane Girardon dos Santos

Domingos Benedetti Rodrigues

Fernanda Lavinia Birck Schubert

Rafael Vieira de Mello Lopes

Rômulo José Barboza dos Santos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
--------------------	---

ARTIGOS SIMPLES

O ESTADO LAICO NA EDUCAÇÃO: uma reflexão sobre ensino religioso	11
---	----

Andréia Cenedeze

Fernanda Isabel Royer

Vânia Maria Abreu de Oliveira

ORIGEM E FORMAÇÃO DO ESTADO	15
-----------------------------------	----

Amanda da Rocha Rodriguez Borges

Bruna da Rocha Chavez

Rafael Vieira de Mello Lopes

A MULHER NEGRA E AS TRAJETÓRIAS DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO	18
---	----

Carmem Regina Gardin dos Santos

Laura Zimmermann Souza

Raquel Buzatti Souto

FEMINICÍDIO: uma qualificadora do crime de homicídio quando praticado contra a mulher	22
---	----

Roana Funke Goularte

Cleomar Pinto e Silva Júnior

Tiago Anderson Brutti

A DANÇA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES CORPORAIS-CINESTÉSICAS	26
---	----

Eduardo Fernandes Antunes

Maria Aparecida Santana Camargo

MONTESQUIEU E A DIVISÃO DOS PODERES: o surgimento de uma evolução nas formas de governos.....	30
--	----

Eduardo de Moura Gonçalves

Guilherme Karyel Rohden Souza

Rafael Vieira de Mello Lopes

A VISÃO DE NORBERT ELIAS NA INSERÇÃO DO INDIVÍDUO EM SOCIEDADE	34
--	----

Etyane Goulart Soares

Pablo Renan da Silva Londero

Carla Rosane da Silva Tavares Alves

Sirlei de Lourdes Lauxen

LEI, REPÚBLICA E EDUCAÇÃO.....	37
<i>Fernanda Gausmann Vasconcellos</i>	
<i>Lucimara Rocha de Souza</i>	
<i>Rafael Vieira de Mello Lopes</i>	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO	41
<i>Giovana de Bortoli</i>	
<i>Maria Aparecida Ritter Antunes</i>	
<i>Marcelo Cacinotti Costa</i>	
A TEORIA CRÍTICA E A EDUCAÇÃO COMO EMANCIPAÇÃO EM ADORNO.....	46
<i>Jonathan Jungues</i>	
<i>Everton Silveira</i>	
<i>Tiago Anderson Brutti</i>	
INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS: a possível alteração no novo Código de Processo Penal.....	51
<i>Kelly Jenifer Gonçalves Wendland</i>	
<i>Carla Rosane da Silva Tavares Alves</i>	
A (IN) EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA.....	55
<i>Leonardo Mroginski Teixeira</i>	
<i>Pablo Rodolfo Nascimento Homercher</i>	
ACESSO À JUSTIÇA.....	59
<i>Milena da Silva</i>	
<i>Vladimir Lemos</i>	
INTERVENÇÃO FEDERAL E SEUS EFEITOS JUNTO AOS ESTADOS MEMBROS E MUNICÍPIOS BRASILEIROS	62
<i>Domingos Benedetti Rodrigues</i>	
<i>Rafael Hollweg</i>	
AS PRATICAS DO MÉDICO E DO ADVOGADO À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	67
<i>Carmem Regina Gardin dos Santos</i>	
<i>Tamiris Antonello</i>	
<i>Marcelo Cacinotti Costa</i>	
A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	71
<i>Rubilar Schacht de Anunciação</i>	
<i>Wesley de Anunciação Santana</i>	
<i>Aline Antunes Gomes</i>	
FEMINICÍDIO: o ciclo de violência doméstica	75
<i>William Almeida Côrrea</i>	
<i>Kellin Wahlbrink</i>	
<i>Rafael Vieira de Mello Lopes</i>	

ARTIGOS COMPLETOS

BREVES CONCEPÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	79
<i>Adriano Schütz</i>	
<i>Angélica Hindersmann Rech</i>	
<i>Denise Tatiane Girardon dos Santos</i>	
A MEDIAÇÃO PENAL DE PEQUENOS DELITOS COMO UMA NOVA VISÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: estudo de caso do Programa Mediar, na Comarca de Cruz Alta – RS.....	88
<i>Almir da Silva de Mello</i>	
<i>Milena Bueno Gomes</i>	
<i>Denise Tatiane Girardon dos Santos</i>	
A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	102
<i>Brenda Silva da luz</i>	
<i>Sinval Raichardt de Araújo</i>	
<i>Andréia Moser Keitel</i>	
A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR	116
<i>Brenda Silva da Luz</i>	
<i>Eliane dos Santos Dorneles</i>	
<i>Ângela Simone Pires Keitel</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSUMIDOR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA NAS MÍDIAS DIGITAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS	128
<i>Ederson Barbosa da Silva</i>	
<i>João Miguel Cunha de Bortoli</i>	
<i>Aline Antunes Gomes</i>	
A PSICOPATIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	143
<i>Evelin Cristine Malzoni Borges</i>	
<i>Marcelo Marchionatti Guareschi</i>	
<i>Luiz Gustavo Durigon</i>	
A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS IMPACTOS CAUSADOS NO PSIQUISMO: o sistema patriarcal e os direitos das mulheres	156
<i>Fernanda Espindola Allegretti</i>	
A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E O SEU ENFRENTAMENTO PELA LEI E O ESTADO.....	165
<i>Matheus do Nascimento Barcellos</i>	
<i>Gabriela Beltrão</i>	
<i>Ângela Simone Pires Keitel</i>	

O TRÁFICO DE DROGAS NA CASERNA À LUZ DO CÓDIGO PENAL MILITAR.....	178
<i>Gustavo Viana do Nascimento</i>	
<i>Thiago Vicenci Wildgrube</i>	
<i>Moisés de Oliveira Matusiak</i>	
A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DE CHAIM PERELMAN E HANS KELSEN E O CARATER ARGUMENTATIVO DA PRÁXIS JURÍDICA COMTEMPORÂNEA.....	186
<i>Janaina Ribas Côrtes</i>	
<i>Paulo Jair Pereira Gonçalves</i>	
<i>Vanessa Steigleder Neubauer</i>	
O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE	196
<i>João Miguel Cunha de Bortoli</i>	
<i>Patricson Maidana Sarale</i>	
<i>Aline Antunes Gomes</i>	
O SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A SUA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO	206
<i>Luciano da Silva Ramos</i>	
<i>Maicon Roberto Rodrigues Staforti</i>	
<i>Marcelo Costa Cacinotti</i>	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.152/2015: uma análise a partir das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro	220
<i>Luiz Alberto Fagundes Jorgens</i>	
<i>Aline Antunes Gomes</i>	
A PROTEÇÃO DA HONRA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	236
<i>Almir da Silva de Mello</i>	
<i>Milena Bueno gomes</i>	
<i>Moisés de Oliveira Matusiak</i>	
DIREITO INTERTEMPORAL: a aplicação imediata da lei processual civil no tempo	245
<i>Maidana Patricson Saralé</i>	
<i>Ederson Barbosa da Silva</i>	
<i>Aline Antunes Gomes</i>	
SOCIEDADE DO RISCO: riscos ambientais e situações sociais de ameaça na modernidade.....	259
<i>Tatiane Fontana Oliveira</i>	
<i>Renato Filgueiras Marx</i>	
<i>Vanessa Schwanke Fontana revelato</i>	
TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	270
<i>Kauê Costa Barbosa</i>	
<i>Valdir Junior Simões</i>	
<i>Carlise Maria Zambra</i>	

APRESENTAÇÃO

O projeto do Simpósio - Pensadores da República, do Direito e da Educação foi articulado a partir da inspiração do professor Claudio Boeira Garcia, pioneiro no pensamento e nos discursos sobre republicanismo e a teoria Republicana dentro da filosofia e da educação brasileira. O professor Cláudio participou, presencialmente, da primeira edição do Evento, realizada entre os dias 25 e 27 de maio de 2017, marco da intensificação das discussões filosóficas e políticas sobre a educação na Universidade de Cruz Alta.

A II Mostra de Trabalhos Científicos integrou o 3º Simpósio - Pensadores da República, do Direito e da Educação, realizado nos dias 09 e 10 de abril e 02 de maio de 2019, evento científico anual, promovido pelo Projeto de Pesquisa *Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais*, vinculado ao Curso de Direito, Centro de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ.

Os pensadores republicanos foram fundamentais para a criação de um Estado Democrático de Direito. A partir dessa perspectiva, a pretensão do Simpósio foi de contextualizar as principais ideias, relacionadas às temáticas centrais, e fomentar debates e reflexões. A Mostra de Trabalhos Científicos se constituiu em um espaço para a comunidade acadêmica, local e regional, compartilhar estudos e a discutir sobre os assuntos correlatos à República, à Educação e ao Direito, sendo que, neste, contemplou-se as duas Linhas de Pesquisa do *Grupo de Pesquisa em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos – GPJur: República, Estado e Sociedade Contemporânea e Constituição, Processo e Democracia*.

Os formatos dos trabalhos científicos foram de Resumo Expandido e Artigos Completos. Os trabalhos recebidos foram submetidos à Comissão de Avaliação e aprovados mediante a observância dos critérios, contidos no Edital, a relevância da temática e a consistência conteudística e metodológica. Após a aprovação, com publicização prévia da listagem, os trabalhos foram apresentados, pelas suas Autoras e Autores e/ou Coautoras e Coautores, às Bancas de Avaliação, com observância à qualidade na exposição oral, ao domínio da temática e à apresentação dos resultados.

A Mostra de Trabalhos Científicos recebeu trabalhos e apresentações com até duas Autoras ou dois Autores, com a orientação de uma Professora ou um Professor, formato que se demonstrou importante para o incentivo de compartilhamento de pesquisas do Curso de Direito, de demais Cursos da Universidade, assim como de Instituições de Ensino Superior da região.

ARTIGOS SIMPLES

O ESTADO LAICO NA EDUCAÇÃO: uma reflexão sobre o ensino religioso

Andréia Cenedeze¹

Fernanda Isabel Royer²

Vânia Maria Abreu de Oliveira³

Considerações iniciais

O Brasil é um país marcado pela pluralidade de seu povo, pela sua cultura diversificada, e pelas inúmeras religiões que coexistem. No entanto, para garantir a exposição e o respeito a esta diversidade, foi necessária a intervenção jurídica, possível por meio da reformulação da Constituição Federal de 1988, assegurando legalmente o direito às diferentes manifestações de crenças, culturas, pensamentos e atividades intelectuais e artísticas. Diante disso, pressupõe-se, constitucionalmente, que o Brasil é um país de preceitos laicos, uma vez que suas decisões e embasamentos são livres de qualquer carga espiritual ou de fé, ainda que, mediante sua legislação, defenda a existência de todas as expressões hieráticas.

Neste resumo, o objetivo central será apresentar o amparo legal em respeito à diversidade religiosa e a laicidade do Estado, com enfoque deste critério dentro das instituições educacionais. A metodologia utilizada será uma breve revisão bibliográfica, procurando reconhecer se este preceito constitucional, reforçado pela LDB (Lei de Diretrizes e Bases) está sendo assegurado e respeitado.

O que se vê, em muitos casos, são instituições abrindo mão da formação humana de seus discentes, por não conseguir desvincular o Ensino Religioso da cultura cristã, por isso, ainda há muito que se desmistificar sobre religião, inclusive desvinculá-la das questões teocêntricas, para que se possa, efetivamente, abordar, de forma pedagógica, temáticas relacionadas à vida, à espiritualidade, e a promoção da tolerância.

Desenvolvimento

A Constituição Federal de 1988 é a compilação dos direitos e deveres de todos os cidadãos brasileiros natos ou naturalizados, além de reger todas as demais legislações com supremacia jurídica. Um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição é a laicidade do Estado, como vê-se no art. 19, inciso I:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

1. Graduada em Direito. Mestranda em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta – RS. E-mail: andreiacenedeze@hotmail.com
2. Graduada em Letras. Mestranda em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta – RS. E-mail: fernanda.royer@ibiruba.ifrs.edu.br
3. Graduada em História. Mestrado e Doutorado em História – PUCRS. E-mail: vfreitas@unicruz.edu.br

Diante disse, vale caracterizar o Estado Laico, uma vez que esta denominação pode ser nebulosa e ambígua. Esta laicidade implica que as decisões do Estado estão livres de qualquer ideologia religiosa, respeitando, no entanto, todas as manifestações hieráticas, ou seja, o Estado não se exime da religião, apenas não toma decisões baseadas nelas.

O Estado laico nasce de um longo processo de emancipação em que há um afastamento de dogmas, do clero, e, sobretudo, do poder da Igreja Católica. Com a separação entre Estado e Igreja, esta é excluída do poder político e administrativo e, em particular, do ensino. (DOMINGOS, 2009)

Pode-se refletir a respeito desta necessidade de afastar as decisões jurídicas em virtude da grande pluralidade religiosa encontrada no Brasil. Por ser um país de grande miscigenação, muitas culturas foram se afirmando, ou se incorporando, o que culminou em uma sociedade emblemática por sua diversidade. Para Gabatz (2014), a escolha religiosa passa a ser um ato por afinidade, individualizado, libertário, desconsiderando heranças familiares, anteriormente tão preservadas.

Finalmente, a fim de assegurar este direito à espiritualidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitua no seu artigo 5º

Artigo 5º - [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Diante de toda esta exposição, volta-se a atenção a um dos pilares da sociedade contemporânea: a Educação. Além de promover a formação dos indivíduos, as escolas proporcionam um ambiente suscetível à cultura. Compreenda-se a cultura como “aquilo que fazemos ao mundo e aquilo que o mundo nos faz”, segundo diz Eagleton (2003), ou seja, um processo de interação social, onde somos transformados e transformadores, simultaneamente.

A discussão sobre o ensino religioso na escola pública é uma questão polêmica. A imposição destes estudos, no âmbito da educação básica, pode remeter a ideia de um Estado teocrático e, acarretar mais discussões do que propriamente promover uma formação integral que favoreça os estudantes. Observa-se no artigo 210, parágrafo 1º da Constituição,

Artigo 210 - serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Neste sentido, tem-se a Lei nº 9394/1996, que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que reafirma a liberdade de culto e das confissões religiosas no país, e a sua abordagem dentro do sistema educacional. Conforme Batista e Maia (2006, p.11) todos os valores e princípios estão em conflito na sociedade, “por isso, a constituição de um estado democrático deve garantir a convivência harmoniosa entre

peças com crenças diferentes; uma constituição democrática deve assegurar a liberdade religiosa e garantir o exercício de outras liberdades”.

O ensino religioso, no espaço educacional, contribui para promover a tolerância e instiga os estudantes a buscar seus direitos, sua identidade e sua liberdade. O referido componente curricular está alicerçado nos princípios da cidadania, no entendimento do outro enquanto outro, e isso só é possível num contexto laico, pois é competência do Estado assegurar aos alunos o direito de receber a formação religiosa desejada. (JUNQUEIRA e RODRIGUES). Enfatizam ainda (2010, p. 107)

Como componente do currículo, o ensino religioso não deve consistir no ensino de conteúdos religiosos, como se fazia tradicionalmente nas aulas de religião. [...] Assim, deve oferecer ao educando elementos básicos que compõem o fenômeno religioso de forma a permitir-lhe entender melhor a sua busca de transcendência. A proposta para o ensino religioso num estado laico é que ele seja um elemento do currículo alicerçado nos princípios da cidadania, no entendimento do outro enquanto outro e que faça parte da formação integral do educando.

Para Junqueira e Rodrigues (2010, p. 103) “a perspectiva de um ensino religioso compatível com a postura de um país que respeita a liberdade religiosa de sua população resguarda o direito de não comprometimento com nenhuma tradição religiosa”. O texto aprovado em 1997 na revisão do artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação assegura o respeito à diversidade cultural religiosa no Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo, assim como garante a matrícula facultativa na disciplina, considerada parte integrante da formação básica do cidadão, e estabelece que o conteúdo e a orientação para habilitação e admissão dos professores são de competência dos sistemas de ensino.

No entanto, este respeito à tolerância à diversidade religiosa ainda é um assunto delicado. Para um país que adotou uma postura laica há tanto tempo, muito se tem a evoluir a fim de assegurar a liberdade de todos os credos, apesar da forte influência multicultural no Brasil.

Considerações finais

O ensino religioso, como componente curricular, está alicerçado nos princípios da cidadania, no entendimento do outro e de si mesmo enquanto peça participante do mundo. Para Junqueira e Rodrigues (2010, p. 112) “e isso só é possível num Estado laico, pois é competência do Estado assegurar aos alunos o direito de receber a formação religiosa desejada, ou seja, é um direito do cidadão”.

O que deve ser levado em conta no componente curricular de Ensino Religioso não é a ausência ou não da fé, mas a importância que as diversas religiões têm para a formação da própria sociedade, e como correspondem a diversidade cultural do povo. É necessário que haja a neutralidade do serviço público (escolas, por exemplo), em respeito às convicções de todos os usuários dos serviços, sendo essa a única forma de permitir o amplo respeito a todas as religiões, pois o campo das opções religiosas é um dos mais propensos a gerar conflitos, tendo em vista esse pluralismo religioso existente.

É necessária que haja, por parte da escola, a possibilidade de se iniciar um diálogo sobre o Ensino Religioso. Uma forma de contribuir para isto é que todos os envolvidos no processo educacional, escola, pais, alunos, professores e demais envolvidos, possam discutir e interagir, buscando compreender este tema, seus objetivos e finalidades, evitando o sentimento de imposição da temática nestes estabelecimentos.

Referências

BATISTA, Carla. MAIA, Mônica. **Estado Laico e Liberdades Democráticas**. Recife: Sos Corpo, 2006. Disponível em: < http://biblioteca.clacso.edu.ar/Brasil/sos-corpo/20170920043624/pdf_951.pdf>. Acesso em: 02 abr 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

_____. Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – **Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm> Acesso em: 02 abr 2019.

DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. **Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de tolerância**. São Paulo: Revista de Estudos da Religião – REVER, 2009. Disponível em: <https://www.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_domingos.htm>. Acesso em: 02 abr 2019.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

GABATZ, Celso. **Religiosidade brasileira contemporânea: pluralismo, secularização e múltiplas pertencas**. Anais do Congresso Internacional da Faculdades EST. São Leopoldo: EST, v. 2, 2014.

JUNQUEIRA, Sérgio Rogerio. RODRIGUES, Edile Fracaro. **A identidade do Ensino Religioso no contexto da laicidade**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em < <http://200.229.32.55/index.php/horizonte/article/view/P.2175-5841.2010v8n19p101/2610>>. Acesso em: 02 abr 2019.

MONTEIRO, Patrícia Fontes Cavalieri. **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa: Interesse público versus direito privado em uma democracia plural religiosa**. Dissertação de Mestrado. UNIPAC. Juiz de Fora, 2012.

ORIGEM E FORMAÇÃO DO ESTADO

Amanda da Rocha Rodriguez Borges⁴

Bruna da Rocha Chavez⁵

Rafael Vieira de Mello Lopes⁶

Considerações iniciais

O objetivo geral deste resumo expandido é compreender as três principais teorias do Estado sobre sua origem e formação. Tem como objetivos específicos, explicar o conceito de Estado, entender a importância dele e identificar as três principais teorias de sua origem e formação. A escolha do tema deste resumo vem de uma inquietação e curiosidade, advinda das aulas de ciência política, na qual nos interessou o assunto da formação do Estado. Entre as possíveis hipóteses, a influência e importância do Estado na formação da organização política e social.

O tema é relevante porque a origem e formação do estado tem suma importância na sociedade em que vivemos para entender o porquê de sua formação e organização na prática da subdivisão dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário de forma organizada e política com a finalidade de cada pessoa ter seus direitos, regras e punições de acordo com a formação constitucional do mesmo. A metodologia utilizada é qualitativa, empírica, bibliográfica, com base em leituras de livros sobre o tema. O resumo trata as teorias mais aceitas sobre a origem e formação do Estado, com a principal finalidade de entender o processo de cada etapa resumidamente até os dias atuais onde o mesmo tem um grande papel na sociedade.

Desenvolvimento

A origem e formação do estado têm como base teorias compostas de circunstâncias relevantes que são as mais plausíveis de acordo com pesquisas, onde o termo Estado não era reconhecido, mas era um elemento presente e durante os séculos foi se consolidando para se tornar o que definimos os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário que têm como eixo a sociedade para ter o controle entre a democracia e o caos.

O termo Estado, o qual vem do latim status cujo significado é firmeza remetendo ligação à sociedade política. Essa informação é obtida no livro “O Príncipe” de Maquiavel escrito em 1513. A expressão Estado, passa a ser usada pelos Italianos e também durante os séculos XVI e XVII em escritos Franceses e Alemães. Até o século XVIII na Espanha a denominação, Estados também era dado a grandes propriedades rurais particulares, sendo que os proprietários destas tinham poder jurisdicional. Sabe-se que o nome Estado, surgiu então no século XVI indicando uma sociedade política (Dallari, 2013).

4. Acadêmica do 1º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Email: amandarodriguez2017@outlook.com

5. Acadêmica do 1º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Email: br.chavez029@gmail.com

6. 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 pela URI (Santo Ângelo). Email: ralopes@unicruz.edu.br

De acordo com Dias (2013 p. 50) “O Estado constitui uma sociedade politicamente organizada em um lugar e tempo determinado, onde vigora determinada ordem de convivência, com um poder soberano único e exclusivo”.

Conhecer as principais teorias existentes sobre a origem e formação do Estado é um aspecto relevante para entender nossa sociedade a hierarquia imposta até os dias atuais e porque cada estado possui regras definidas. Vários autores têm uma posição do Estado sobre a sua Origem e Formação. Alguns tentam explicar de forma sociológica e filosófica, outros tentam definir as teorias existentes como inconsistentes, mas num contexto geral o mesmo tem suposições mais aceitas de acordo com os costumes da nossa sociedade.

Consoante Dallari (2013, p. 59) “O estudo da Origem do Estado implica duas espécies de indagação: uma a respeito da época do aparecimento do Estado; outra relativa aos motivos que determinaram e determinam o surgimento dos Estados”.

A Justificativa sobre a formação dos Estados se dá em duas teorias:

Teoria natural ou espontânea: o Estado se forma naturalmente através da organização humana e Teoria contratual: é um pacto entre os homens, onde interesses individuais são transferidos a esta entidade em prol do interesse coletivo.

Existem três causas determinantes sobre a formação: Origem familiar: a família é o núcleo, o elemento inicial do Estado. A família se expande aparecendo como sociedade política. Origem em atos de força: é onde um grupo mais forte domina o mais fraco.

O Estado surge para regular as relações entre vencedores e vencidos. E origem em causas econômicas ou patrimoniais: o Estado surge para regular as relações patrimoniais, a exemplo da propriedade e relações econômicas.

Na época do aparecimento do Estado, as inúmeras teorias existentes podem ser reduzidas a três posições fundamentais:

1. Para alguns autores, o Estado e a Sociedade sempre existiram, pois desde que o homem vive sobre a Terra considera-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo;
2. Já uma leva de autores entendem que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. O Estado surgiu para atender as necessidades e conveniências de grupos sócias;
3. Já a terceira posição é dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas (DALLARI, 2013, p.60).

Assim, O Estado tem sua origem elencada nestas principais causas e teorias, o que deram sustentabilidade para que ele chegasse ao denominado Estado contemporâneo, e que ainda perpassa por muitas transformações.

Considerações finais

O homem quando inserido na sociedade deve seguir um conjunto de normas e regras que são regidas pelo ordenamento jurídico, sendo aplicadas pelo Estado que tem o objetivo de assegurar os direitos individuais

e coletivos da sociedade. Por esse motivo é importante compreender a origem e a formação do mesmo, pois a partir dessas informações o modelo de Estado, na atualidade, se atribui aos filósofos dos séculos anteriores.

Concluimos por fim que a análise da formação e origem do Estado são essenciais para o estudo da atual organização da hierarquia dos três poderes, bem como são úteis à noção da origem dos direitos fundamentais. Nesse sentido se formam os alicerces da estrutura estatal formada não só pelas leis secas, mas pelo direcionamento dado a partir de sua interpretação.

Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinado. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601912/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 05 de abr. de 2019

A MULHER NEGRA E AS TRAJETÓRIAS DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO

Carmem Regina Gardin dos Santos⁷

Laura Zimmermann Souza⁸

Raquel Buzatti Souto⁹

Considerações iniciais

O presente resumo tem como objetivo principal discorrer a respeito das mulheres negras, em busca da igualdade e de seus direitos referentes a educação. Trata-se de uma discussão teórica que traz como referências Brasil (2008), Bourdieu (1995), Freitas (2015), Queiroz (2006), Rodrigues (2009) e Paixão (2010). Nessa discussão ressalta-se que o Movimento Feminista auxiliou muito as mulheres em suas conquistas, principalmente no direito de ensinar, logo os movimentos negros refletiram também em conquistas importantes.

O acesso à educação marca a permanência, a movimentação e o exercício em todos os níveis educacionais, principalmente, o ingresso no ensino superior, que ainda é pouco acessível à estes grupos minoritários. Assim, para o desenvolvimento do presente resumo, abordar-se-á o desenvolvimento do artigo a partir de leituras bibliográficas, de cunho exploratório e teórico, envolvendo pesquisas em diversos materiais, como publicações físicas e virtuais, nas quais foi possível encontrar um grande número de informações referentes à temática.

Desenvolvimento

A trajetória das mulheres negras em busca de direitos e as lutas pela igualdade das minorias sempre estiveram interligados, uma vez vivemos uma cultura enraizada de repressão contra grupos minoritários, desigualdade e de patriarcado. Nesse contexto, as mulheres, principalmente as mulheres negras, precisam lutar muito para reivindicar direitos e até mesmo para conquistar espaço, onde a competência deveria valer mais que a cor da pele e do gênero.

O movimento feminista passou por três diferentes fases, e foi apenas na terceira fase, considerada desde 1990 até atualmente, é que as mulheres conseguiram conquistar espaços e direitos, como a igualdade de salário para homens e mulheres que desempenham a mesma função e, que as mulheres ocupassem cargos de gerência, educação e executivos.

A partir da redemocratização pós-Segunda Guerra Mundial, no Rio de Janeiro e São Paulo, originaram-se diversos movimentos sociais afro-brasileiros, denominados movimento negro. Os movimentos

7. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Voluntária do projeto PIBIC “A condição sociocultural da mulher: um estudo à luz do feminismo negro”. E-mail: Carmem.gardin@gmail.com.

8. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Bolsista do projeto PIBIC “A condição sociocultural da mulher: um estudo à luz do feminismo negro”. E-mail: laura.zimmermann2@gmail.com.

9. Professora do Curso de Direito da UNICRUZ. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas – NPJ. Líder do Grupo de Pesquisa Jurídica – GPJUR. Mestre em Desenvolvimento, Linha de Pesquisa, Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela UNIJUÍ. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFRA. Coordenadora do PIBIC intitulado “A condição sociocultural da mulher: um estudo à luz do feminismo negro”. Advogada. E-mail: rsouto@unicruz.edu.br.

sociais expressivos envolvendo grupos negros perpassam toda a História do Brasil. Contudo, até a Abolição da Escravatura em 1888, estes movimentos eram quase sempre clandestinos e de caráter radical, posto que seu principal objetivo era a libertação dos negros cativos.

No campo da educação, o acesso, a permanência e desempenho das mulheres negras nos níveis de educação são impactadas pelo seu pertencimento racial, combinado com as discriminações e preconceitos que recaem sobre elas em todos os sistemas de ensino. Muitas vezes devido a sua condição de cor/raça a mulher acaba sendo relegada, encontrando-se muitas vezes em um grupo minoritário nos termos do exercício de seus direitos e reconhecimento, ocorrendo assim em detrimento de todos os esforços que realizam para mudanças em suas condições sociais.

O Direito à educação é um direito garantido à todos, sendo uma obrigação do Estado. Fazendo parte do grupo de direitos sociais, o estímulo se faz na busca de igualdade entre a população. No entanto quando se fala sobre a democratização do sistema educacional, não podemos deixar de lado à questão das mulheres negras, que buscam alcançar os seus direitos, sem opressão.

Conforme Queiroz (2006), ainda é possível observar um lento processo de mudança nesse cenário. Um indicador é o incremento da presença de mulheres no ensino superior, por muitos anos considerado um privilégio masculino. Ainda que seu impacto na transformação do campo educacional e científico demande análises e problematizações, é inegável que a presença da mulher negra nesse nível de ensino tem aumentado significativamente no Brasil (BOURDIEU, 1995).

A Constituição cidadã inovou ao trazer à tona a ideia da política social como instrumento de inclusão social: políticas universalistas e de extensão de direitos sociais às camadas mais pobres da população. Para o entendimento da importância da mulher negra nas práticas educativas no Brasil retomou-se as tarefas exercidas pelas amas-de-leite e amas secas, buscando compreender como nelas havia o componente educativo, mostrando que as amas eram responsáveis por todas as tarefas em relação às crianças, alimentá-las, vesti-las, orientar-lhes as brincadeiras, enfim, cercá-las de todos os cuidados necessários ao seu desenvolvimento (FREITAS, 2015).

Essas responsabilidades, outrora atribuídas às amas, continuam sendo exigidas das educadoras infantis no presente, pois, quando se analisa a proposta da educação oferecida nas creches, percebe-se que esse espaço não se constitui unicamente como estabelecimento de ensino regular, mas prioritariamente para cuidados e aprendizagem primária, onde a função das educadoras não se restringe ao ensino-aprendizagem, mas, requer a mesma dimensão do cuidado com o desenvolvimento infantil, seja na alimentação, higiene pessoal, desenvolvimento motor e psicológico (RODRIGUES, 2009).

Álvaro Hypollito (1994) declara que: [...] a convergência das mulheres ao magistério não ocorreu somente por interesses estruturais da sociedade e por interesses patriarcais ou porque era 'natural' para as mulheres educar as crianças; ocorreu também porque essa opção foi uma possibilidade de projeção social, política e cultural para as mulheres.

Foi um espaço de emancipação conquistado e não simplesmente concedido por uma sociedade masculina. (HYPOLLITO, 1994, apud RIBEIRO). Para Gomes (1995) e Santana (2004), a presença de mulheres negras no magistério representa o rompimento de inúmeras barreiras impostas à população negra no Brasil, principalmente, nos campo educacional e profissional. Lembremos da imagem de sensualidade da

mulata, da ama de leite, mucama e empregada doméstica. A inter-relação entre raça e gênero faz com que o espaço da docência tenha representações diferentes para as mulheres negras.

Ao ocupar o espaço de representante do saber formal, as professoras negras rompem com um dos estereótipos criados sobre o negro brasileiro, o de que ele não tem capacidade intelectual. As identidades das profissionais da educação interagem, se formam e se transformam no decorrer de suas trajetórias. As vozes das professoras negras são fundamentais referências para a reflexão sobre essa temática, para isso a abordagem biográfica é a mais indicada.

Historicamente, o lugar destinado à mulher negra é o da subalternidade. Por isso, afirmar-se (mesmo que seja apenas pela imposição de sua presença) como mulher, como negra e como professora universitária em um mundo machista, racista e em que os saberes são valorizados ou desqualificados em função de sua proximidade com o ideário dominante é um ato de resistência (PAIXÃO, 2010).

Atuar na educação é uma possibilidade de romper com estruturas de opressão construídas a partir das hierarquias de identidade. Nesse sentido Gomes (1995) afirma que: Ao se tornarem professora, ‘saíram do seu lugar’, isto é, do lugar predestinado por um pensamento racista e pelas condições socioeconômicas da maioria da população negra brasileira – o lugar de passadeira, daquela que realiza serviços gerais –, para ocuparem uma posição que, por mais questionada que seja, ainda é vista como possuidora de status social e está relacionada a um importante instrumento: o saber formal.

O ensino da cultura afro-brasileira nas instituições de ensino ficou regulamentado pela lei nº 10.639/03 que alterou a Lei nº 9.394/96, assim estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”. Alguns anos depois a Lei n. 11.645/2008 tornou obrigatório também o ensino da cultura indígena (BRASIL, 2008). Assim, atualmente a LDB em seu artigo 26-A estabelece ser obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, dizendo ainda:

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

Trabalhar com cultura afro-brasileiras nas escolas e demais instituições de ensino é um trabalho árduo de conscientização e um dos principais meios para que o preconceito seja aos poucos desenraizado da cultura brasileira. Porém este trabalho enfrenta resistências tanto de pais quanto de alunos, que se mostram contra qualquer forma de ensino que explique e utilize a cultura e religião afro nas instituições, também se enfrenta problemas como o preconceito institucionalizado que talvez seja a forma de preconceito mais difícil de se combater.

Considerações finais

A partir das reflexões realizadas, tornou-se possível perceber que a situação sociocultural das mulheres negras no campo educacional ainda é precária, fruto da discriminação, e predomínio do racismo e do machismo. Neste contexto, o preconceito racial e a discriminação de gênero se cruzam e se potencializam, logo a mulher negra luta pelos seus direitos essenciais, principalmente buscando acesso integral à educação. Vale ressaltar que apesar do fim da escravidão, teve início um racismo institucionalizado, consequência da ausência de políticas públicas que marca a exclusão educacional.

Assim, a inclusão de mulheres negras em universidades representa a luta contra a discriminação racial, logo negras passam de amas à educadoras, vencendo as precárias condições referentes à educação. E quiçá com a inserção do estudo sobre a cultura afro-brasileira, o conhecimento transforme preconceito em respeito, valendo-se da poderosa estratégia, a educação.

Referências

BRASIL. **Lei nº 11.645** de 10 de março de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111645.htm

BOURDIEU, Pierre. **A Escola Conservadora**: as desigualdades frente à escola e à cultura. *In*: Escritos de Educação. Petrópolis: Vozes, 1995;

FREITAS, Tais Pereira. **Tintas pretas e papéis brancos: educadoras negras e emancipação**. 2015. 230 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015;

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. **Ações afirmativas na universidade brasileira e acesso de mulheres negras**. Salvador: Uneb, 2006;

RODRIGUES; Quessia P. **Desigualdades raciais no acesso de mulheres ao cuidado pré-natal e no parto**. Dissertação (Mestrado) – Escola de Enfermagem; Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

PAIXÃO, Marcelo et al. (orgs.). **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil**; 2009-2010. Rio de Janeiro: Garamond; LAESER; IE/UFRJ, 2010.

FEMINICÍDIO: uma qualificadora do crime de homicídio quando praticado contra a mulher

Roana Funke Goularte¹⁰
Cleomar Pinto e Silva Júnior¹¹
Tiago Anderson Brutti¹²

Considerações iniciais

Os direitos das mulheres vêm demandando cada vez mais interesse em pesquisas que demonstram a vulnerabilidade de sua posição no âmbito doméstico e familiar, mesmo com a previsão/proteção constitucional e a Lei Maria da Penha.

A necessidade de uma lei de proteção e de promoção da dignidade da mulher motivou a promulgação da Lei do Femicídio (Lei nº 13.104/2015), que alterou o Código Penal para incluir como qualificadora do delito de homicídio o assassinato de mulheres.

Releva, por essa via, investigar a condição da mulher e sua situação de vulnerabilidade, que motivou a o reconhecimento do crime de feminicídio, buscando-se, a partir do método dedutivo e do procedimento bibliográfico e legislativo, conceituar e caracterizar esse crime, bem como justificar a necessidade da formalização desse instrumento legal. Ressalta-se, ainda, que o presente estudo não intenta esgotar as possibilidades de discussão que envolvem o tema, visando apenas fomentar o debate e contribuir para que se possa fazer uma leitura constitucionalmente adequada a respeito da situação da mulher enquanto ser vulnerável em sociedade violenta como a brasileira na contemporaneidade.

Compreende-se que este trabalho se adequa ao assunto geral do III Simpósio Pensadores da República, do Direito e da Educação e II Mostra de Trabalhos Científicos, por meio de uma das linhas de pesquisa do GPJur, qual seja, República, Estado e Sociedade Contemporânea, proposta pelo Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), visto que a valorização da mulher enquanto cidadã é uma necessidade premente da sociedade brasileira na atualidade.

Desenvolvimento

1 O feminismo e a luta por direitos

A luta do movimento feminista no Brasil desde o seu surgimento na década de 1970 se divide em duas vertentes: a violência contra as mulheres e os direitos das mulheres à saúde, à sexualidade e à reprodução. A partir dessa década é que os movimentos feministas ganharam mais evidência, pois abordavam temas

10. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta. Contato: roanafgoularte@gmail.com

11. Acadêmico do 5º semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Contato: cleomarjunior285@gmail.com

12. Doutor em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-doutor em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Estado do Paraná. Professor no Curso de Direito e no PPG em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta. Contato: tbrutti@unicruz.edu.br

especificamente voltados à mulher na sociedade brasileira, com maior ênfase para a questão do assassinato de mulheres:

A questão específica do movimento que primeiro toma maior visibilidade política é a questão do assassinato de mulheres. As palavras de ordem, iniciais, referentes à violência se deram em 1979 em torno da denúncia dos homicídios cometidos por maridos contra suas esposas e o fato de os homens serem absolvidos. O enfrentamento das feministas buscou revolucionar a opinião pública e criticar o modo pelo qual o feminicídio pelo companheiro era interpretado pelos poderes jurídicos. Não foi a violência crônica contra as mulheres que levantou a opinião pública, mas sim a denúncia do caso extremado do poder de vida e de morte dos homens sobre suas mulheres. Contudo, no seio do movimento, o que estava em jogo era a violência cotidiana contra as mulheres. Alguns grupos feministas, dependendo de seus próprios trabalhos voluntários, passaram a constituir grupos de SOS, oferecendo serviços dirigidos ao atendimento das mulheres vítimas de violência (MACHADO, 2011, p. 78).

É possível perceber que os crimes cometidos com violência contra a mulher fazem parte da história do Brasil. Somente a partir da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que ocorreu em 1994, é que o Estado Brasileiro passou a se preocupar de forma programática e sistemática com a condição da mulher.

Esta Convenção conceitua como violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na esfera privada.¹³ Ocorre que, apesar de o Brasil ser signatário da Convenção, somente quando um caso específico atingiu a mídia é que a problematização foi levada ao Congresso Nacional, originando a elaboração e a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).

Díaz (1998), em análise sobre as situações e os crimes praticados em âmbito doméstico, destaca a elevada “cifra negra” na quantificação da violência doméstica contra as mulheres:

Dentro das tipologias que levam em conta a relação prévia entre vítima e autor do delito (vítima conhecida ou desconhecida) temos que ressaltar a especial condição das vítimas pertencentes ao mesmo grupo familiar do infrator; trata-se de hipóteses de vulnerabilidade convivencial ou doméstica. Os maus tratos e as agressões sexuais produzidos nesse âmbito têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças. A impossibilidade de defesa dessas vítimas – que chegam a sofrer, ademais, graves danos psicológicos – aparece ressaltada pela existência a respeito de uma elevada *cifra negra* (DÍAZ, 1998, n.p. apud GRECO, 2019, n.p.).

13. “Artigo 1 - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2 - Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra” (BRASIL. Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996 - **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D71733.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019).

A Lei nº 13.104/2015, que modificou o Código Penal Brasileiro e incluiu na tipificação do crime de homicídio uma qualificadora quando a vítima for mulher ou estiver na condição de mulher no âmbito social, desde que em situação de violência doméstica¹⁴, surgiu no intuito de concretizar os ditames da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em 1994, e internalizada no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 1.973, de 1996.

As providências tomadas pelo Estado e pela sociedade brasileira, a exemplo da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, visam concretizar o direito da mulher à uma vida digna, livre de discriminações e em segurança, seja no âmbito doméstico/familiar, seja em sua posição na sociedade. A violência doméstica é caracterizada no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 como “[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. No mesmo artigo a Lei define que a unidade doméstica pode ser compreendida como “[...] o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”. Silva (2011), no que respeita à condição sociocultural da mulher, destaca que:

Há uma expectativa social de que a mulher cumpra adequadamente certos papéis, sobretudo os de dona de casa, mãe e esposa, é e neste contexto de expectativa de representação de papéis que se concretiza a violência de gênero, que vem a ser a imposição, mediante violência exercida contra as mulheres, da vontade do homem, de todo um sistema construído em torno da prevalência da vontade masculina sobre a feminina, denominado patriarcado. É o desequilíbrio, sempre em desfavor das mulheres, de uma relação de poder cultural e historicamente construída. Quando cometida no ambiente doméstico, a violência de gênero é denominada violência doméstica, e alcança mulheres em todas as fases de suas vidas, da infância à velhice, sempre obrigadas a se submeterem à “lei do pai” (SILVA, 2011, p. 172).

Depreende-se, pois, que a situação de vulnerabilidade experimentada pela mulher brasileira enquanto vítima de crimes violentos se deve à abominável expectativa social de que ela cumpra determinados papéis.

Considerações finais

A definição do crime de feminicídio trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova qualificadora, que majora a pena de homicídio cometido contra a mulher, motivado pela sua condição ou por situação de violência doméstica. É notável que a nova lei constitui um instrumento de combate à violência contra as mulheres.

Esse tipo de crime muitas vezes cai na clandestinidade, pois a sociedade os justifica quando a mulher sai do papel a ela atribuído como mãe, esposa e dona de casa. Porém, o que se buscou com a instituição do crime de feminicídio foi a modificação deste cenário, a fim de proporcionar a todas as mulheres condições de se desenvolverem como pessoa, em pé de igualdade aos olhos da sociedade.

Desta forma, concluiu-se que a criminalização mais rigorosa do homicídio de mulheres é necessária e foi instituída em prol da proteção da mulher enquanto sujeito de direitos.

14. “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Homicídio qualificado. §2º Se o homicídio é cometido: Feminicídio. VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º - A - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. §7º - A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima” (BRASIL. Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019).

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **Decreto nº 1973**, de 1º de agosto de 1996. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D71733.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **Lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DÍAZ, Gerardo Landrove. **La moderna victimología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

GRECO, Rogério. **Feminicídio**: comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MACHADO, Lia Zanotta. Introdução crítica ao direito das mulheres. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (Orgs.). **Série O Direito achado na rua**. Brasília: CEAD, FUB, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SILVA, Danielle Martins. Violência contra mulher, empoderamento e acesso à Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da (Orgs.). **Série O Direito achado na rua**. Brasília: CEAD, FUB, 2011.

A DANÇA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES CORPORAIS-CINESTÉSICAS

Eduardo Fernandes Antunes¹⁵

Maria Aparecida Santana Camargo¹⁶

Considerações iniciais

A presente investigação objetiva focar o estudo e a prática da Dança como fator de mudança sociocultural, verificando de que modo a expressão artístico-corporal pode contribuir para a integração dos sujeitos nas comunidades em que estão inseridos. Acredita-se que a dança, existente desde a pré-história, como uma das primeiras formas de comunicação, manifesta emoções mediante ritmos, melodias, timbres e, para que tudo isso ocorra com fluidez, é necessário ser estimulada. Desta forma, é relevante que a cultura sulina seja incentivada por meio da dança tradicionalista, proporcionando momentos de culto à tradição e delegando aos dançarinos a preservação da história, da cultura e dos costumes gaúchos.

É uma pesquisa de caráter teórico e empírico, sendo que a proposta, em uma primeira etapa, é ampliar o estudo e fazer um levantamento sobre danças e aspectos aliados aos processos subentendidos à expressão corporal-cinestésica. Parte da investigação embasa-se nos estudos de Howard Gardner, psicólogo norte-americano, que estudou profundamente o desenvolvimento humano e sistematizou teorias a respeito das capacidades corporais e cinestésicas.

Desenvolvimento

1 Dançando na escola

Expressar-se pela dança é como registrar a vida, a força, as formas de ver e estar no mundo, procurando desvendar criativamente os caminhos e aprendizados contidos nos sentidos e nas inteligências humanas. Utilizando técnicas, processos e métodos para interagir na composição da formação do trabalho da dança, busca-se uma forma de abrir-se ao “conhecimento e (re)construção” de valores nos jovens, despertando nestes não somente a vontade de seguir dançando, mas em todo público presente na escola, como também instigando perguntas que estimulam o pensar no significado da dança na educação.

A dança foi incluída nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN's) em 1997, quando ganha reconhecimento para ser trabalhada nas escolas. O documento menciona como pode ser usada para representar o mundo em sociedade, passando a ser uma parte integrante do currículo e possibilitando uma redefinição da história cultural, constando em Brasil ([2003?], p. 22):

15. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta. Técnico de Tecnologia da Informação do IFRS Campus Ibirubá. E-mail: eduardo.antunes@ibiruba.ifrs.edu.br

16. Doutora em Educação. Professora do Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta E-mail: cidascamargo@gmail.com

[...] a identidade cultural em associação com o conceito de estética pode articular ainda as disciplinas da área de Linguagens e Códigos. Por sua vizinhança e caráter complementar, artes ou jogos, literatura ou teatro, dança ou esporte, figura ou cena, música ou gesto podem ser apreendidos como integrantes de um todo expressivo, não como mero mosaico de formas de representação. A tradução de mensagens expressas em distintas linguagens ou o uso concomitante de várias delas pode, a um só tempo, desenvolver a sensibilidade artística e também dar instrumentos práticos e críticos, para compreender melhor os recursos da publicidade ou a intrincada sintaxe da linguagem jurídica.

A inclusão da dança nos PCN's possibilitou compreender que em ambientes escolares, o tema adquiriu compromisso na ampliação da visão social, do conhecimento do próprio corpo em contexto com a sociedade, capacitando o aluno a ser um sujeito crítico e criativo fazendo uso da linguagem artística para transformar o meio onde vive. Compreende-se a existência de diferentes modalidades de dança na sociedade, formando uma gama diversificada de conteúdos que podem ser trabalhados nos ambientes escolares. Marques (2003, p. 32) acrescenta que:

Não faria sentido ensinarmos e/ou propormos nenhum destes tipos de dança, no entanto, se não nos preocupássemos com quem está dançando. Os alunos em sala de aula têm seus próprios repertórios de dança, suas escolhas pessoais de movimento para improvisar e criar, assim como formas diferentes de apreciar as danças trabalhadas em sala de aula ou construídas em sociedade. Para que possamos fazer escolhas significativas para nossos alunos e para a sociedade, seria interessante levarmos em consideração o contexto dos alunos. No mundo contemporâneo, este contexto é a interseção e a articulação não estática das realidades vividas, percebidas e imaginadas dos alunos.

Para trabalhar as diferentes modalidades de dança adotam-se conteúdos específicos, a fim de cumprir com o objetivo das aulas, valendo lembrar que tais conteúdos podem ser praticados por diversas áreas do conhecimento, fornecendo à dança um tratamento como arte e não somente como movimento. Encontra-se no texto “A Dança de Paula”, de autoria de Campbell, Campbell e Dickinson (2000), um enfoque no movimento para exercitar a inteligência cinestésica. Paula foi avaliada como portadora de dificuldades de aprendizagem e, neste sentido, fato semelhante ocorre no projeto de ensino “Grupo de Artes Mistas – Campeiros da Tradição”, do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul – Campus Ibirubá, que almeja incentivar os alunos ao culto às tradições do Rio Grande do Sul, sendo que um dos integrantes foi avaliado como pessoa com deficiência auditiva.

Embasado também em documentos institucionais, que abordam a necessidade de um plano educacional individualizado (PEI), o qual dispõe das adaptações curriculares necessárias, por meio da convivência com o aluno, pode-se inferir que a dança é fator que expressa neste a capacidade em demonstrar maior facilidade na Educação Física e na construção do conhecimento nos demais componentes curriculares. De igual forma, o referido aluno exprime um excelente relacionamento com os colegas, comunicando-se com facilidade em língua de sinais.

Figura 1. Apresentação do Grupo no XXVII Encontro, Santa Maria/RS.



Fonte: Acervo do pesquisador, 2018.

Figura 2. XXVII Encontro, Santa Maria/RS.



Fonte: Acervo do pesquisador, 2018.

Considerações finais

Constatou-se, ao longo da reflexão, uma diversidade de processos auxiliares na formação da expressão corporal-cinestésica, que traduz as práticas desenvolvidas pelo pesquisador nos diferentes aspectos abordados. Percebe-se a coerência da metodologia adotada, caracterizando os processos que deram sustentação e evolução ao tema escolhido, trazendo um resultado pertinente à pesquisa.

Diante do exposto, conclui-se a necessidade da manutenção cultural elencada nas práticas socioculturais transmitidas por gerações e do desenvolvimento dos processos de aprendizagem cinestésica que inclui a capacidade da união do corpo e da mente para o desempenho físico perfeito, controlando movimentos automáticos e voluntários, progredindo para o uso do corpo de maneiras diferentes e complexas.

Referências

BRASIL, Ministério da Educação (MEC). **Parâmetros Curriculares Nacionais**. 2000. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf>>. Acesso em: 02 de set. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parâmetros curriculares nacionais: linguagens, códigos e suas tecnologias**. [2003?]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/linguagens02.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CIRNE, P. R. de Fraga. **Danças Tradicionais Gaúchas**. Erechim, RS: Edelbra, 2003.

CAMPBELL, Linda; CAMPBELL, Bruce; DICKINSON, Dee. **Ensino e aprendizagem por meio das inteligências múltiplas: (inteligências múltiplas na sala de aula)**. 2.ed. Porto Alegre, RS: Artmed, 2000.

GARDNER, Howard. **Inteligências Múltiplas: a teoria na prática**. Porto Alegre, RS: Artmed, 1995.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL (IFRS). **Instrução Normativa N° 12**. 2018. Disponível em: <https://ifrs.edu.br/wp-content/uploads/2019/02/IN-12-2018-PEI-publicacao.pdf>. Acesso em: 05 de abr. 2019.

MARQUES, Isabel A. **Dançando na escola**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MONTESQUIEU E A DIVISÃO DOS PODERES: o surgimento de uma evolução nas formas de governos

Eduardo de Moura Gonçalves¹⁷

Guilherme Karyel Rohden Souza¹⁸

Rafael Vieira de Mello Lopes¹⁹

Considerações iniciais

Ao longo da história a sociedade presenciou diversos tipos de governos, muitos deles, ficaram caracterizados por centralizar o poder nas mãos de um seletivo grupo de pessoas ou, até mesmo, em apenas uma pessoa. Neste âmbito, pode-se relacionar o surgimento de opiniões contrárias a este núcleo de governo, opiniões que sustentavam a ideia de descentralização do poder. Partindo do pressuposto anterior, um dos principais críticos dos governos absolutos, foi Charles-Louis de Secondat, que ficou conhecido como Montesquieu, filósofo que ganhou notoriedade por defender uma forma de governo onde o poder não estivesse centralizado apenas em um ser. Neste resumo, o principal objetivo move-se em torno da compreensão sobre por que a teoria de Montesquieu foi tão importante para o estabelecimento de uma forma de governo, onde o poder das decisões está ramificado em três elos dos Estados. Outras questões a serem atingidas estão relacionadas aos governos brasileiros no decorrer da história, espera-se entender quando o Brasil passou a adotar a divisão dos poderes proposta por Montesquieu e quais os benefícios que isso ocasionou ao país.

A realização desta pesquisa deu-se pela necessidade de compreender como está proposto o modelo de governo de Montesquieu no Brasil e quais são os fatores principais que estabelecem fundamento nesta forma de governo dentro do país. Para conclusão dos objetivos propostos, realizou-se uma metodologia de cunho científico, cuja base foi a coleta de informações através de pesquisas bibliográficas. Em primeiro momento, as pesquisas detiveram-se em conceituar a base proposta por Montesquieu, coadunado as ideias principais do filósofo, assim como sua teoria de divisão dos poderes. Em segunda instância, as pesquisas tiveram foco na difusão da ideia de Montesquieu, tratando quais foram os primeiros governos a adotarem a descentralização do poder. Por fim, estudou-se a divisão dos poderes no Brasil.

A partir deste resumo espera-se facilitar a compreensão de como se estabeleceu uma das mais importantes ferramentas para se governar um Estado. Além disso, sabe-se da importância de conhecer como ocorreram as principais mudanças sociais da história, pois desta forma, é possível expandir as visões e raciocinar sobre o governo que vivemos.

17. Acadêmico do 1º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Email: goncalves10eduardo@gmail.com

18. Acadêmico do 1º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Email: guilherme.krohden@gmail.com

19. 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 pela URI (Santo Ângelo). E-mail: ralopes@unicruz.edu.br

Desenvolvimento

Conforme Castro (1975, p. 15) “O Estado na moderna concepção do direito público, nasce da reunião permanente de vários elementos naturais e sociais”. A este fato, o autor define que entre todos os elementos de formação do Estado existem três fatores que se tornam principais, sendo o povo, o território e o poder, esse último que é exercido em forma de soberania, esta, por sua vez, se caracteriza por meio do Governo. Para Montesquieu (1748, apud CASTRO, 1975, p. 15).

Montesquieu classifica as formas de governo em: república, monarquia e despotismo. Na república o povo é, a um tempo, súdito e soberano; na monarquia a soberania reside em uma parte do povo; e no despotismo ela se caracteriza em um só indivíduo, que, destarte, governa o Estado de modo absoluto.

Neste sentido, Montesquieu (1996, p. 33-43) ainda define outro lapso no uso do poder, trata-se da Aristocracia:

Quando na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se da Democracia. Quando o poder soberano está em uma parte do povo, chama-se Aristocracia [...] Na Aristocracia, o poder soberano está nas mãos de certo número de pessoas. São elas que fazem as leis e que mandam executá-las; e o resto do povo está para elas, no máximo, como súditos estão para o monarca, numa monarquia.

Após o prenuncio dos tipos de governo, Montesquieu (1996, p. 57) aborda a forma como o poder é exercido “[...] sua natureza é o que faz ser como é, e o seu princípio é o que o faz agir. A primeira, constitui sua estrutura particular e a segunda, as paixões humanas que o movimentam”.

A monarquia é o governo onde a liderança parte do pressuposto hierárquico, nascendo de uma nobreza. Neste modelo governamental, Montesquieu relaciona que a honra é requerer preferências e distinções, sendo algo essencial para o governo. Nos Estados despóticos, a forma de governo está consolidada na extrema obediência do povo ao seu líder. O governo republicano, por sua vez, lidera com o manejo do poder, fazendo com que todos sejam iguais e não haja pressupostos de distinção. Uma república é uma forma governamental que torna pública a condução do estado, de maneira que todos possam exercer o poder, governando ou escolhendo líderes.

Como, em um estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo (MONTESQUIEU, 1996, p.170)

A partir da análise sobre as formas de governo, Montesquieu enfatiza que o abuso de poder por parte do governante deve ser cessado: “[...] é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. A esta frase, pode-se relacionar a expressão “sistema de freios e contrapesos”, criada por Montesquieu, que harmonizava a relação de poder.

O sistema de freios e contrapesos é o instrumento que impede a volta do governo absolutista, mesmo que na divisão dos poderes todos tenham funções distintas, é necessária a vigilância dos excessos. Por

exemplo, é vigente que o poder judiciário analise se uma lei é constitucional, evitando o excesso do legislativo, trabalhando para não formar tiranias de poder, mas sim linearidade e harmonia.

Para Montesquieu, a separação dos poderes se estabelece como pressuposto do constitucionalismo, logo a necessidade da legalidade e institucionalidade dos poderes – independentes e autônomos – legalizava o funcionamento do Estado. Roma foi o berço do pensamento republicano, e como base do sistema, o senado era a peça chave da vida pública, Montesquieu via a herança romana e a influência aristotélica como o berço do fortalecimento e a única maneira de gerir um Estado próspero e organizado. Ele percebe que a distinção do senado não pode interferir no poder do funcionamento do executivo, e traz de forma contundente esse ideal de autonomia e equilíbrio perante as organizações.

A forma de governo sugestionada por Montesquieu evidencia a falha de competências fixada na mão de uma única pessoa, sendo notória a evidência de se dividir no âmbito de equalizar e sintonizar de melhor arranjo os anseios do Estado.

O ideário de Montesquieu integra a formação constitucional de grande parte dos Estados Modernos. No Brasil, a aplicação primordial da divisão dos poderes surgiu de forma imprecisa e presa ao estado absolutista. A primeira forma de aplicação dos poderes foi segurada pela constituição de 1824, no entanto a ressalva se caracteriza pela contundência das amarras monárquicas. O poder moderador, impedia, o que para Aranha (2009) é a síntese da divisão dos poderes: a liberdade das leis, a pedra angular do exercício do poder democrático.

De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 16, “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Isso se resguarda na Constituição Federal do Brasil que dispõe no artigo 2º a garantia de uma unidade federal de caráter trípode, assegurado pelo poder legislativo, executivo e judiciário.

Considerações finais

Com base nas pesquisas realizadas, pode-se concluir que foi possível obter bons resultados, uma vez que a partir dela, passou-se a compreender uma série de fatores históricos que serviram de norte na consolidação da política nos dias atuais. Além disso, percebeu-se a evidência da necessidade de conhecer como e por quais motivos se deu o surgimento da teoria de Montesquieu.

Ao analisarmos o contexto apresentado até o momento, nota-se a sistematização e a evolução ocorrida ao longo dos tempos sobre a forma de se governar um Estado. A partir disto, é preciso enfatizar o fato de que Montesquieu foi fundamental para que se tivesse uma “evolução” constante.

Por fim, deve-se coadunar ainda, que o ato de pesquisar sobre Montesquieu induz o pesquisador a refletir sobre a maneira na qual o poder é exercido perante a sociedade. Portanto, é necessário atentar-se a um fator capital nos tempos modernos, a democracia, pois é a partir dela que o Estado deve regular as tomadas de poder.

Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, **Filosofando**: introdução à filosofia, 4 ed. São Paulo: Moderna, 2009.

CASTRO, Adauto de Sousa. **Direito e Legislação**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1975.

MARCILIO, Maria Luiza. **Declaração Internacional dos Direitos do Homem**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MATOS, Francisco De Castro. **Separação dos Poderes**: sistema de freios e contrapesos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52803/separacao-dos-poderes-sistemas-de-freios-e-contrapesos>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação dos Poderes**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-separacao-de-poderes-e-as-politicas-publicas,47234.html>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracheo. São Paulo, 1996.

A VISÃO DE NORBERT ELIAS NA INSERÇÃO DO INDIVÍDUO EM SOCIEDADE²⁰

Etyane Goulart Soares²¹

Pablo Renan da Silva Londero²²

Carla Rosane da Silva Tavares Alves²³

Sirlei de Lourdes Lauxen²⁴

Considerações iniciais

Dentre as obras fundamentais que investigam as relações entre indivíduo e sociedade situa-se “A Sociedade dos Indivíduos” (1994), de autoria do sociólogo alemão Norbert Elias, que apresenta uma perspectiva de sociedade, estabelecendo um novo meio para apreciar as configurações de sociedades, indivíduos e a influência sob os aspectos dos grupos sociais, permitindo um processo de reavaliação nas teorias históricas.

Dessa forma, assimilar os aspectos que uma sociedade traz é relevante, no que diz respeito aos objetivos existentes, o que permite estabelecer novas compreensões sobre os padrões de comportamento.

Destarte, o plano de estudo de análise sobre sociedade pretendido por Norbert Elias se torna distinto, em razão do critério adotado pelo sociólogo de buscar compreender não o indivíduo em si, mas os conceitos indispensáveis de construção, equilíbrio das tensões, formações, Desse modo procurou evidenciar os meios pelos quais se perpetuam os envolvimento sociais em seus diferentes períodos, possibilitando, assim, um movimento entre a história e a sociologia.

Assim, o presente estudo, resultante de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, tem por objetivo apresentar as principais discussões da obra “A Sociedade dos Indivíduos” (1994), de Norbert Elias, buscando compreender e analisar a sociedade como um processo de seguimento em constante evolução e de progresso social, cujas atuações se perpetuam de diversas formas. Ressalta-se, por oportuno, que a sociedade está passando por grandes modificações, seja pelo avanço tecnológico, pela diversidade em todos os âmbitos, e cabe a todos se moldarem e se incluírem nessa nova era social.

Desenvolvimento

No ato de nascer, cada indivíduo é único e diferente dos demais, diante da sua constituição natural. Porém, é na sociedade que a criança se transforma num ser mais complexo. É a inserção na sociedade, baseada

20. Trabalho vinculado ao GEPELC – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Linguagens e Comunicação (Unicruz).

21. Mestranda no Programa de Pós Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – Unicruz. E-mail: etyanesoares@hotmail.com.

22. Mestrando no Programa de Pós Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – Unicruz. Membro discente do GEPELC. E-mail: pablorenanlondero@hotmail.com

23. Doutora em Letras (UFRGS). Docente e Coordenadora do Programa de Pós Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – Unicruz. 1ª Líder do GEPELC. Orientadora da pesquisa. E-mail: ctavares@unicruz.edu.br.

24. Doutora em Educação (UFRGS). Docente do Programa de Pós Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – Unicruz.. Orientadora da pesquisa E-mail: s.lauxen@unicruz.edu.br.

pela composição de pessoas, ou seja, nas relações com outros seres humanos que se transforma em pessoa desenvolvida (ELIAS, 1994).

De igual modo, a vivência social possibilita à criança, enquanto ser humano, aprender e articular a fala, bem como, através da companhia de pessoas com mais idade, a desenvolver o controle de seu instinto. É imperioso destacar que tudo depende da estrutura do grupo no qual a criança se encontra inserida, do preparo e da posição como processo formador (ELIAS, 1994).

De fato, as relações entre as pessoas, as histórias individuais de cada uma delas nunca serão exatamente idênticas, uma vez que cada indivíduo comanda sua travessia de forma singular até a morte, o que decorre dos diferentes rumos seguidos, pela moldagem e pela própria diferenciação das funções, como destaca Elias (1994).

Dessa forma, a individualização não tem como consequência a mutação do ser, e sim a concepção de um novo mundo, a mudança de posições sociais, sendo necessária a reestruturação das relações humanas. Nesse sentido:

A individualidade que o ser humano acaba por desenvolver não depende apenas de sua constituição natural, mas de todo o processo de individualização. Sem dúvida, a constituição característica da pessoa tem uma influência inerradicável em todo o seu destino. Uma criança sensível pode esperar um destino diferente do de uma menos sensível na mesma família ou sociedade. Mas esse destino, e, portanto a forma individual que o indivíduo assume lentamente ao crescer, não está traçado desde o início na natureza inata do bebê (ELIAS, 1994, p.24).

Diante desse fragmento, o autor caracteriza que existem influências na sociedade, que fazem com que as pessoas ajam de formas distintas, portanto a estrutura social interage diretamente nas escolhas e na forma de posicionamento adotado. A partir dessa premissa, é possível perceber que existe uma consciência diferente de uma criança do século XII e de outra do século XX.

Ocorre que ainda existe uma padronização, no que tange à imagem dos indivíduos, o que induz o sentir e pensar. Nesse viés, é necessário analisar as palavras de Elias (1994, p. 27):

Estou aqui, inteiramente só; todos os outros estão lá, fora de mim; e cada um deles segue seu caminho, tal como eu, com um eu interior que é seu eu verdadeiro, seu puro 'eu', e uma roupagem externa, suas relações com as outras pessoas.

Essa relação constitui a expressão histórica do indivíduo e, pelas suas relações, diante da estrutura específica em que vive, a autoconsciência, controle afetivo, renúncia e transformação dos instintos.

Também é relevante ressaltar que a relação entre indivíduo e sociedade, expressa pelos estágios de convivências, se dá pela frequência da concepção do verdadeiro "eu", isso porque se constituir em uma sociedade requer a aceitação do próximo, bem como a quebra de paradigmas, chamado de sociedade. Basicamente, é uma sensação de estar em uma cela, e do outro lado existem outras pessoas, as quais exercem o seu "eu", conforme suas estruturações perante a sociedade em que vivem (ELIAS, 1994).

Em uma visão geral, os indivíduos são obrigados a adotar um controle e muitas renunciam, a fim de que haja uma transformação de instintos e, com isso, fazem relegar suas funções, privações e olhares novos ao mundo exterior. Nesse caso, corresponde à estrutura para um processo adequado de civilização.

Considerações finais

A relevante discussão apresentada por Norbert Elias acerca dos conceitos preexistentes de sociedade transfigura-se num meio de ações mais complexas que a sua definição usual, visto que conduzem diversas formas de inter-relacionamentos.

De forma distinta, esses inter-relacionamentos e novos entrelaçamentos sociais se agrupam em famílias, clubes sociais, igrejas, etnias, escolas, universidades, partidos políticos, dentre outros, e que jamais a pessoa poderá agir individualmente, uma vez que se trata de um agrupamento social.

Dessa forma, este estudo procurou delinear os principais aspectos semânticos da obra “A Sociedade dos Indivíduos”, trabalhados por Norbert Elias, que se mostram presentes na sociedade. no que diz respeito à temporariedade e especificidade de cada indivíduo.

Neste aspecto, Elias perpassa e estabelece um novo caminho para a configuração de sociedade, cujo principal objetivo centra-se nos estudos do comportamento humano, através de suas diversas nuances, sua evolução e, principalmente, o desenvolvimento social.

Referências

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

UNICRUZ. **Manual de Normalização da Universidade de Cruz Alta**. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2018/05/Manual%20de%20normaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> . Acesso em: 28 mar. 2019.

LEI, REPÚBLICA E EDUCAÇÃO

Fernanda Gausmann Vasconcellos²⁵

Lucimara Rocha de Souza²⁶

Rafael Vieira de Mello Lopes²⁷

Considerações iniciais

A escrita em questão tem por objetivo realizar uma análise hipotético dedutiva da pesquisa qualitativa, produzida partindo de um viés bibliográfico acerca do tema e da necessidade de compreensão do papel do republicanismo na sociedade, não apenas de forma teórica, mas tendo como objeto a sua real efetivação em sociedade, seus valores e pluralismos, partindo de escritos e ensaios já feitos acerca do papel da educação e do efeito mútuo que o ideário republicano possui sobre a educação e vice versa.

Cidadania é um conceito volátil, cujo conteúdo se confunde amiúde com o da democracia. Os dois conceitos se interpenetram e dependem de tal maneira que podemos dizer que cidadania é índice da democracia e que não há democracia sem cidadãos (LAGO, 2010, p. 03). O fator emergente e constituinte dos direitos republicanos está em que pese abarcado com o processo de democratização que se tornou dominante em todo o mundo devido a Declaração Universal dos Direitos Humanos que fez da democracia um valor universal, um fator de uma equação maior que incluiriam direitos à solidariedade, à paz, ao desenvolvimento econômico, todos direitos coletivos, e é na busca pela asseguaração dos direitos públicos que o republicanismo se origina.

O dilema que cabe aos ideais republicanos é advindo do pouco tempo de maturação desses vieses dentro da cultura brasileira, é possível afirmar que nos encontramos apenas no início da caminhada, é necessário que internalizemos os conceitos já ditos de cidadania, democracia e república, trazendo-os para a nossa realidade presente e não tratando-os como uma questão longínqua e utópica.

Nesse quesito a escola como instituição, é portadora das características necessárias a incutir e construir nos indivíduos os pressupostos para a formação integral de um sujeito ativo e conhecedor das normas, mas que ainda assim esteja disposto a indagá-las, se assim for útil ao bem coletivo.

Desenvolvimento

A origem de um sistema de governo onde o chefe de Estado é eleito pelo povo para que este os represente, ocorreu durante o Império Romano, quando escritores utilizavam o termo “República” a este sistema. Embora tenha surgido com o intuito de substituir a monarquia, esta não se entende como um antagonista, visto que não são completos opostos, divergem na forma como são definidas. Enquanto a monarquia define-se por quem manda, a república é definida para quem manda. O poder está a serviço do bem comum, buscando a vantagem coletiva. (RIBEIRO, 2008, p. 9)

25. Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: fe.gausmann@outlook.com

26. Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: lucimara.rocha.souza.lrs.lrs@gmail.com

27. 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 pela URI (Santo Ângelo). E-mail: ralopes@unicruz.edu.br

O ideário republicano é baseado naquilo que se compreende da própria palavra como *res pública*, “coisa pública”, essa expressão traz consigo um montante de fundamentos cívicos de liberdade e atuação do povo na política de determinado país.

A coisa pública de que trata o conceito é o interesse coletivo de um povo voltado para o mesmo objeto – o bem comum, sendo que para sua efetivação é necessária participação coletiva nas decisões que envolvem a todos, exercendo assim a liberdade, o que seria segundo a concepção Arendtiana o exercício da cidadania. Como mediação entre a vontade coletiva e a liberdade está a lei que discute, delimita e aprimora visando a justiça e a igualdade, para isso sendo necessário abandonar a concepção personalista e patrimonialista que visa a inclinação pessoal e material-individual do homem no cenário social.

1 A educação como fator principal na República

Historicamente a educação brasileira fora controlada ora pela Igreja, ora pelo Estado português e, por fim, pelo Estado brasileiro. Durante anos, os ideais religiosos e políticos dominaram a educação no Brasil e atrasaram seu desenvolvimento, este atraso resultou em uma sociedade de baixa escolaridade e desenvolvimento social e econômico deficientes, como produtos da organização política e econômica brasileira desde o período colonial até a república.

O fantasma da educação em seus anos iniciais ainda é refletido nos dias atuais; o que se vê nitidamente é um sistema que tenta reproduzir o mesmo modelo educacional, para novas gerações, e para um sistema em que já não cabe a mesma metodologia. A escola é fator de elevada importância e interferência em todas as áreas de desenvolvimento de um país. Estamos plantando uma educação copista e cheia de lacunas, que não visa o senso crítico, uma educação voltada para produção de mão de obra e não de pensadores.

A essência de uma política escolar que se entenda republicana e democrática é de que atitudes, tanto na teórica como na prática, não podem trazer a demonstração de intenção de extinguir a democracia ou o Estado, ou propor sistemas ditatoriais. A educação republicana deve ser alicerçada nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como de autonomia, diversidade e universalidade; exemplos de ideais deficientes no comportamento humano contemporâneo. (DRESCH, 2016, p. 1)

A educação fundamentada em ideais republicanos é responsável pelo principal processo de formação humana, permite o acesso ao conhecimento, estimula a capacidade de refletir criticamente, argumentar e julgar opções para tomada de escolhas que propiciem a inserção do indivíduo na vida pública de forma participativa. Representa um processo de empoderamento do cidadão. Posto isso, destaca-se a necessidade de formação de indivíduos republicanos capazes de ocupar espaços participativos e de decisão na comunidade. (BRAYNER, 2008, p. 14 apud DRESCH, 2016, p. 1 – 2)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 205, demonstra o papel fundamental do Estado em fornecer o acesso à educação, salientando ser um direito de todos: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Relembrando o contexto de formação dos ideais republicanos, estes são inerentes à “coisa pública”, que neste viés é representada pela educação. A formação oferecida nas instituições públicas de ensino busca, constantemente, criar condições para aprimorar a república. De mesma maneira que a educação republicana tem o compromisso de disseminar para as gerações por vir os ideais republicanos, ela se vê dependente de indivíduos que continuem defendendo e alimentando tal propósito.

Ainda em análise do texto constitucional brasileiro, este traz os princípios em que o ensino deve ser ministrado nas escolas brasileiras. Segundo o artigo 206 da Constituição Federal o ensino é aplicado seguindo a:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade.

Pode-se perceber também que mesmo aquilo que representou uma grande conquista para a escola pública, não produziu os resultados almejados, isso se dá pela ausência de garantias para sua efetivação.

José Veríssimo, importante estudioso nas discussões sobre as consequências do colonialismo português e as tentativas frustradas de uma política republicana de educação no Brasil, salientou em suas pesquisas as diferenças sociais presentes no país e que estas, como produto da formação de um país originalmente preconceituoso, representariam um obstáculo a ser superado pela República para que o país fosse inserido na ordem moderna, o que ele entendia como civilização (cultura), mas que seria alcançada somente através de um projeto de nível nacional onde todos os brasileiros fossem incluídos. (ARAÚJO, 2010, p. 305)

Considerações finais

Para que ocorra o processo educacional é preciso um ambiente adequado a ele, o que não é visível na maioria das escolas do país, há uma série de fatores que impedem a educação republicana que é dita em teoria, mas não efetivada na realidade diária.

A escola como uma instituição social, portadora do *locus privilegiado*, não se separa das questões sociais da desigualdade e do preconceito latente. Nas palavras de Rousseau (*Sur L economie e politique*, 1755, p. 22): “a pátria não subsiste sem liberdade, nem a liberdade sem a virtude, nem a virtude sem os cidadãos (...) Ora, formar cidadãos não é questão de dias, e para tê-los adultos é preciso educá-los desde crianças”. Assim, uma educação precária não forma cidadão atuantes, que por sua vez não atuam de maneira a modificar o sistema que os forma. A República é, pois, o Estado educador por excelência - e é no governo republicano, afirma Montesquieu, que necessitamos de toda a *puissance* (poder) da educação. (BENEVIDES, 1996)

Embora a atual Constituição tenha representado um avanço no âmbito das políticas educativas, ainda são notórios os limites que a educação brasileira enfrenta, sejam eles de acesso, financiamento da atividade educacional, divergências no campo das metodologias educacionais e, principalmente, relativo à valorização

dos docentes. Dessa forma, para que uma nação possa se erguer de forma sólida, e que possa desenvolver no contexto mais amplo o desenvolvimento social, passa necessariamente pela educação.

Referências

ARAÚJO, Sônia Maria da Silva. **Educação republicana sob a ótica de José Veríssimo**. Educar em Revista, Curitiba, n. 2, p. 303 – 318, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/er/nspe2/19.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia**. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451996000200011&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 205. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_205_.asp>. Acesso em: 01 abr. 2019.

DAGIOS, Magnus. **Celso Lafer e a reconstrução dos direitos humanos**. [2010?]. Disponível em: <[file:///C:/Users/Lucimara%20RS/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/6925-24106-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lucimara%20RS/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/6925-24106-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.

DRESCH, Óberson Isac. **A educação escolar num contexto republicano e democrático**. 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/fegau/Downloads/6985-1-30243-1-10-20160921.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

LAGO, Paulo Cesar do. **Republicanismo e participação cidadã**. [2011?]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7847>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MARICATO, Carla Andrade. **Republicanismo**. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11467/10203>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008. PDF. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/46023884/renato-janine-ribeiro-a-republica-pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Tratado sobre economia e política**. 1755. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/tratado-sobre-economia-politica.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Giovana de Bortoli²⁸

Maria Aparecida Ritter Antunes²⁹

Marcelo Cacinotti Costa³⁰

Considerações iniciais

O presente resumo tem por objetivo apresentar deveres e consequências da Responsabilidade Profissional dos Advogados, onde em determinado momento e em algumas situações, poderá ser atribuído o dever de reparar os danos por estes causados no exercício da sua função. O advogado é indispensável, inviolável e essencial à administração da Justiça. Portanto, presume-se que o advogado é um profissional ético, responsável, conhecedor de seu ofício com suporte técnico suficiente para prestar o serviço a que se propõe.

A responsabilidade civil é hoje um dos temas jurídicos mais debatidos no âmbito judicial, ensejando diversas reflexões. É nesse cenário que se a responsabilidade civil do advogado se apresenta trazendo uma série de contradições.

Incontestavelmente é exigível, cada vez mais, dos advogados uma postura ética, condizente com as premissas contidas na Lei nº 8.906, de 04.07.94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e, por consequência, todos os profissionais que se distanciarem das premissas éticas poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos que acarretarem aos seus clientes, isso sem adentrar na responsabilidade administrativa e criminal a que estão sujeitos.

O exercício da advocacia requer constante eficiência, estudo e vigilância, daí a importância da conscientização do profissional do seu *mínus* público diretamente relacionado à distribuição da justiça e do exercício da cidadania. O desvio e a ausência de responsabilidade profissional que acarretarem danos a terceiros certamente poderá ensejar pedido de reparação.

Desenvolvimento

Quando um profissional dirige seu trabalho pautado pela ética, pela fiel observância das boas práticas, torna-se evidente que o resultado se direciona para a valorização profissional e consequentemente para uma atuação de sucesso.

Dentro da ética profissional, definida pelo conjunto de normas éticas que formam a consciência do profissional e representam imperativos de sua conduta. Ser ético é observar os padrões estabelecidos nas normas e costumes do seu grupo de trabalho e da sociedade. O Código de Ética determina as atividades e os

28. Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Integrante do Projeto de Estudos “Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais” –UNICRUZ. Contato: giovana_debortoli@hotmail.com

29. Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta(UNICRUZ). Pesquisadora voluntária do PIBIC intitulado “A Condição Sociocultural da Mulher e a nova lei do Feminicídio”, 2018/2019 – UNICRUZ. Integrante do Projeto de Estudos “Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais” –UNICRUZ. Pesquisadora voluntária do Laboratório de Ensino, Pesquisa e Extensão “Sorge Lebens”, 2018/2019 –UNICRUZ. E-mail: cida_riter@hotmail.com

30. Professor orientador: Doutor e Mestre em Direito. Advogado e Professor universitário. Contato: mcccacinotti@hotmail.com

deveres de cada profissão, dentro das suas particularidades, sendo algumas delas universalizadas perante a responsabilidade profissional em todos os círculos, no exercício do seu trabalho, onde esta tem sido cada vez mais exigida. O Código de Ética é elaborado pelos Conselhos, que representam e fiscalizam o exercício da profissão.

Algumas profissões se definem amplamente nos resultados, onde estes, tem por objetivo a realização de uma atividade que visa obter um efeito claro e definido, enquanto outras, pela obrigação de meio ou de diligência, onde no contexto desta obrigação, é esperado que o devedor se utilize de prudência e todo cuidado possível para que o resultado esperado contratado seja alcançado. É praticamente impossível formular um sistema geral para equacionar os problemas da responsabilidade profissional, haja vista a existência de muitas particularidades nas diversas profissões existentes.

A responsabilidade civil cada vez mais está presente nas relações cotidianas de nossa sociedade. Todo profissional que assume a obrigação de prestar um serviço ao seu cliente pode vir a ser acionado judicialmente acerca da tarefa realizada, independentemente da área que tal tarefa venha a abranger.

Com o profissional da advocacia não é diferente; todo advogado deve manter uma série de procedimentos adequados e ordenados para um bom desempenho de suas funções no que concerne a prática jurídica na representação de seu cliente.

Quanto à responsabilidade civil do advogado não há dúvidas sobre seu caráter contratual, decorrente de mandato/procuração. Tal mandato vincula o advogado a obrigação de dedicar-se ao máximo, usando de todos os recursos cabíveis e disponíveis ao seu alcance para a representação dos interesses de seu cliente, vindo a alcançar-lhe todo e qualquer ganho advindo de reclamatória proposta em seu nome. Observado todos os requisitos necessários para a realização da tarefa adquirida, não podendo o advogado prometer resultado garantido, não há que se falar em responsabilidade civil por parte do profissional.

A convenção entre o cliente e o profissional do direito implica obrigação de meio e não de fim ou resultado, no qual o procurador se compromete a dedicar-se com afinco à causa contratada, se esforçando com a finalidade de alcançar a vitória desejada, sem, no entanto, se vincular efetivamente com o resultado.

A natureza jurídica do mandato é contratual, consensual, bilateral, não solene, personalíssimo e, em regra gratuito. A pessoa que recebe os poderes estabelecidos no mandato é o mandatário ou procurador, quem delega é o mandante.

As obrigações principais do mandatário, oriundas do próprio contrato, são de agir em nome do mandante com cautela e atenção, repassando-lhe as vantagens que obtiver em seu nome e, no final de sua gestão, prestar contas dos atos praticados. Com efeito, o advogado tem a obrigação de utilizar todos os meios de defesa e os recursos, previstos em lei, que sejam cabíveis e convenientes aos interesses do cliente.

A responsabilidade civil do advogado decorre da culpa e tem fundamento na responsabilidade civil subjetiva. A ideia de responsabilidade civil está intimamente relacionada à origem da palavra, do latim *respondere*; decorre da necessidade de que alguém, que tenha violado regras sociais, responda por seus atos e consequências.

A teoria subjetiva preconiza que o elemento culpa constitui, em regra, um dos pressupostos necessários para a responsabilidade civil. Em nosso Código Civil, podemos depreendê-la da leitura do artigo

186: Em suma, responsabilidade é a consequência pelo não cumprimento de uma obrigação decorrente da lei ou assumida em negócio jurídico, que gerou danos a patrimônio de outrem. É a criação de um vínculo jurídico decorrente de um ato danoso, cuja obrigação é a de reparar os danos causados. A responsabilidade civil do advogado exige que se comprove a efetiva culpa, quando no exercício da profissão, para que se pretenda qualquer tipo de ressarcimento originado de sua conduta. Em razão da sua obrigação ser de meio e não de resultado, deve ter ele a garantia de estar isento de responsabilidade no caso de ter procedido com todo o cuidado, diligência e competência.

A atividade da advocacia encontra-se regida pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Em seu artigo 32, estabelece que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa, e impôs, no artigo 33, a observância obrigatória aos preceitos estabelecidos no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, cujos deveres estão capitulados no artigo 2º, parágrafo único.

Várias são as possíveis causas em que a conduta do advogado pode ensejar responsabilidade, todas devidamente discriminadas na Lei 8.906/94, principal lei que norteia a conduta do advogado. Entre eles estão: “a) pelo erro de direito; b) pelo erro de fato; c) pelas omissões de providências necessárias para ressaltar direitos do seu constituinte; d) pela perda de prazo; e) pela desobediência às instruções do constituinte; f) pelos pareceres que der contrário à lei, à jurisprudência e à doutrina; g) pela omissão de conselho; h) pela violação de segredo profissional; i) pelo dano causado a terceiro; j) pelo fato de não representar o constituinte, para evitar-lhe, durante os dez dias seguintes à notificação de sua renúncia ao mandato judicial (CPC, art. 45); k) pela circunstância de ter feito publicações desnecessárias sobre alegações forenses ou relativas a causas pendentes; l) por ter servido de testemunha nos casos arrolados no art. 7º, XIX, da Lei 8.906/94; m) por reter ou extraviar autos que se encontravam em seu poder; n) pela violação ao disposto no art. 34, XV, XX, XXI, da Lei 8.906/94.”

Porém, a responsabilidade civil dos advogados não é somente apurada com base no Código de Ética, pois nos seus mais diversos aspectos, está submetida a diversos preceitos, oriundos da Constituição Federal (art. 133) e do Código Civil (art. 927 c/c art. 186). Assim tratam os artigos mencionados: Art. 133, CF. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei; Art. 186, CCB: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; Art. 927, CCB: Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar O dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Estatuto da Advocacia em seu Art. 34. “Constitui infração disciplinar:” O caput do art. 34 inaugura os itens que serão considerados infrações disciplinares no exercício da advocacia. Em qualquer profissão, ou mesmo no convívio social existem regras de conduta, morais, éticas e jurídicas. Destarte a advocacia, não poderia se diferenciar, pois o descumprimento de determinadas regras caberá sanção, estas disciplinadas por este Estatuto e, também, pelo Código de Ética e Disciplina da OAB, dispondo sobre as infrações a que os profissionais da advocacia são acionados judicialmente, pois estes dispositivos tratam sobre a prestação de

contas, à interposição em nome de seu cliente de ações diversas a que forma contratados, e a locupletação às custas do mesmo.

Todas as causas apresentadas até o momento referem-se ao profissional liberal, ao profissional autônomo, mas também cabem ao profissional da advocacia empregado e as sociedades, restando diversas somente as sanções aplicadas a cada caso. Há uma enorme gama de motivos e resultados que podem vir a ser decisivos no ingresso de uma ação de responsabilidade civil, seja ela em qual área for, mas o que devemos observar como futuros operadores do Direito é que uma tarefa bem coordenada e realizada com total zelo e dedicação jamais será alvo de tal ação, pois o trabalho bem realizado é o diferencial em nosso meio de atuação.

Portanto, a responsabilidade do advogado é realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado. O profissional do Direito deve, em cooperação com seu cliente, alcançar a finalidade do contrato ou o melhor resultado possível, dentro do contexto da questão.

Ao cliente cumpre entregar ao advogado toda a documentação útil á demanda, prestar os esclarecimentos necessários, apontar e identificar testemunhas do fato, descrever detalhes, etc. Ao advogado, cumpre, por sua vez, reunir tudo isso, elaborar a peça processual adequada, apresentá-la no prazo perante o órgão a que se destina, prestar contas ao cliente, entre tantas outras.

Considerações finais

No que concerne a responsabilidade civil do profissional da advocacia, podemos verificar que muitos são os dispositivos a serem observados no decorrer de uma tarefa, estando ela emaranhada totalmente a forma como o profissional desempenha suas atividades.

A Responsabilidade Civil do Advogado está intrinsecamente relacionada à liberdade com que desempenha seu ofício. Além disso, há elevação da atividade advocatícia ao plano constitucional, declarando o advogado como indispensável à administração da Justiça. Dentro desse quadro, impõe-se, mais do que nunca, ter plena ciência dos riscos contidos no exercício da profissão para poder melhor evitá-los.

Não se pode olvidar, também, que a atuação do advogado está enquadrada na teoria da responsabilidade subjetiva (aquiliana), exigindo, portanto, para àquele que se sentir prejudicado, além do ônus de provar a existência do dano e o nexo de causalidade a prova do agir culposo do profissional, situação muito mais gravosa do que se fosse regulada pela teoria objetiva, independentemente da prova da culpa.

O bom advogado deve sempre estar atento às infrações aos seus deveres de aconselhamento, no caso dos pareceres, e aos deveres de diligência e prudência. Sem falar, na observação dos padrões de ética. Contudo, não se pode deixar de falar nas causas de exclusão da responsabilidade civil, que podem ser oriundas da influência dos fatores externos, ou da ausência do nexo de causalidade.

Também, é possível observar a amplitude da legislação aplicável ao tema, o que assegura um amplo respaldo legal para o cliente prejudicado. É importante que os advogados despertem para a questão da responsabilidade e dos seus efeitos civis, sem esquecer que o exercício da advocacia é uma atividade de caráter pública que envolve série de responsabilidades inerentes à distribuição da cidadania e da justiça.

Referências

DONI JÚNIOR, Geraldo. **Responsabilidade Civil do Advogado e a Ética no Exercício da Profissão**. Curitiba: Juruá, 2003.

VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7935. Acesso em: 28 março. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6.ed. atual.ampl. São Paulo: Saraiva,1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

A TEORIA CRÍTICA E A EDUCAÇÃO COMO EMANCIPAÇÃO EM ADORNO

Jonathan Jungues³¹

Everton Silveira³²

Tiago Anderson Brutti³³

Considerações iniciais

O racionalismo clássico, que constitui o arcabouço da filosofia moderna, fundado na premissa do “cogito” cartesiano, caracteriza a razão humana como a fonte última do conhecimento. Acessíveis por intermédio de processos metodologicamente conduzidos pelo sujeito do conhecimento, as “verdades” do mundo, por essa perspectiva, são extraídas pela razão a partir dos métodos próprios das ditas ciências da natureza.

A Escola de Frankfurt ou a teoria crítica da sociedade, como é habitualmente conhecida, contrapõe-se à teoria tradicional de sentido cartesiano. Assim, a teoria crítica, com a sua primeira geração - Adorno, Horkheimer e Benjamin - buscou retomar a filosofia de Marx para desenvolver uma teoria crítica contemporânea da cultura, da sociedade e da ciência, tendo encontrado na educação um importante mecanismo de esclarecimento.

A teoria crítica, por essa compreensão, concebe que a educação deve ser emancipadora. De acordo com Adorno, o principal propósito da educação é transformar os indivíduos em senhores de si mesmo. O filósofo contraria, pois, a ideia de uma razão pragmática, que poderia acabar alienando e moldando os sujeitos a um projeto político totalitário, tal como ocorreu na Alemanha sob o regime nazista. Nesse sentido, a educação deve constituir um espaço para estimular a reflexão e a autonomia. Por meio dela, os sujeitos poderão se esclarecer acerca de seu papel na sociedade e das possibilidades de transformar o mundo.

Desenvolvimento

1 A Escola de Frankfurt, a teoria crítica e a educação

A Escola de Frankfurt surgiu a partir do Instituto de Pesquisa Social fundado em Frankfurt por Felix Weil em 1923. Sob a direção de Max Horkheimer, o Instituto passou a ser conhecido como produtor e difusor da teoria crítica da sociedade. Seus principais integrantes foram Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Leo Löwenthal e Erich Fromm, dentre outros. Jürgen Habermas e Axel Honneth, ainda vivos, também estão entre os ilustres pensadores dessa Escola. O objetivo do Instituto, em um primeiro

31. Licenciado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Bolsista no PIBIC/CNPq “Circunstâncias e repercussões da perspectiva da pós-modernidade nas dimensões da tecnologia, da cibercultura e do ciberespaço”. Contato: jonathanjungues@yahoo.com.br

32. Acadêmico do Curso de Ciências Contábeis da Universidade de Cruz Alta. Contato: evertonsilveira90@hotmail.com

33. Doutor em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-doutor em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Coordenador do PIB PIBIC/CNPq “Circunstâncias e repercussões da perspectiva da pós-modernidade nas dimensões da tecnologia, da cibercultura e do ciberespaço”. Professor no Curso de Direito e no PPG em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta. Contato: tbrutti@unicruz.edu.br

momento, foi retomar a filosofia de Marx no intuito de desenvolver uma teoria crítica da sociedade, refletindo sobre suas configurações, fosse na dimensão cultural fosse no âmbito social.

A teoria crítica tratou de problemas reais da sociedade, envolvendo, para tanto, diferentes disciplinas do conhecimento humano. Compreende-se a teoria crítica como uma reflexão sobre a cultura contemporânea, dominada pela ideologia capitalista, e acerca da racionalidade instrumental, corolário do modelo clássico do racionalismo moderno, para o qual a utilização de métodos eficazes produziriam um saber científico destinado à dominação da natureza e do próprio humano. Nesse sentido, a razão instrumental se tornou um valor operacional, um critério, utilizando, desse modo, a própria ciência como um instrumento de poder e de dominação (HORKHEIMER, 2002).

O comportamento crítico pressupõe que os indivíduos não aceitem como naturais os empecilhos que se colocam frente ao seu cotidiano na vida e no trabalho em sociedade. O sujeito, dessa forma, busca não se conformar com a situação objetiva que lhe é proposta como incontornável ou imposta. O sujeito passa a questionar com frequência, avaliando e trabalhando para que o objeto, por assim dizer, seja transformado.

Wolkmer, ao conceituar a teoria crítica, a considera como um instrumento pedagógico para a tomada de consciência. Buscando desmitificar os processos que excluem uma perspectiva transformadora, antidogmática e reflexiva, o autor escreve:

[...] pode-se conceituar teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora (WOLKMER, 2001, p. 4).

Ao considerar a importância da teoria crítica no processo de emancipação do indivíduo, Wolkmer destaca que seu papel é demonstrar até que ponto estamos sendo coisificados e determinados pelos processos históricos, uma vez que tal situação normalmente é concebida como inerente aos sujeitos:

A teoria crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelo determinismo histórico-natural, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. Em um primeiro momento, os agentes acreditam que estão agindo de um modo livre e intencional ao aceitarem a representação de seu imaginário social; entretanto, é com a teoria crítica que adquirem a auto-reflexão, que dissolvem as falsas legitimações e as pseudo-objetividades (WOLKMER, 2001, p. 11).

Kant (1985), no texto clássico “Resposta à pergunta: o que é o esclarecimento?”, compreende o esclarecimento como a saída do homem de sua menoridade. A menoridade é aqui entendida como a falta de competência do homem em pensar por conta própria, em outras palavras, é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. Nesse sentido, o homem é o próprio culpado de sua condição, desde que essa não repouse sobre sua falta de conhecimento, mas, sim, em sua falta de coragem e de decisão para sair desta condição de menoridade e ir em direção à liberdade e ao esclarecimento. Para Kant, o lema do esclarecimento é ter a coragem de fazer uso de seu próprio entendimento.

Nesta esteira, de acordo com o pensamento de Adorno e Horkheimer (2006), particularmente expresso no livro “Dialética do esclarecimento”, o esclarecimento, tem como objetivo livrar os homens do

medo e investi-los na posição de senhores de si mesmos. O esclarecimento é o pensamento da autoconsciência, da posição reflexiva na expectativa da desmitificação das imposições dos mecanismos socioculturais, os quais, por sua vez, acabam por massificar os indivíduos, anulando-os face ao aparelhamento técnico e o controle social.

Neste sentido, a “indústria cultural” surge como uma expressão, referida por Adorno e Horkheimer, voltada a descrever os processos de massificação e de progressiva propaganda ideológica forjados para alienar e moldar a consciência humana em favor do progresso da comercialização, setor que se beneficia com a banalização dos bens culturais: “A indústria cultural mostra a regressão do esclarecimento à ideologia, que encontra no cinema e no rádio sua expressão mais influente. O esclarecimento consiste aí, sobretudo, no cálculo da eficácia e na técnica de produção e difusão” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 15).

Adorno (1995), no livro “Educação e emancipação”, entende que a cultura da sociedade capitalista impõe um mecanismo de construção da heteronomia, isto é, as pessoas não conseguem viver, na atual conjuntura social, de acordo com suas próprias determinações, isto porque a sociedade capitalista as massifica, o que em última instância significa que o sistema capitalista reproduz determinações a partir de canais e instâncias mediadoras. Neste contexto, os sujeitos normalmente apenas aceitam as configurações pré-estabelecidas.

Desse modo, unicamente a partir de uma educação emancipadora é que se poderia livrar os homens, por assim dizer, dos infortúnios produzidos pelo sistema. Adorno (1995) advoga por um projeto pedagógico que consiga libertar da opressão e da massificação. Uma educação emancipadora em todos os planos da vida corresponde, nesse sentido, a uma educação voltada para a resistência.

O filósofo defende que a educação não deve constituir um instrumento disciplinador de condutas a partir da repressão. Em sua compreensão, o extremismo pragmático disfarçado mediante as exigências de autoridade e de disciplina embrutece e cega criando uma massa de manipulação e não uma nação livre e crítica. Em relação a severidade, Adorno (1995) destaca que ela pode gerar revolta e um afastamento dos espaços de ensino:

[...] educação baseada na força e voltada à disciplina [...] essa ideia educacional da severidade, em que irrefletidamente muitos podem até acreditar, é totalmente equivocada. A ideia de que a virilidade consiste num grau máximo da capacidade de suportar dor de há muito se converteu em fachada de um masoquismo que - como mostrou a psicologia - se identifica com muita facilidade ao sadismo. O elogiado objetivo de “ser duro” de uma tal educação significa indiferença contra a dor em geral [...] quem é severo consigo mesmo adquire o direito de ser severo também com os outros, vingando-se da dor cujas manifestações precisou ocultar e reprimir (1995, p.127-128).

A perspectiva sadomasoquista que ainda impera em alguns mecanismos da educação traz a ideia de que aquilo que funcionou comigo poderá também servir ao outro. Tal sentimento, alimentado por frustrações e pela repressão, acaba cegando o indivíduo a ponto de ele se tornar um fantoche dessa ideia e um difusor irresponsável dessa percepção. Desse modo, o indivíduo, por assim dizer, prostitui seus próprios pensamentos para satisfazer o mecanismo que o trouxe até aqui, não importando que as circunstâncias de sua criação e de seu crescimento sejam apenas uma entre tantas outras possíveis. O sadomasoquismo na educação robotiza os pensamentos e doutrina os estudantes como se eles fossem macacos de um circo.

Conforme Adorno (1995), faz-se necessário desenvolver o pensamento crítico e promover a emancipação. Ocorre que, no lugar da emancipação, muitos mecanismos observados atualmente nas instituições de ensino fragilizam o empoderamento dos indivíduos, tornando-os tona vulneráveis a decisões que sabotam a emancipação:

[...] o que é peculiar no problema da emancipação, na medida em que esteja efetivamente centrado no complexo pedagógico, é que mesmo na literatura pedagógica não se encontre esta tomada de posição decisiva pela educação para a emancipação, como seria de se pressupor - o que constitui algo verdadeiramente assustador e muito nítido [...] Mas, no lugar de emancipação, encontramos um conceito guarnecido nos termos de uma ontologia existencial de autoridade, de compromisso, ou outras abominações que sabotam o conceito de emancipação atuando assim não só de modo implícito, mas explicitamente contra os pressupostos de uma democracia (ADORNO, 1995, p. 172-173).

Assim, ressalta-se que um dos problemas no tocante à falta de efetividade pedagógica consiste em que a educação acaba por oprimir os indivíduos mais do que formar pessoas capacitadas e donas de seu próprio destino. Em outras palavras, em vez de formar indivíduos autônomos, os processos educacionais muitas vezes automatizam os estudantes com seus mecanismos de formação.

Considerações finais

Diante do exposto, concluiu-se que a Escola de Frankfurt ou a teoria crítica buscam promover uma reflexão crítica sobre a cultura e as configurações da sociedade contemporânea. As sociedades atuais, em geral, são dominadas pela ideologia capitalista e pela racionalidade instrumental. A teoria crítica, nessas circunstâncias, procura desmitificar essa forma de racionalidade e os modelos de produção incitando os indivíduos a se tornarem conscientes, livres e reflexivos, a fim de que transformem a sociedade e o modo como vivem.

O problema da educação está no fato de ela ter se afastado de seu objetivo essencial, qual seja, o de promover o conhecimento e a capacidade de reflexão. A escola, assim, transformou-se num simples instrumento a serviço da indústria cultural e das demandas dos mercados. A educação, na perspectiva crítica, deve promover simultaneamente a autonomia, a racionalidade e a possibilidade de ir além da mera adaptação, chegando-se à emancipação. Adorno, em seus escritos, busca demonstrar a urgência em se desenvolver uma educação emancipadora que evite o surgimento de novas barbáries, tais como as que ocorreram ao longo das duas guerras mundiais do século XX.

Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Immanuel Kant**: textos seletos. Petrópolis: Vozes, 1985.

INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS: a possível alteração no novo Código de Processo Penal³⁴

Kelly Jenifer Gonçalves Wendland³⁵

Carla Rosane da Silva Tavares Alves³⁶

Codireções Iniciais

No Tribunal do Júri, os jurados constituem o Conselho de Sentença. Eles realizam um papel de extrema importância, tendo em vista que ouvem os argumentos da acusação e da defesa e, assim, devem tomar uma decisão, a qual mudará a vida do acusado. Atualmente, no Brasil, é aplicado o princípio da incomunicabilidade dos jurados, o que é amparado pela legislação. Nesse sentido, a presente pesquisa indaga: a possibilidade de ocorrer alteração, no que diz respeito à incomunicabilidade dos jurados, através da entrada em vigor do Novo Código de Processo Penal trará maiores benefícios ou prejuízos para as decisões frente ao Tribunal do Júri?

O objetivo geral do presente texto é realizar uma discussão e análise comparada acerca da possível alteração do princípio da incomunicabilidade dos jurados, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, tendo como ponto de partida a legislação vigente.

Pode-se dizer, preliminarmente, que a alteração no princípio da incomunicabilidade dos jurados traria prejuízos nas decisões do Conselho de Sentença, uma vez que a votação de um jurado poderia influenciar o voto de outro e, com o intuito de verificar a possibilidade dos benefícios que a comunicação entre os jurados traria, se ocorresse a alteração no princípio da incomunicabilidade, resgata-se a experiência americana, na qual os jurados deliberam o tempo necessário até chegar a um veredito, o que demonstra que nem sempre a deliberação poderia prejudicar o acusado.

Um aspecto pessoal na escolha do tema foi o que também levou a autora deste trabalho à escolha do curso de Direito, a partir de uma conversa com uma jurada, e também em virtude do estágio realizado na Defensoria Pública, onde se defende o direito de quem não possui condições de arcar com advogado particular, e também pelo motivo de que esta pesquisa visa auxiliar com as questões sociais aplicadas, tendo em vista que a autorização do diálogo entre os jurados, antes da votação, poderá ser um fator de influência para os outros em suas votações, e levar à condenação de inocente.

O presente trabalho pretende contribuir com o avanço das discussões nessa temática constituindo-se em incentivo a novas pesquisas acerca de como é o Código de Processo Penal atual e como a entrada em vigor de um novo Código afetaria a todos.

Para a realização desta pesquisa, metodologicamente, recorreu-se ao procedimento comparativo, tendo em vista que ao analisar o projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, automaticamente, ocorre uma comparação com o Código atual, sendo utilizada uma pesquisa bibliográfica, qualitativa pelo método

34. Trabalho vinculado ao GEPELC – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Linguagens e Comunicação (Unicruz).

35. Autora do resumo expandido. Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta. Membro discente do GEPELC.
E-mail: kj.goncalves@hotmail.com.

36. Doutora em Letras (UFRGS). Docente da Universidade de Cruz Alta. 1ª Líder do GEPELC. Orientadora da pesquisa.
E-mail: ctavares@unicruz.edu.br.

hipotético-dedutivo com caráter exploratório, pois tem o intuito de buscar uma possibilidade de veracidade em sua conclusão. Assim, este texto sintetiza o Trabalho de Conclusão de Curso - TCC - desta autora, que se encontra em fase de construção.

Desenvolvimento

O Tribunal do Júri está previsto no do Art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988³⁷. No júri, são julgados somente os crimes dolosos, ou seja, quando há intenção, e são os crimes contra a vida, sejam tentados ou consumados (LEAL, 2001, p.31).

O papel dos jurados, no Tribunal do Júri, é analisar os argumentos da acusação e da defesa, e assim tomar uma decisão. Nas sessões de julgamento devem ter vinte e cinco jurados, sendo no mínimo quinze, dentre os quais apenas sete são sorteados para participar como juízes leigos, nesse sentido, Lopes Junior (2017, p. 821) menciona:

Na estrutura brasileira, o Tribunal do Júri é composto por um juiz togado, ou seja, um juiz de direito ou juiz federal, que presidirá os trabalhos, e mais 25 (vinte e cinco jurados) que participarão das sessões. Desses 25 jurados, serão sorteados, em cada julgamento, 7 pessoas para constituir o conselho de sentença, estando os demais dispensados pelo juiz presidente após a escolha.

Uma vez sorteados os jurados, não podem se comunicar entre si e com outrem, bem como manifestar sua opinião sobre o assunto do júri no qual estão compondo o Conselho de Sentença. A respeito disso, Nassif (1997, p. 65), explica:

Na mesma oportunidade os jurados serão advertidos sobre sua incomunicabilidade em relação às pessoas estranhas ao julgamento, o contato com as que atuarão e entre si, não poderá resultar em debate sobre a matéria a ser decidida (fato, processo, etc.).

Se for violada a comunicabilidade, o jurado sofrerá uma penalidade, sendo a exclusão do Conselho e o pagamento de uma multa, consoante o artigo 436 §2º do Código de Processo Penal, 466 §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal³⁸, além de ser certificada pelo Oficial de Justiça, nos autos. Tanto é que, durante o funcionamento do júri em questão, os jurados podem se dirigir ao juiz caso tenham alguma dúvida.

Se a sessão perdurar por mais dias, deverá se ter o extremo cuidado em relação à comunicação entre eles, bem como em relação a terceiros, uma vez que é expressamente vedada a comunicabilidade acerca do julgamento do qual estão participando, pois são eles que vão decidir a culpa ou inocência do acusado.

37. 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: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

38. Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes nos arts. 448 e 449 deste Código. §1º. O juiz presidente também advertirá os jurados, de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar a sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2º do art. 436 deste Código. §2º. A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Para a votação, são distribuídas cédulas com a palavra “sim”, e com a palavra “não”. Após a leitura dos quesitos pelo magistrado, os votos serão depositados em uma urna, que será conduzida pelo Oficial de Justiça, e outra recolherá os votos restantes para evitar a quebra do sigilo de votação (NASSIF, 1997, p.78).

Está tramitando, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei número 156/2009 do Senado, o qual é o Projeto de Lei número 8045/2010 na Câmara, que visa reformar o Código de Processo Penal atual, sendo autor do atual projeto o Senador José Sarney, que apresentou a proposta em 22/12/2010. O ponto em discussão sobre o qual versa o presente projeto é acerca da possibilidade da alteração no princípio da incomunicabilidade dos jurados, permitindo que possam deliberar entre si, durante uma hora antes da votação, segundo o art. 398 do Projeto de Lei 8045/2010³⁹.

Esse princípio, em conformidade com o que já foi mencionado, está previsto na Constituição Federal de 1988, como forma expressa de que não pode haver a comunicação dos jurados acerca do júri, e com os jurados do Conselho que estão compondo.

O Código de Processo Penal de 1941 expressa a questão da incomunicabilidade, sobre o que Bender, (2017, [s.p.]), diz:

Veja-se que o sistema baseado no sigilo de votações e voto de consciência, sem comunicação entre jurados, perdura há quase um século no sistema judiciário brasileiro. Já havia sido adotado e, em 1941, foi expresso no Código de Processo Penal. Mesmo que alguns façam diversas ponderações sobre a ideologia vigente na época, não se pode perder de vista que em 1946 a Constituição manteve o Júri, nos mesmos moldes, sendo o que se seguiu até 1988 e os dias atuais.

Em contrapartida, nos Estados Unidos existe a comunicação dos jurados antes de realizar a votação, pois juntos deliberam sobre o veredito. Nesse sentido poderia se pensar em benefícios no Brasil, pois nem sempre a deliberação poderia prejudicar o acusado.

Porém, já é possível, mesmo que preliminarmente, dizer que permitir a comunicabilidade dos jurados vai ferir a norma constitucional do Art. 5º, XXXVIII, b, bem como o que já está previsto no Art. 466 §§ 1º do Código de Processo Penal, e desnaturar o Tribunal do Júri, bem como afastar o jurado de sua própria consciência.

Assim, a alteração na incomunicabilidade dos jurados iria, conseqüentemente, alterar algo que já tem uma história, que é tradicional, além de ser um princípio, o que demonstra que é extremamente relevante para todos.

Considerações Finais

Através da análise entre o Código de Processo Penal e o Projeto Lei acerca da possível alteração no princípio da incomunicabilidade dos jurados, pode se dizer que essa mudança traria prejuízos para o Brasil, tendo em vista que o próprio fato de cada um possuir uma visão de mundo, inclusive, com conceitos pré-concebidos, ou ainda um entendimento equivocado acerca de determinados temas (como por exemplo, o

39. Art. 398. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até 1 (uma) hora, a fim de deliberarem sobre a votação. Parágrafo único. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que todos se retirem, permanecendo no recinto somente os jurados.

não conhecimento sobre a presunção de inocência) pode ser um fator que o leve a desejar, de imediato, a condenação do acusado.

Ademais, a possibilidade da comunicação, poderia ser fundamental para um jurado instigar os outros membros do Júri a pensarem da mesma forma, os quais talvez não pensassem em condenação, ou ainda não tivessem certeza, se realmente o acusado era culpado, mas, com a possibilidade de comunicação, poderiam ser influenciados a tal votação.

Embora exista a comunicabilidade em outros países, a referida alteração, no Brasil, seria inconstitucional e, conforme observado, o Tribunal do Júri mantém sua tradição nessa forma e tal alteração estaria prejudicando a vida do acusado, uma vez que, através das influências nas votações dos jurados, poderia ser condenado inocentemente, e se for para a prisão, lá encontrará uma realidade totalmente diferente, onde poderá ser influenciado também pelos outros apenados e, quando sair, realmente cometer algum crime.

Diante dos argumentos apresentados, é notório que a alteração desse princípio traria prejuízo às decisões, pois, embora exista a comunicabilidade em outros países, a alteração, no Brasil, seria inconstitucional e, conforme observado, o Tribunal do Júri sempre foi dessa forma e tal alteração estaria prejudicando os próprios jurados e a vida do réu, no processo.

Referências

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

_____. **Código de Processo Penal (1941)**. BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1941.

_____. **Projeto Lei número 8045/2010**. Disponível em <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acessado em 22 Set. 2018.

BENDER, Heitor Luiz. **O Tribunal do Júri e o projeto do novo Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em <<https://www.meuadvogado.com.br/entenda/o-tribunal-do-juri-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal-brasileiro.html>> Acessado em 22 Set. 2018.

LEAL, Saulo Brum. **Júri popular**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

A (IN) EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS NA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA

Leonardo Mroginski Teixeira⁴⁰

Pablo Rodolfo Nascimento Homercher⁴¹

Considerações iniciais

Este trabalho objetiva discorrer sobre a efetividade da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em face ao pleito de alimentos gravídicos, mormente ante a dificuldade na comprovação dos requisitos essenciais para o deferimento do pleito antecipatório. Buscou-se analisar casos concretos a partir de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A presente pesquisa classifica-se quanto à abordagem dedutiva e segundo o procedimento técnico como bibliográfica. Para realização da revisão, pesquisou-se em livros doutrinários e na jurisprudência do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul, sendo selecionados alguns julgados, os quais foram analisados e utilizados na construção deste trabalho.

Desenvolvimento

A anteceder a análise sobre a (in)eficácia da tutela provisória nas demandas de alimentos gravídicos, faz-se necessário apresentar o *caminho* processual explicado por Montenegro Filho (2016):

O processo é formado quando a petição inicial é protocolada (art. 312), ato seguido da designação da audiência de conciliação ou de mediação e da citação do réu, que pode apresentar contestação, se a auto composição não for obtida, atos sucedidos pelo saneamento do processo (art. 357) e pela designação da audiência de instrução e julgamento, na qual as provas orais são produzidas, autorizando a prolação da sentença pelo magistrado.

Este caminho processual representa a regra, não sendo percorrido num único dia, sequer numa única semana ou num único mês, demandando tempo, que muitas vezes compromete ou acarreta o perecimento do direito material. (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Com efeito, observando esta dificuldade em curar a morosidade na prestação jurisdicional, o legislador incluiu no Código de Processo Civil de 1973, através da Lei 8.952/94, a chamada antecipação da tutela, buscando satisfazer provisoriamente e antecipadamente a guarida pretendida pelo(a) postulante, isso desde que existindo prova inequívoca e demonstrada a verossimilhança das alegações.

40. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: leomteixeira@outlook.com.

41. Advogado. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). E-mail: prhomercher@yahoo.com.br.

Mesmo assim, ainda permaneceram algumas deformidades em relação à agilidade e aplicabilidade da tutela provisória no Código Buzaid, tal preocupação é clara quando da elaboração da exposição de motivos para a alteração do código de processo civil (BRASIL, 2015):

Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo. [...] Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo garantida em nossa Constituição Federal, afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça.

Diante disso, o novo Código de Processo Civil inovou na matéria, criando duas tutelas provisórias diferentes: a primeira de urgência, da qual são subespécies a tutela provisória cautelar e a tutela provisória antecipada, e a segunda tutela da evidência. Em síntese, Marinoni (2016) explica a diferença das tutelas:

A técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório – “tutela provisória” – pode desde logo viabilizar a realização e a fruição do direito pela parte (tutela satisfativa) ou pode apenas assegurar que essa fruição tenha condições de eventual e futuramente ocorrer (tutela cautelar). [...] a técnica antecipatória pode dar lugar a uma decisão provisória que satisfaça desde logo o direito da parte fundada na urgência ou na evidência. A tutela cautelar, porém, é sempre fundada na urgência (art. 301, CPC). O legislador buscou caracterizar a urgência que dá lugar à tutela provisória no art. 300 e a evidência no art. 311.

Pois bem, como dito anteriormente, o pretérito trabalho debruçar-se-á no que diz respeito à tutela de urgência antecipatória (satisfativa), face ao pleito de alimentos gravídicos.

A Lei 11.804/2008 disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido. Os alimentos gravídicos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes⁴².

Conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exige-se para a concessão dos alimentos gravídicos, em sede de cognição sumária, que a parte requerente demonstre “indícios de paternidade”, nos termos do art. 6º da Lei n.º 11.804/08. Tal comprovação pode ser feita inclusive através de fotos e mensagens trocadas entre as partes, desde que seja demonstrada a verossimilhança da alegação de paternidade do réu, e que as provas acostadas autorizem o deferimento dos alimentos gravídicos, em sede liminar. (TJ/RS, 2018).

Os Desembargadores Rui Portanova e Luiz Felipe Brasil Santos⁴³ asseveraram em seus julgados que a comprovação dos indícios de paternidade não deve ser cobrada com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escorreita do alegado vínculo parental em sede liminar, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, vide:

42. Art. 2º, da Lei nº 11.804/2008.

43. Agravo de Instrumento Nº 70077776649, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/08/2018.

[...] em ações dessa espécie, o juiz, de regra, vê-se diante de um paradoxo: de um lado, a prova geralmente não é exuberante e, de outro, há necessidade premente de fixação da verba, sob pena de tornar-se inócua a pretensão, pois, até que se processe a instrução do feito, o bebê já terá nascido.

Em contraponto, nem sempre os elementos são fáceis de ser angariados e comprovados sumariamente pela parte e, quando a prova é frágil, eventual indeferimento dos alimentos é a medida adotada. Nesse sentido é o entendimento da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro⁴⁴:

Somente quando existem fortes indícios da paternidade é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até ser possível o exame de DNA. 2. No caso, os elementos de convicção trazidos são muito frágeis para demonstrar que o recorrido seja o genitor do nascituro, não sendo possível fixar liminarmente os alimentos provisórios pretendidos. RECURSO DESPROVIDO.

Destarte, embora possível o deferimento liminar de alimentos provisórios, em se tratando de ação de alimentos gravídicos, imperioso que a demanda esteja instruída com elementos de prova que conduzam à reclamada paternidade. Na ausência de qualquer prova acerca da paternidade, inviável a fixação de alimentos provisórios⁴⁵.

Considerações finais

O pleito de alimentos gravídicos, disposto na lei 11.804/2008, é uma tutela que em sua aplicabilidade reflete poucos efeitos práticos. Isso porque há evidente conflito doutrinário, normativo e jurisprudencial sobre a matéria.

Ora, as tutelas de urgência exigem a verossimilhança das alegações, bem como elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, medida essa afrouxada na lei de alimentos gravídicos, que exige tão somente indícios de paternidade.

A fim de mediar os requisitos para a fixação dos alimentos gravídicos, a jurisprudência tenta moldar-se e adequar às decisões, tendo em vista os fatos e os requisitos exigidos na legislação, isto é, a comprovação e a juntada de elementos probatórios não podem ser exigidas com extremo rigor.

Assim, para que ocorra uma prestação jurisdicional efetiva nos casos de alimentos gravídicos – o qual se faz necessário a antecipação da tutela antes da concepção do parto – deve haver um afrouxamento em relação a esse rigor que, em muitos casos, é visto como indispensáveis para a fixação dos alimentos.

44. Agravo de Instrumento Nº 70078998655, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 04/09/2018

45. Agravo de Instrumento Nº 70074285248, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 24/10/2017

Referências

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL RIO GRANDE DO SUL. **Novo código de processo civil anotado**, 2015. Porto Alegre.

MARINONI, L. et al. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL, 2015. Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (14/04/2018). **Agravo de Instrumento Nº 70076355965, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Rui Portanova. Acesso em 25/08/2018, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (02/08/2018). **Agravo de Instrumento Nº 70077776649, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Acesso em 25/08/2018, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (04/09/2018). **Agravo de Instrumento Nº 70078998655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Acesso em 25/08/2018, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>.

ACESSO À JUSTIÇA

Milena da Silva
Vladimir Lemos

Considerações iniciais

O presente resumo expandido, pretende conceituar de forma explícita o conceito de acesso à justiça e suas demais ligações. O termo acesso à justiça dentro do sistema jurídico especifica duas funções: o auxílio as pessoas na reivindicação de seus direitos e a resolução de litígios através das promessas do Estado. O sistema precisa proporcionar acessibilidade a todos de forma igualitária e obter resultados sejam individuais e socialmente justos. A base do raciocínio para se chegar em uma conclusão de acordo com a obra será a justiça social, a qual é tão desejada pelas sociedades modernas. Foi utilizado o método teórico, que consistiu na consulta da obra.

Desenvolvimento

O ensino e o estudo do processo civil, vem resultando em transformações importantes na definição de acesso à justiça. A teoria cita que, embora o acesso à justiça seja um direito natural, os direitos naturais não dependeriam de uma ação vinda do Estado para sua proteção. Sendo esses direitos levados em consideração como anteriores ao Estado, cabível a ele a preservação dos mesmos, evitando assim, que sejam infringidos por outros. O Estado tornasse passivo, quando tratar-se de aptidão de uma pessoa para buscar reconhecimento e defesa de seus direitos de forma adequada na prática. O direito ao acesso efetivo é de extrema importância entre os direitos individuais e sociais.

O acesso à justiça é requisito fundamental dos direitos humanos, dentro de um sistema jurídico moderno e igualitário que vise proclamar e não apenas garantir os direitos coletivos.

A obra pode ser referida como a passagem pelas categorias da justiça escrita por filósofos, proporcionando a capacidade de falar-se de justiça no plano da prática forense, ou seja, o acesso à justiça aos tribunais. Há doutrinadores que enfatizam a justiça sendo o ideal do direito, precisando que fosse feita a transcendência das categorias da justiça aristotélicas, buscando um novo padrão de justiça, uma justiça participativa.

Para se chegar a uma justiça participativa, deve-se levar em conta alguns pontos para sua eficácia: usar do conhecimento a respeito da cidadania, por parte da sociedade, de seus direitos, ganhando destaque para os fundamentais individuais e coletivos e levando em conta seus deveres, além, da forma utilizada pelos agentes do direito, sendo ela combativa, de alguma maneira deixando a conduta formalista de lado.

Nos últimos anos a classe social que mais procura a assistência jurídica é a baixa, seja nas ações familiares, criminais, como também nos direitos menos tradicionais, essa maior procura se deu através da quebra de barreiras de acesso sendo adotadas melhorias para facilitar o sistema.

Para garantir a eficiência do acesso à justiça, o sistema precisa sofrer uma reforma não apenas na assistência jurídica, havendo a necessidade de serem postos a disposição um elevado número de advogados renomados não visando o limite máximo da oferta, pois deste modo, uma maior parte da população conseguiria ser atendida rapidamente, claro, referindo-se a população carente que não possui recursos para custear as despesas, altas dotações orçamentárias, sendo um grande problemas nos esquemas da assistência jurídica e maior rigor para as pequenas causas que necessitam também de toda atenção.

Um profissional qualificado, acaba sendo de elevado custo seja para o particular ou para o Estado ao prestar seus serviços jurídicos, não sendo a remuneração adequada para os mais carentes no mercado, tornando o serviço prestado pelo advogado pobre pois o empenho não será tão rigoroso.

A assistência jurídica não resolve pequenas causas individuais, sendo a assessoria pública de grande eficiência ao adotar seu status de independência, possuindo um orçamento proporcional e uma equipe qualificada, ajudando a criar novos grupos permanentes com capacidade de exercer a pressão e, desta forma pedir pela reivindicação de seus próprios direitos por meio de processos administrativos e judiciais.

Os direitos difusos para sua proteção possui instrumentos próprios, sendo meios para se alcançar o acesso à justiça e melhorar o mesmo, o qual enfrentou uma série de problemas na representação dos direitos difusos.

O processo civil tradicional, não oportunizava a proteção dos direitos difusos, sendo esse processo civil apenas um assunto entre as partes, não sendo cabíveis a este esquema os direitos coletivos. Os juízes não atuavam com o intuito de facilitação em casos que envolviam demandas por interesses difusos, intentadas por particulares, excluindo juntamente com a atuação as regras determinantes da legitimidade e as normas de procedimento.

Notasse que a obra enfatiza de forma muito branda o direito público por estar vinculado a assuntos de política pública que envolvam a coletividade com à legitimação ativa, as reformas legislativas e as decisões dos tribunais que estão permitindo que de forma coletiva ou individual se atue em prol dos direitos difusos; a necessidade de proteção desses interesses trouxe consigo a transformação no papel do juiz, como também de citações e o direito de ser ouvido. Nem todos os titulares de direitos difusos podem e conseguem comparecer em juízo, devendo eles, serem regidos por um representante legal que irá agir de forma benéfica para a coletividade, sendo possível mesmo que os membros da coletividade não sejam citados de forma individual, infelizmente não sendo bem sucedidos por inúmeras vezes até mesmo por questões de natureza própria.

A insuficiência ao reivindicar novos direitos, ocorre devido à falta de técnicas em áreas não jurídicas pois esses direitos só serão solucionados através do governo. Há organizações sem fins lucrativos, mantidas pelo governo que prestam aconselhamento jurídico especializado e supervisão direcionada a interesses não representados e não organizados, aumento da concepção de justiça, basta de reducionismo na visão do servo e aplicador inerte da lei. Concepção qual se encontra em conflito com o direito moderno e a interpretação jurídica, na visão geral com a teoria moderna da hermenêutica: a interpretação sempre deixa algum espaço para opções, e, portanto, para a responsabilidade.

Considerações Finais

O direito possui uma certa complexidade em todas as áreas, notasse que se as leis fossem mais compreensíveis se tornariam mais acessíveis as pessoas leigas, dentro do contexto acesso à justiça se expressa que a simplificação trará consigo a tentativa de satisfação das exigências para se utilizar os remédios jurídicos. A criatividade e a experimentação ousada e dispensar a produção de provas, caracterizando o enfoque do acesso à justiça.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

INTERVENÇÃO FEDERAL E SEUS EFEITOS JUNTO AOS ESTADOS MEMBROS E MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Domingos Benedetti Rodrigues⁴⁶

Rafael Hollweg⁴⁷

Considerações iniciais

O presente trabalho aborda o tema a respeito da Intervenção da União nos Estados-Membros, no Distrito Federal e nos Municípios diante do Estado Democrático de Direito. A intervenção será de ocorrência excepcional, tendo em vista que a regra é a da não intervenção da União nos Entes Federativos. O objetivo é apresentar as hipóteses da Intervenção Federal. Primeiramente será abordado as noções gerais, como ela se operacionaliza, os seus requisitos e os efeitos desta Intervenção, visando a estabilização dos Entes Federativos diante das situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, a ordem pública, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e municipais, bem como a estabilidade da ordem constitucional. A pesquisa a ser realizada será de natureza teórica, a qual se efetivará na busca de ideias e posicionamentos junto a autores que tratam sobre o tema proposto, bem como buscar a compreensão do tema, que será através da pesquisa bibliográfica. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, partindo das noções gerais da Intervenção Federal como prerrogativa da União, que restringe o tema à excepcionalidade em que se albergam as hipóteses da Intervenção Federal na autonomia dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

Desenvolvimento

1 Noções gerais, requisitos e os efeitos da Intervenção Federal

Esta pesquisa visa à abordagem de um instituto muito delicado no âmbito do Direito Constitucional, que é a Intervenção Federal, uma vez que, se configura uma medida de exceção, como veremos no decorrer da exposição. Após analisadas as normas que regem o Estado Federal, percebe-se que a regra é a autonomia dos entes federativos, ou seja, da União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, conforme se verifica no artigo 18, caput, da Constituição Federal de 1988 e o princípio da não-intervenção, previsto no IV do artigo 4º da Constituição Federal.

O conceito da intervenção federal tem como principal ponto seu aspecto de exceção, ou seja, será admitido excepcionalmente o afastamento desta autonomia política e administrativa, com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação, através da intervenção. Para se falar no ato interventivo, ou em qualquer outro procedimento constitucional, é importante trabalhar os pressupostos que

46. Pós-Doutorando em Direito - URI Campus de Santo Ângelo. Doutor em Educação nas Ciências - UNIJUI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNISC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - FADISA. Graduado na Licenciatura em Artes Práticas Habilitação em Técnicas Agrícolas - UNIJUI. Professor do Mestrado Profissional em Desenvolvimento Rural e do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa GPJUR do curso de Direito da UNICRUZ. Professor do curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio - SETREM. Pesquisador. Advogado. mingojuslex@yahoo.com.br

47. Acadêmico do Curso do 4º semestre do curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio - SETREM - RS. Rafael_hollweg@outlook.com

embasam a sua legitimidade, os quais, para a intervenção federal, estão elencados no artigo 34, incisos de I a VII, da Constituição de 1988.

Por fim, o objetivo geral deste trabalho configura-se na excepcionalidade do instituto da intervenção federal, como sendo uma excepcionalidade admitida pela Constituição Federal que afasta a autonomia de determinado ente federal, com a finalidade de preservar a existência e a unidade da própria Federação.

Importa saber que, a intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipótese taxativamente prevista no texto constitucional, visando a unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (MORAES, 2001).

A Intervenção Federal conforme afirma Bastos, “[...] consiste no afastamento temporário, pela união, das prerrogativas totais ou parciais próprias da autonomia dos Estados, prevalecendo a vontade do ente interventor” (BASTOS, 1990). Ela se fundamenta na ação voltada à preservação do equilíbrio federativo ou à defesa da ordem democrática e constitui limitações circunstanciais ao Poder Constituinte Derivado, o que impede Emenda à Constituição durante sua vigência.

É o instituto que permite a interferência de um nível de poder sobre o outro. É de ocorrência excepcional, só é possível nos casos previstos taxativamente na Constituição, já que a regra geral é a da não-intervenção da União nos Estados. A intervenção é “[...] ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta” (MIRANDA, 1970). É a antítese da autonomia, por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado Membro, Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido, já que a CF/88 assegura a essas entidades a autonomia como princípio básico da forma federal de Estado adotada (SILVA, 2005). Seus pressupostos de fundo são situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, a ordem pública, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional (SILVA, 2005).

A intervenção será sempre da pessoa política “maior” na “menor”, mas de pessoas subsequentes. Não pode por isso, a União intervir nos Municípios, em regra. Há uma exceção: a CF/88 prevê a possibilidade de existência de territórios, que não são entes federativos, mas descentralizações administrativas do ente federativo União. E, ao se criarem Municípios no território, aí há possibilidade de intervenção federal nos Municípios. Na verdade, tais Municípios foram criados na União (TAVARES, 2013).

A regra básica é o art. 34 da CF/88, princípio. Por isso, só é possível a intervenção nos casos expressamente previstos nos sete incisos do art. 34 da Constituição Federal:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
 - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
 - b) direitos da pessoa humana;
 - c) autonomia municipal;
 - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
 - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988).

Além dos pressupostos materiais, que são as hipóteses elencadas no art. 34 da CF/88, o ato de intervenção está sujeito a certos pressupostos formais: quanto à sua efetivação, limitação e requisitos. Tais pressupostos encontram-se no art. 36 da CF/88 (BASTOS, 1990). Sendo assim, a intervenção federal num Estado Membro ou excepcionalmente num Município, se constitui num ato que afasta temporariamente o poder de autonomia político-administrativo do ente que sofreu a intervenção. Tal poder será exercido pela União mediante o afastamento das autoridades administrativas do Estado Membro e a nomeação novos administradores.

A competência para decretar a intervenção pertence ao Presidente da República e será formalizado através de decreto, que uma vez publicado, tornar-se-á imediatamente eficaz, legitimando a prática dos demais atos consequentes à intervenção. Este decreto especificara a sua amplitude, prazo e condições de execução, e se necessário nomeia o interventor afastando as autoridades locais. Porém, devera o decreto ser apreciado pelo Congresso Nacional onde a apreciação deverá ser feita em vinte e quatro horas.

A intervenção, portanto, há de se efetivar por Decreto Presidencial, embora vinculado o Presidente da República a sua edição. Quando ocorrem as hipóteses de provocação a competência do Presidente, contudo, é de natureza diversa, conforme a hipótese que é fundamentada. De fato é uma competência vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma ação provocada por solicitação ou por requisição.

Então, nem sempre é necessário a nomeação de um interventor. É que a intervenção pode atingir qualquer órgão do Estado. Em regra, atinge o Executivo. Neste caso, é necessário a nomeação de um interventor para exercer as funções do Governador, qual terá todos os seus secretários afastados de suas secretarias sem exceção e o interventor formará sua nova equipe de trabalho, compondo estas secretarias com pessoas de sua confiança com a devida competência para as funções.

Já, se a intervenção ocorre apenas em nível do Legislativo, a presença do interventor torna-se desnecessária, desde que o ato interventivo atribua ao Governador as funções legislativas. Abrangendo a intervenção os órgãos do Executivo e do Legislativo, mister se faz a nomeação de um interventor para que se execute as duas funções (BASTOS, 1990). Segundo Alexandre de Moraes (2001): O interventor nomeado pelo decreto presidencial será considerado para todos os efeitos como servidor público federal, e a amplitude e executoriedade de suas funções dependerá dos limites estabelecidos no decreto interventivo (MORAES, 2001).

A Constituição Federal de 1988 não discriminou os meios e as providências possíveis de ser tomadas pelo Presidente da República, por meio do decreto interventivo, entendendo-se, porém, que estes deverão adequar-se aos critérios da necessidade e a proporcionalidade à lesão institucional. Assim, “[...] a intervenção

surge como uma punição política mais grave existente nos Estados federais. A intervenção de um ente em outro é verdadeira ruptura do sistema brasileiro de autonomia federativa” (TAVARES,2013).

Portanto, a intervenção deve acontecer somente em casos de excepcionalidade, para manter o equilíbrio político, administrativo, financeiro e legislativo do ente que encontra-se em estado de convulsão social, devido a incapacidade do Poder Executivo manter a ordem e a paz social no Estado Membro. Este instituto constitucional não pode ser utilizado para fins de interesse do Presidente da República expandir seus poderes para além da sua esfera de competência que a própria Constituição Federal lhe confere.

Considerações finais

Ao concluir este trabalho, importa ressaltar que o Constituinte de 1988, atribuiu ao Presidente da República a competência para decretar a intervenção que será formalizada através de decreto, constituindo-se em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo.

Dito isto, entende-se que a intervenção federal, quando adotada em caráter excepcional, com fundamento nas hipóteses elencadas no art. 34 da Constituição Federal, de modo que venha evitar situações de perturbação da ordem, repelir invasão estrangeira, na corrupção do Poder Público estadual, para impedir que o mau uso da autonomia pelos Estados-Membros resulte na invasão de um Estado em outro, afastando por completo as autoridades no comando. Tratando-se de Estado-Membro, o Governador e suas respectivas secretarias, nomeia um Interventor o qual vai montar sua equipe de trabalho, nestas condições será ato constitucional.

A intervenção passará a ser ato inconstitucional se o decreto for rejeitado pelo Congresso Nacional. E, se mesmo assim for mantida, constituirá atentado contra os Poderes constitucionais do Estado, caracterizando o crime de responsabilidade do Presidente da República. Também será ato inconstitucional, quando a Intervenção afetar somente algum Órgão ou Secretaria do Executivo Estadual, como por exemplo a Secretaria de Segurança Pública do Estado, caracterizando o ato de conveniência política do governo, onde se utilizam de instrumentos desta natureza para benefícios de seus cargos.

Portanto, ao concluir dos estudos realizados no decorrer do trabalho, é que a intervenção federal é um instituto essencial ao regime federalista. Seria impossível se imaginar a continuidade do Estado Federal sem que houvesse um mecanismo de defesa contra as eventuais anomalias dos entes federativos, que põe em risco o Estado democrático de direito. Para tanto, há de existir critérios e situações fáticas que realmente justifique a intervenção da União num Estado Membro e não apenas acordo pessoal do Presidente da República com o Governador do Estado Membro.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Reforma de acordo com a Constituição Federal de 1988**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organizador Alexandre Moraes. 45. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOVATO, Adalberto. 2013. **Metodologia da Pesquisa**. Três de Maio RS: SETREM, 2013

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

AS PRÁTICAS DO MÉDICO E DO ADVOGADO À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Carmem Regina Gardin dos Santos⁴⁸

Tamiris Antonello⁴⁹

Marcelo Cacinotti Costa⁵⁰

Considerações iniciais

O presente resumo discorre sobre a Responsabilidade Civil no regramento jurídico brasileiro e sua correlação com a atuação dos profissionais liberais, em especial médicos e advogados, com embasamento sobre a classificação da Responsabilidade Civil em objetiva e subjetiva, enquanto Teoria do Direito.

No desenvolvimento de suas atividades profissionais autônomas há um certo status, e no intuito de cumprir todos os compromissos muitas vezes os médicos e advogados se veem diante de situações que resultam de insatisfações e acabam por terem que ser resolvidas no âmbito jurídico.

A metodologia utilizada no trabalho foi a bibliográfica de cunho exploratório e teórico, envolvendo pesquisas em diversos materiais, como publicações físicas e virtuais, nas quais foi possível encontrar um grande número de informações referentes à temática.

Desenvolvimento

A Responsabilidade Civil objetiva começou a ser objeto de discussão após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que inseriu no Capítulo sobre Responsabilidade Civil o artigo 927, parágrafo único, que assim dispõe: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A responsabilidade civil está prescrita no código civil brasileiro especificamente na lei 10. 406/ 2002 que entrou em vigor em 2003.

Toda vez que se fala em responsabilidade civil significa que houve uma violação de uma norma no âmbito do direito civil, referindo-se a tal como uma garantia do bem sacrificado e uma ideia de segurança, sendo assim, uma obrigação de restituir ou ressarcir, sendo definidos como componentes da obrigação de reparar uma ação ou omissão, o dano, a culpa, e o nexo causal.

Nas doutrinas sobre a Responsabilidade Civil, há a classificação em objetiva e subjetiva, estando nesta última visceralmente ligada a ideia de culpa, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, segundo Sérgio Cavalieri Filho. Para ser objetiva, o importante é comprovar a ocorrência do dano e o nexo causal.

48. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Voluntária do projeto PIBIC.

49. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta.

50. Doutor em Direito e Professor do Curso de Direito da UNICRUZ.

No art. 36, §6º da Constituição Federal, por exemplo apresenta duas regras, uma delas refere-se à responsabilidade do Estado, sendo ela objetiva e a outra que é a modalidade subjetiva, afeta os agentes públicos.

Para Maria Helena Diniz, na responsabilidade subjetiva o ilícito é o fato gerador, sendo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se ficar provado que houve dolo ou culpa na ação. Já na responsabilidade objetiva a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexos causal. Neste caso, a vítima deverá demonstrar pura e simplesmente o nexos de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes [...] Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiro.

Para atribuição do tipo de responsabilidade é essencial que se fundamente através de pesquisa ou indagação sobre como o comportamento contribuiu para o prejuízo sofrido pela vítima. Não sendo aceito qualquer ato humano como fator de indenização, e sim se o evento resultou um ato danoso e que dele tenha emanado algum prejuízo.

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

Os médicos no exercício de sua profissão estão sujeitos a responsabilização por danos sofridos pelos pacientes e tem sido objeto de avaliação, no que tange ao ressarcimento pelo médico e deve estar embasada na teoria da culpa, e, esta culpa, no ordenamento jurídico brasileiro se manifesta através do dolo, pouco provável em casos de erro médico, pois o dolo é a intenção consciente, deliberada, de causar dano a outrem, ou assumir o risco de que isto ocorra, o que não deve ser aqui o caso, mas, sem dúvida nenhuma, se manifesta esta culpa pela presença de negligência, imprudência ou imperícia no agir do médico. A presença de uma, ou mais de uma, destas caracterizando a existência, no agir do médico, da culpa em sentido estrito.

Existe uma relação contratual entre o médico e seu paciente, como preleciona Maria Leonor de Souza Kühn: “A responsabilidade médica é considerada de natureza contratual por praticamente toda a doutrina.” (2002, p.61). Excepcionalmente poderá ser extracontratual, como no caso de um atendimento de emergência a um paciente inconsciente que não tenha, naquele momento, nenhuma pessoa responsável por ele.

Há excludentes da responsabilização, em juízo, do médico como a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva do paciente ou de terceiros, não relacionado à prestação do serviço profissional médico. As duas últimas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Nesta mesma seara concorre os advogados, e a responsabilidade do advogado é realizar a prestação do serviço para o qual foi contratado. O profissional do Direito deve, em cooperação com seu cliente, alcançar a finalidade do contrato ou o melhor resultado possível, dentro do contexto da questão.

A responsabilidade civil do advogado é subjetiva e exige que se comprove a efetiva culpa, para que se pretenda qualquer tipo de ressarcimento originado de sua conduta. Em razão da sua obrigação ser de meio e não de resultado, deve ter ele a garantia de estar isento de responsabilidade no caso de ter procedido com todo o cuidado, diligência e competência.

A responsabilidade civil do advogado sendo subjetiva contratual, dificulta, portanto, para o cliente que se sentir prejudicado provar a existência do dano, a culpa do advogado e o nexo de causalidade entre o dano e o prejuízo sofrido.

A responsabilidade civil do advogado em sociedade de prestação de serviços de advocacia está sujeita a verificação de culpa, mas é subsidiária e ilimitada, o que se significa dizer que só serão chamados a responder caso a sociedade não tenha condições de honrar o pagamento dessa eventual indenização. Porém, quando ocorrer um erro imputável a um determinado advogado integrante desta sociedade, a mesma após suportar o pagamento da indenização, poderá acionar regressivamente o causador do dano.

O que se extrai das presentes considerações é que a responsabilidade civil do advogado está intrinsecamente relacionada à liberdade com que desempenha seu ofício.

Além disso, há elevação da atividade advocatícia ao plano constitucional, declarando o advogado como indispensável à administração da Justiça. Dentro desse quadro, impõe-se, mais do que nunca, ter plena ciência dos riscos contidos no exercício da profissão para poder melhor evitá-los, aplicando toda a sua diligência habitual do exercício.

Considerações finais

Os profissionais médicos e advogados assumem pelo exercício de suas atividades obrigações de meio, e suas condutas é que vão implicar no tipo de responsabilidade a que responderão, a respeito dos assuntos inerentes as profissões.

É importante que despertem para essa questão e observem que o exercício da profissão requer constante estudo, prudência, eficiência e vigilância, pois de outra forma, poderão incorrer em danos capazes de abreviar suas carreiras por causarem perdas, nem sempre reparadas de forma satisfatória.

Se o profissional liberal provar que não agiu com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada. Segundo a doutrina de Matiello (2014), as obrigações inerentes ao exercício da atividade profissional, em regra, são de meios e não de resultado. É necessário, imperativamente, que o lesado comprove que a perda se deu por culpa do contratado.

Referências

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil – a natureza jurídica da relação médico-paciente**. Barueri – SP: Editora Manole, 2002.

DONI JÚNIOR, Geraldo. **Responsabilidade Civil do Advogado e a Ética no Exercício da Profissão**. Curitiba: Juruá, 2003.

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>

<http://www.oab-sc.org.br/artigos/responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva-no-direito-do-trabalho/445>

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/588/r146-12.pdf?sequence=4>

<https://jus.com.br/artigos/67569/a-responsabilidade-civil-do-advogado>

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Rubilar Schacht de Anunciação⁵¹

Wesley de Anunciação Santana⁵²

Aline Antunes Gomes⁵³

Considerações iniciais

Tem-se observado nos últimos anos, principalmente a partir dos grandes meios de comunicação em massa, prisões de políticos e pessoas notórias da sociedade em grandes operações policiais. Desde então, nota-se que as prisões preventivas podem se tornar objetos de vingança política e também um incentivador para grupos da sociedade que clamam por justiça, contrariando totalmente as garantias constitucionais e do devido processo legal.

O presente resumo expandido visa relacionar as prisões preventivas desnecessárias, e os anseios de uma sociedade fragilizada, em meio a tantos casos de corrupção ao ponto que esta comemora a prática de dispositivos penais sem a inobservância de garantias processuais e constitucionais, como o princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, inciso LVII do art. 5º da Carta Política, fazendo-se por uma questão extremamente importante para o curso de Direito com ênfase nos fundamentos do Estado Democrático.

Da mesma forma, observa-se que a prisão preventiva, dispositivo previsto no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro, se faz por necessária para os casos previstos em lei, ou em casos de real necessidade da prisão, para que assim cumpra o seu verdadeiro propósito dentro de uma sociedade democrática, qual seja a garantia do bem estar comum.

Com isso, o resumo expandido será realizado com ênfase no artigo A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública de autoria de Felipe Lazzari da Silveira, Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS e também com o auxílio bibliográfico do livro Direito Processual Penal de Aury Lopes Jr.

Desenvolvimento

A utilização da prisão em casos necessários ou de sentença judicial transitada em julgado, faz-se por ato jurídico perfeito, isto quando segue os padrões democráticos e aos princípios fundamentais que cercam o âmbito jurídico, observando sempre que a intervenção estatal quando visa restringir o direito de liberdade é somente para os casos mais necessários.

51. Acadêmico do semestre 5º do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: rubilar.schacht@gmail.com

52. Acadêmico do semestre 9º do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. E-mail: wesleysantana1995@hotmail.com

53. Orientadora da pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela Unijuí. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana de Santa Maria. E-mail: algomes@unicruz.edu.br.

No Brasil, no momento em que uma legislação entra em vigor e passa a ter efeitos no ordenamento jurídico, especificamente no sentido de que a prisão preventiva é excepcional, surge uma série de métodos para o seu uso abusivo, fazendo, assim, com que ela se torne banalizada, tornando-se reflexo da cultura do “máximo direito penal” que está presente em nossa sociedade. Conforme esclarece Silveira (2015, p. 218):

Uma visão distorcida do fenômeno criminal que desconsidera não apenas a violência, mas também a tendência seletiva do aparato repressivo estatal que, diante da impossibilidade de apurar todos os delitos, opta pelos de mais fácil contenção e elucidação, normalmente as condutas praticadas pelos indivíduos pertencentes aos estratos mais vulneráveis da população.

Observa-se que tecnicamente, a prisão preventiva tem como objetivo garantir, de modo efetivo, a capacidade do poder público, que materializará as sentenças e seus devidos cumprimentos após a conclusão dos processos. Assim dispõe o art. 311 e 312 da Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o nosso Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Por possuir natureza cautelar, a prisão preventiva possuiu como principais características a excepcionalidade como condição vinculada à presunção de inocência, a instrumentalidade, a idoneidade e a proporcionalidade (SILVEIRA, 2015, p. 219). Nesse sentido, torna-se inadmissível que um indivíduo que figura como réu seja tratado como condenado, principalmente quando não existe sentença condenatória, o que contrariaria o disposto no inciso LVII do Art. 5º da Carta Magna, dando a aparência de que a prisão preventiva recai sobre inocentes, situação que poderá ser confirmado após sentença absolutória em variados casos.

Nesse sentido, ensina Lopes Junior (2015, p. 633):

[...] Verifica-se que o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional.

Assim, para que haja coerência entre a medida e os direitos fundamentais, o seu efeito deve ser restrito a situações excepcionais, essencialmente quando o nível de suspeição for relevante quanto a prova constituída nos autos, ou seja, tenta-se com a prisão preventiva evitar que o acusado volte a prática ato ilícito, destrua provas, atrapalhe as investigações, entre outras causas.

Para que isso aconteça, deve haver indícios suficientemente graves o bastante para se tenha convicção sobre a necessidade de privar o acusado de sua liberdade, existindo três atributos como a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, pois sem indícios suficientes nem se quer uma acusação pode ser formulada (LOPES JR., 2015, p. 635). Caso contrário não deve haver tal imposição processual, pois tal ato não foi criado para entretenimento de um certo grupo da sociedade ou como objeto de represália ou flagelo.

Por restringir direitos fundamentais, sobretudo o direito à liberdade, a decretação da prisão preventiva pode ser justificada e fundamentada somente quando forem observados os inúmeros pressupostos e requisitos que servem como obstáculos impostos pela Lei para evitar a sua utilização de forma abusiva.

Depois da criação da Lei nº 12.403/11, que estabeleceu inúmeras regras para a prisão preventiva e medidas cautelares⁵⁴, visando diminuir o uso da medida cautelar mais grave, resumiu-se que o problema da banalização da constrição cautelar no Brasil não é legislativo, mas um problema cultural (SILVEIRA, 2015, p. 216), uma vez que a prisão preventiva segue sendo utilizada indiscriminadamente.

A teoria demonstra que as medida cautelares têm como função garantir a normal tramitação dos processos judiciais, porém, percebe-se como se tornaram formas ríspidas de se “fazer justiça”, como forma de resposta sensorial aos anseios da nossa sociedade vingativa, principalmente no cenário que envolve políticos em escândalos de corrupção, contrariando, assim, o real funcionamento da máquina processual.

Considerações finais

A prisão preventiva é um instrumento muito importante para a garantia da manutenção da ordem pública, pois visa coibir possíveis novas infrações reincidentes cometidas por um agente potencialmente perigoso, quando seguidos os devidos procedimentos legais.

Porém, não se pode considerar correto o exercício de prisões notadamente arbitrárias, ou seja, aquelas que são dotadas de grande apelo social ou vingança, como se tem observado nos últimos anos em nosso país, tal qual como é possível perceber pelo fenômeno “prende e solta”, que ocorre justamente pela prática de ilegalidades ou nulidades no decorrer dos processos, fazendo com que o recém aprisionado preventivo seja solto poucas horas depois através, principalmente, do remédio heroico do *habeas corpus*.

Esse instituto não foi criado pelo legislador para servir como mero espetáculo midiático visando atingir o meio político ou social, pois tal recurso priva o acusado de um de seus direitos fundamentais, que é responder pelo seus processos em liberdade, o que institui que tão somente poderá ser preso preventivamente em caso de maior gravidade, em que hoje há uma lacuna legal, no sentido de que o julgador que decide quais são os casos graves para uma prisão preventiva.

Assim, percebe-se que a prisão preventiva somente estará de acordo com os direitos e garantias constitucionais quando estiver sendo utilizada em nome dos seus verdadeiros fins e em casos de comprovada necessidade, jamais podendo ser destinada a outros objetivos ou utilizada como regra, sob pena de ilegalidade.

54. Lei 12.403/11 - Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**: Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**: Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências, Brasília, DF, mai. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva**

Para a Garantia da Ordem Pública. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1734/1647>>. Acesso em: 29 mar 2019.

FEMINICÍDIO: o ciclo de violência doméstica

William Almeida Côrrea⁵⁵

Kellin Wahlbrink⁵⁶

Rafael Vieira de Mello Lopes⁵⁷

Considerações iniciais

Dentre todas as formas de violência contra a mulher, seja física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual, as ocorridas dentro do ambiente doméstico são as de maior incidência na realidade brasileira atual. Entre os diversos crimes existentes, principalmente vitimando mulheres, a manifestação mais extrema da violência tem sido o homicídio, principalmente dentro de seus próprios “lares”. O Femicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher, ocorre geralmente na intimidade dos relacionamentos, e é praticado, majoritariamente, por parceiros íntimos no interior de suas casas, e tem ocorrido com certa frequência caracterizando por formas extrema de violência e humilhação. A metodologia utilizada é qualitativa, empírica, bibliográfica, com base em leituras de livros sobre o tema. O resumo trata sobre o femicídio e as barbáries sofridas pelas mulheres por conta da violência empregada.

Desenvolvimento

1 Femicídio no Brasil.

Femicídio é a palavra vinda do inglês e popularizada no contexto da luta feminista contra a violência sofrida pelas mulheres, que cada vez mais tem sido abraçada e combatida por toda a população. Para Capez, “femicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher”(2018, p.129). A violência doméstica é a maior motivadora dos femicídios no Brasil. Em geral, o homicídio é precedido por outras formas de violência e é motivado pelo machismo e desigualdade de gênero que ainda estruturam relações domésticas tradicionais, familiares e dentro da própria sociedade brasileira como um todo.

As motivações mais usuais para o cometimento do delito são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro. É um problema global que apresenta poucas variações em diversas sociedades e culturas.

A Lei 13.104/15, conhecida como Lei do Femicídio, promulgada pela presidente Dilma Rousseff em 9 de março de 2015, alterou o Código Penal Brasileiro, incluindo este crime como qualificadora dos crimes homicídios, com penas mais altas que podem ser de 12 a 30 anos de reclusão.

55. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: william.correa014@gmail.com;

56. Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: kellinwahlbrink@hotmail.com.

57. 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 pela URI (Santo Ângelo). Email: ralopes@unicruz.edu.br

O principal ganho com a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015) é justamente tirar o problema da invisibilidade. Além da punição mais grave para os que cometerem o crime contra a vida, a tipificação é vista por especialistas como uma oportunidade para dimensionar a violência contra as mulheres no País, quando ela chega ao desfecho extremo do assassinato, permitindo, assim, o aprimoramento das políticas públicas para coibi-la e preveni-la.

De acordo com os dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Ministério da Saúde foram registrados no país 107.572 atendimentos relativos a *Violência Doméstica, Sexual e/ou outras Violências*: 70.285 (65,4%) mulheres e 37.213 (34,6%) homens. Praticamente dois em cada três atendimentos nessa área foram mulheres, o que resulta um claro indicativo dos níveis de violência hoje existentes contra as mulheres.

A casa já não é mais um lugar seguro para as mulheres que sofrem esse tipo de violência. No país onde esse tipo de crime se mostra de forma tão alta e recorrente, o delito com as mulheres apresenta padrões bastante específicos quanto ao local de ocorrência das mortes e a relação entre agressor e vítima. Eles acontecem majoritariamente no seio familiar, e não se restringem a determinada classe social, idade, religião, estado civil, escolaridade ou orientação sexual. Como se não bastasse a insegurança que todos estão submetidos ao escolher sair de casa, qual o lar deveria ser um lugar de proteção e aconchego, para muitas torna-se cada vez mais comum a existência do medo, da desproteção e da incerteza de que irá acordar viva no dia seguinte, dentro do próprio lar.

A vulnerabilidade da mulher é algo discutido há muito tempo, trata-se da concepção machista sobre o “sexo frágil”. Contudo, dentro da discussão sobre o feminicídio a interpretação desse termo muda. A partir de uma relação desigual de poder entre homem e mulher dentro das relações familiares, a mulher torna-se mais vulnerável e subordinada aos mandos masculinos.

Em suma, os mecanismos legais existentes possuem pontos eficazes e lacunas que precisam ser preenchidas com novas normas, para que de fato a violência contra a mulher seja erradicada, seria injustiça dizer que todas as medidas legalmente previstas são ineficazes, visto que a própria Lei Maria da Penha representou um ganho muito grande para as mulheres, diminuindo cerca de 10% nos índices de violência doméstica desde que a mesma foi criada.

Sancionada, a Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015 (Lei do Feminicídio) alterou o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e previu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Considerações finais.

As brigas dentro do seio familiar que ultrapassam o limite dos meros conflitos devem ser interpretadas como questões de segurança pública e merecem total atenção do Estado. Devido a enorme gravidade e à alta incidência da violência contra as mulheres dentro dos próprios lares, fez-se necessária a elaboração de políticas públicas especializadas, que enseja, para sua efetiva produção de efeitos, a integração entre a norma propriamente dita e o comprometimento com a sociedade.

O delito do feminicídio foi criado para conceder visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que em sua forma mais extrema, culmina na morte. A principal pretensão foi conceder maior notoriedade e atenção a esse tipo de crime, trazendo a noção do homicídio de gênero à luz pública, para então erradicá-lo.

Referências

CAPEZ, Fernando. 2018. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212**, 18ª edição, São Paulo.

VARGAS, Getúlio. CAMPOS, Francisco. BRASIL. **Código Penal (1940)**. Rio de Janeiro/RJ, 1940.

PORFIRIO, Francisco. “**Feminicídio**”; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm>>. Acesso em 27 de março de 2019.

BRANDALISE, Camila. “**O que é feminicídio? Entenda a definição do crime que mata mulheres**”. Universa. 2018. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/08/21/o-que-e-feminicidio-entenda-a-definicao-do-crime-que-mata-mulheres.htm>>. Acesso em: 27 de março de 2019.

RODRIGUES, Sérgio. “**Feminicídio (ou femicídio): que palavra é essa?**”. Revista Veja. 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/feminicidio-ou-femicidio-que-palavra-e-essa/>>. Acesso em: 27 de março de 2019.

ARTIGOS COMPLETOS

BREVES CONCEPÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Adriano Schütz⁵⁸

Angélica Hindersmann Rech⁵⁹

Denise Tatiane Girardon dos Santos⁶⁰

Resumo

Princípios administrativos norteiam as ações do Estado. Neste contexto que este trabalho se insere, com o objetivo de elencar os conceitos dos princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro que tangenciam a Administração Pública. A partir disso, questiona-se: Como os princípios administrativos podem contribuir com a Administração Pública na busca do bem comum e da justiça social?

Considerações iniciais

O presente artigo tem como objetivo principal elencar conceitos dos princípios administrativos no ordenamento jurídico brasileiro. Afirma-se desde já, que o Direito é uno, de modo que está dividido em ramos para facilitar a compreensão, aqui falar-se-á, mais especificadamente acerca dos princípios que tangenciam a Administração Pública. Sabe-se também que muitos deles foram expressos na Constituição, e outros que se encontram tacitamente na organização jurídica.

Ressalta-se ainda que os princípios expressos e positivados na Constituição Brasileira foram impostos num contexto temporal e evolutivo da própria história brasileira, ou seja, não foram baseados na mera liberalidade do legislador constituinte. Tais princípios por ser fruto de uma exteriorização não utópica do sentimento do povo, como ideais a serem seguidos, caracterizam-se como um norte para toda legislação esparsa e servem como elementos de orientação e aplicação da norma pelo julgador.

58. Acadêmico do 4º Semestre do Curso de Direito da UNICRUZ. E-mail: adrianoschutzrr@gmail.com

59. Especialista em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo Centro Universitário UNINTER. Bacharel em Administração pela UNICRUZ. Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito da UNICRUZ. E-mail: ahrech@gmail.com

60. Professora Orientadora da Pesquisa. Doutoranda em Direito pela UNISINOS. Mestra em Direito pela UNIJUÍ. Especialista em Educação Ambiental pela UFSM. Bacharel em Direito pela UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos - GPJUR. Coordenadora do Grupo de Estudos "Estado de Direito e Democracia: espaço de afirmação dos direitos humanos e fundamentais" - UNICRUZ. Coordenadora do Projeto de Pesquisa "República e Democracia no Estado de Direito" - FEMA. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado & Constituição, da UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos, da Universidade Federal do Paraná UFPR. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos - GPJUR e do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Práticas Sociais - UNICRUZ. Docente no Curso de Direito da UNICRUZ e das Faculdades Integradas Machados de Assis - FEMA. Advogada. Contato: dtgsjno@hotmail.com

Desse modo o real interesse que permeia esse trabalho, estará norteado em exemplificar cada um deles no contexto administrativo, e a importância trina entre a criação latente no âmago da convivência entre os humanos em sociedade, as suas características na aplicação entre o contexto jurídico privado e o público, com ênfase ao público que ainda carece de inúmeros estudos no que tange as decisões, causando um reflexo desproporcional na dinâmica jurídica, algo que merece profunda reflexão.

Vale lembrar, que como esse emaranhado de princípios e normas que norteiam as ações públicas do Estado, e como este objetiva-se a suprir as carências do bem comum, se não houver equilíbrio social entre esses dois ramos, certamente haverá inúmeras antinomias, causando conflitos políticos o que afetará os cidadãos.

A metodologia utilizada no trabalho baseou-se em uma revisão bibliográfica de cunho exploratório e teórico, envolvendo pesquisas em diversos materiais, como doutrinas e revistas jurídicas, nas quais foi possível encontrar um grande número de informações referentes à temática. A apresentação do desenvolvimento acerca do tema proposto será explanada na forma de tópicos visando uma apresentação mais didática dos princípios pesquisados.

1 Da Origem dos Princípios no Direito Administrativo

Com o intuito de não prolixidade, buscar-se-á a objetividade com conceitos pontuais acerca dos temas. Percebe-se no que tange ao surgimento Direito Administrativo, como afirma Di Pietro (2013, p.36):

O direito administrativo surgiu na França no fim do século XVIII e início do século XIX, tendo seu reconhecimento como ramo autônomo do direito no início do processo de desenvolvimento do Estado de Direito, calcado no princípio da legalidade e da separação dos poderes.

Como dito, diante da necessidade de se organizar o Estado, surge o Direito Administrativo como um ramo autônomo do Direito Público. Não há como falar em princípios sem invadirmos o campo da filosofia. Em verdade há várias distinções, atentar-se-á aqui pelos princípios jurídicos, mais especificadamente na natureza jurídica. Percebe-se também que a própria definição acerca de princípios foi modificando-se com a evolução das relações sociais, ao qual perpassou o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo das leis. Deveras complexo chegar a uma concepção unificada. Conforme Ávila (2004), o jurista alemão Josef Esser, afirma:

Um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões. Os princípios jurídicos são conteúdo em oposição à forma (ÁVILA, 2004, p.31).

Dessa forma, há que se falar que não são absolutos, pois devem ser adequados ao contexto apresentado em determinado fato, inclusive no que tange ao Direito Administrativo.

2 Dos Princípios da Administração Pública

O ordenamento jurídico brasileiro não se vale apenas de regramentos. Os princípios podem ser encontrados por meio de interpretações constitucionais. Como já afirmado, alguns de forma expressa outros tácitos. Como exemplo:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF/88, art. 37).

Evidencia-se que os princípios podem ser encontrados no texto constitucional, ao qual se introduziram pela vontade do legislador, há de certo modo um norteamento para serem usados constitucionalmente, a fim de garantir uma harmonia na aplicação de valores sociais aos quais tais princípios estão interligados, resultando em segurança jurídica.

Aproveitando o ensejo, citam-se alguns princípios como a Supremacia do interesse público; Presunção de legitimidade; Continuidade do serviço público; Isonomia/igualdade; Razoabilidade e proporcionalidade; Motivação; Ampla defesa e contraditório; Indisponibilidade ou Poder-dever; Autotutela; e como já afirmado o da Segurança jurídica. Com o intuito de tornar o trabalho mais pedagógico, elencar-se-á cada um respectivamente a seguir:

3 Do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Segundo Alexandrino (2002), o princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre expressamente enunciado no texto constitucional, esse princípio é decorrência natural das instituições adotadas em nosso País. Com efeito, por força do regime democrático e do sistema representativo, presume-se que a atuação do Estado sempre tenha por finalidade a tutela do interesse público.

Acerca do princípio da supremacia do interesse público, Hely Lopes Meirelles afirma que o interesse coletivo deve prevalecer sobre os interesses individuais, pelo fato de que o Estado prima pelo bem comum.

A observância obrigatória do princípio da supremacia do interesse público na interpretação do direito administrativo. Sustenta que o princípio se manifesta especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, superioridade essa justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais (MEIRELLES, 2008 p. 48).

O princípio da supremacia do interesse público informa todos os ramos do Direito Público e possibilita que, nas relações jurídicas nas quais figure o Estado como representante da sociedade, seus interesses prevaleçam contra interesses particulares (ALEXANDRINO, 2002).

4 Da Presunção de Legitimidade

Para Di Pietro (2018), esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção da legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação [...] (DI PIETRO, 2018, p. 104).

Como elencado no tópico anterior, afirmou-se que o público prevalece sobre o privado, quando, por exemplo, no âmbito da Administração Pública as ações são firmadas pelos atos administrativos, toda ação decorrente é precedida de uma presunção, que está muito ligada ao princípio da legalidade. Tudo isso para garantir legitimidade das ações. E assim não causar descrédito social. Nota-se que todos os princípios gravitam na órbita da Constituição e estarão interligados entre si.

5 Da Continuidade do Serviço Público

Alexandrino (2002), afirma que os serviços públicos são prestados no interesse da coletividade. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que deles depende para a satisfação de seus interesses e necessidades.

Tal princípio está elencado intrinsecamente à relação de políticas públicas consiste no desempenho de atividades do serviço público aos seus usuários.

Entende-se que, o serviço público consiste na forma pelo qual o Poder Público executa suas atribuições essenciais ou necessárias aos administrados. Diante disso, entende-se que o serviço público, como atividade de interesse coletivo, visando a sua aplicação diretamente a população (MEIRELLES, 2008, p. 57).

Em verdade, a população brasileira carece fundamentalmente de uma efetividade na aplicação nos princípios da Administração Pública. Há hospitais públicos sem leitos, falta de saneamento básico, má distribuição de água, entre outros. Entende-se que o serviço público deve ser ininterrupto, caso contrário é lógico o aumento de problemas sociais.

Vale salientar que, conforme a Lei nº 8.987/1995, que regula a prestação de serviços públicos sob regime de concessão e de permissão, não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência. Também não se considera descontinuidade a interrupção do serviço, após aviso prévio, quando: (a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

6 Da Isonomia

A Constituição Federal, no art. 5º, caput, estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Gasparini (2006), afirma que todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede benefício, confere isenções ou outorga vantagens. Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. Impõem-se aos iguais um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É o princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração Pública direta e indireta.

O princípio da igualdade não deve ser entendido em termos absolutos de modo a se converter em obstáculo do bom e eficaz desempenho da atividade administrativa. A Administração Pública, é evidente,

pode impor condições ou fazer exigências, o que não pode é favorecer alguém, excluindo outros de um dado benefício (GASPARINI, 2006).

Subentende-se que todas as regras sejam respeitadas por todos. A isonomia coloca todos no mesmo grau de igualdade, na Administração Pública um bom exemplo no ordenamento jurídico brasileiro se dá por meio da Lei nº 8666/93, onde exemplifica a igualdade nas Licitações. Segundo Di Pietro (2013):

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público (DI PIETRO, 2013, p. 301).

7 Da Razoabilidade e Proporcionalidade

Conforme Alexandrino (2002) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressos no texto constitucional e, embora sejam princípios implícitos, derivam do princípio do devido processo legal, que é um princípio expresso.

Assumem relevância os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apontados pela doutrina, como as maiores limitações impostas ao poder discricionário da Administração Pública. Por meio desses princípios, ampliam-se os aspectos de controle do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário.

A fim de validar suas condutas a Administração Pública deve prezar pela razoabilidade, buscando um ponderamento de seus atos. Resende (2009) elucida:

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato (RESENDE, 2009, p. 326).

O princípio da razoabilidade tem por fim aferir a compatibilidade entre os meios e os fins de um ato administrativo, de modo a evitar restrições desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública. Já, segundo o princípio da proporcionalidade, a Administração não deve restringir os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas, desnecessárias, induz à ilegalidade do ato por abuso de poder (ALEXANDRINO, 2002).

A Lei nº 9.784/99 prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, determina nos processos administrativos a observância do critério de “adequação entre os meios e fins”, cerne da razoabilidade, e veda “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público”, traduzindo aí o núcleo da noção da proporcionalidade (MEIRELLES, 2014). Percebe-se a importância desses princípios para um Estado Democrático e justo amparada pelo bom senso na criação e aplicação de suas leis.

8 Da Motivação

O princípio da motivação dos atos administrativos, após a Constituição Federal/88, está inserido em nosso regime político.

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática (MEIRELLES, 2014).

Meirelles (2014) afirma ainda que, em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação, portanto, deve apontar as causas e os elementos determinantes do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.

9 Da Ampla Defesa e do Contraditório

A Lei nº 9.784/99, no art. 2º, prevê expressamente a observância por parte da Administração Pública dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Regula, assim, na esfera infraconstitucional o cumprimento no disposto na Constituição Federal, em especial no seu art. 5º, LV, que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Meirelles (2014) observa que, ao falar em “litigantes”, ao lado dos “acusados”, a atual Carta Magna acabou por jurisdicionalizar o processo administrativo. Sem dúvida, em relação aos “acusados” a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos “litigantes”, não. É o fenômeno da processualidade administrativa.

Os incisos VII a XI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, determinam a “motivação” da decisão, essencial no próprio exercício do direito de defesa e do contraditório, a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”, a “adoção de formas simples, suficientes para proporcionar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”, e a “garantia aos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”. Meirelles (2014) ressalta que deve-se observar o devido processo legal na sua acepção processual.

10 Da Indisponibilidade ou Poder-Dever

Para Alexandrino (2002), os bens e interesses públicos são indisponíveis, vale dizer, não pertencem à Administração, tampouco a seus agentes públicos. A eles cabe apenas a sua gestão, em prol da coletividade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Alexandrino (2002) ainda afirma que, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse e dos bens públicos, são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia de direitos da

Administração ou que injustificadamente onerem a sociedade. Toda atuação da Administração deve atender ao estabelecido na lei, único instrumento hábil a determinar o que seja do interesse público. O administrador não pode agir contrariamente ou além da lei pretendendo alterar ou impor seu conceito pessoal de interesse público, sob pena de inquinar seus atos de desvio de finalidade.

A indisponibilidade tangencia o preceito de zelar, não dispor dos bens que gere, pois é do coletivo, ou seja, o administrador público detém apenas o poder de zelar pelos bens públicos. Infelizmente no Brasil, a falta de aplicação desse princípio impacta atualmente a população, em casos de improbidade administrativa, peculato e abuso de autoridade. Certamente, um desvio de caráter de seus agentes que afeta o próprio Estado.

11 Do Princípio da Autotutela

Para Alexandrino (2002), o poder-dever de autotutela possibilita à Administração controlar seus próprios atos, apreciando-os quanto ao mérito e quanto à legalidade. O princípio da autotutela instrumentaliza a Administração para a revisão de seus próprios atos, assegurando um meio adicional de controle da atuação da Administração e reduzindo o congestionamento do Poder Judiciário.

A Administração Pública, no desempenho de suas múltiplas atividades, está sujeita a erros; nessas hipóteses, ela mesma pode (e deve) tomar a iniciativa de repará-los, a fim de restaurar a situação de regularidade e zelar pelo interesse público. Mas, não é somente em relação aos atos ilegais que a Administração exerce o poder-dever de autotutela, anulando-os. Os atos válidos, sem qualquer vício, que, no entender da Administração, se tornarem inconvenientes ao interesse público também podem ser retirados do mundo jurídico em decorrência da autotutela. Nessa hipótese, há a revogação de um ato válido que se tornou inconveniente (ALEXANDRINO, 2002).

12 Da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica foi inserido entre os princípios da Administração Pública pelo artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99.

O objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Di Pietro (2018) afirma que o princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo (DI PIETRO, 2018, p.123).

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada, com acrescenta a renomada autora.

Considerações finais

A partir das reflexões realizadas acerca dos princípios, tornou-se possível perceber que a atual situação que se encontra o Brasil, tanto jurídica como política, indubitavelmente se dá pelo ocaso dos princípios. Os princípios que estão no âmago da Constituição devem antes estar atrelados em valores intrínsecos dos administradores que regem o bem público. Caso contrário haverá corrupções, falta de políticas públicas e descontrole do Estado. Evidencia-se, portanto, a real necessidade de se estudar o tema.

É inquestionável que a importância desses princípios à sociedade, não podem ser um simples ideal, ou um mero atributo de cumprimento ou não, devem ser essência.

Vale ressaltar a importâncias que os cientistas jurídicos têm na sociedade brasileira, visto ao crescente número de déspotas que imperam as decisões dos atos públicos no país. Por isso, a importância do saber jurídico em alto teor de princípios para que antes de tudo haja justiça.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2019.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2019.

_____. Lei nº 9,784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 21 Mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo – 26ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.**

_____. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ªed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, H.L; ALEIXO, D.B; FILHO, J.E.B. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

RESENDE, Antonio José Calhau. **O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público**. Revista do Legislativo. Abril, 2009.

A MEDIAÇÃO PENAL DE PEQUENOS DELITOS COMO UMA NOVA VISÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: estudo de caso do Programa Mediar, na Comarca de Cruz Alta – RS

Almir da Silva de Mello⁶¹

Milena Bueno Gomes⁶²

Denise Tatiane Girardon dos Santos⁶³

Resumo

Uma nova de forma extrajudicial, a Mediação Penal é aplicada nos órgãos da Polícia Civil, usado para mediar delitos de menor potencial ofensivo respaldada pela Constituição Federal de 1988, Lei nº13.105/2015 e a Portaria nº 168/2014. Essa Justiça Restaurativa rompe com a cultura do conflito e favorece à nova visão no tratamento do Judiciário Estadual, em especial no Município de Cruz Alta RS. Apresenta resultados satisfatórios, na seara Penal.

Considerações iniciais

A Mediação apresenta-se como uma forma de permitir que as próprias pessoas, envolvidas no conflito consiga gerenciar as emoções. Na História da humanidade, os conflitos foram submetidos a soluções e tratamentos de diferentes formas. Os conflitos fazem parte do desenvolvimento da sociedade, seja de pessoas, tribos ou de famílias surgiram com a evolução da sociedade e o meio em que vivem enquanto em algumas formas era resolvido pela lei do mais forte, como a Lei de Talião, com o avanço de melhor resolver chegou os chefes das sociedades e por um tratamento mais de igualitário surgiu às leis.

A mediação é inescapável a essência humana, pois o ser humano é ser social por excelência, partindo das doutrinas que norteiam as matérias do objeto deste trabalho inicia-se o estudo do tema, construindo bases teóricas no desenvolvimento desta pesquisa, será apreciado estudo das principais referências, Constituição

61. Acadêmico do 10º sem. do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil. E-mail: almir.sm@hotmail.com.

62. Acadêmica do 10º sem. do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil.
E-mail: milenabgomes@hotmail.com.

63. Orientadora: Doutoranda em Direito, linha de concentração em Direito Público, pela Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestra em Direito, linha de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUÍ, Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ, Docente no Curso de Direito e do Núcleo Comum da UNICRUZ e do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machados de Assis, FEMA Santa Rosa. Advogada. Conciliadora Judicial - TJ/RS. E-mail: desantos@unicruz.edu.br.

Federal, CNJ Resolução 125/2010, Vade Mecum (2016), Miranda (2012), Carneiro, (1997), Torres (2005), Polícia Civil departamento de administração (Programa Mediar 2018), os quais embasarão presente artigo, a mediação tem sido cada vez mais utilizada como meio de resolução de litígios, verificando-se uma relação direta entre esse crescimento e a sua divulgação ao nível científico, em especial no domínio do Direito.

No primeiro capítulo, será abordado o panorama histórico para dar alicerce e uma base para explicar que já existia pensamento de solucionar conflitos de forma mais direcionada ao direito e pacificamente.

No segundo capítulo, será abordada a historiografia da mediação no Brasil, contida em diversos meios legais oportunizados, pelas Constituições Brasileiras e leis específicas que direcionam o entendimento sobre uma arbitragem até uma mediação entre as partes, expediente ao mesmo tempo singelo e eficaz de resolução pacífica de conflitos, os caminhos demarcam um percurso e diretrizes para entender os movimentos e suas fases evolutivas no Brasil.

No terceiro capítulo, diante do alto índice de processos com pequenos delitos no Poder Judiciário e os números positivos, alcançados pela Justiça Restaurativa no âmbito das intervenções penais, a Mediação Penal nos pequenos delitos tem contribuído de forma eficaz para solução de conflitos.

Na circunscrição da 5ª DPRI, os resultados alcançados percebem-se se importância das mediações penais nos pequenos delitos, com fins de contornar e evitar uma ação penal, o que foi demonstrado com estudo, nas planilhas de atendimentos de mediações, realizadas com os casos ocorridos no período de 2014 até junho de 2018, na Delegacia Regional da Polícia Civil (5ª DPRI) no Município de Cruz Alta e circunscrição RS, sob a óptica da Resolução do CNJ nº. 125/2010 e com dados obtidos após a vigência da Portaria nº. 168/2014. Diante do alto índice de processos no Poder Judiciário e os números positivos, alcançados pela Justiça Restaurativa no âmbito das intervenções penais.

Este texto emergiu do exercício investigativo da disciplina do Direito Penal Processual do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta, por esse motivo foi necessário, verificar como surgiu, quais seus objetivos, finalidades e possibilidades de aplicação, haja vista o fato de a composição de confrontos jurídicos e oportunizar a sociedade a organizar-se para buscar meios de solucionar e amenizar esses pequenos conflitos.

Este trabalho é importante para despertar o interesse dos (a) acadêmicos, (a) tanto para alunos, quanto para quem venha trabalhar nessa área e de outras áreas do Direito, pois, com prática, sua compreensão fica facilitada. O artigo se insere na linha de pesquisa Constituição Processo e Democracia do Grupo de Pesquisas Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos (GPJur) do Curso de Direito da UNICRUZ, devido à pretensão de propor a mediação penal nos pequenos delitos como exercício.

Desenvolvimento

1 A mediação na História

O ser humano, pela sua natureza, tem a tendência de se relacionar entre si, o que, muitas das vezes, conflituosa. A evolução histórica das organizações sociais, dentre eles, por exemplo, o Paleolítico⁶⁴, verifica-se

64. Refere-se ao período da pré-história que começou há cerca de 2,5 milhões de anos, quando os antepassados do Homem começaram a produzir os primeiros artefatos em pedra lascada, destacando-se de todos os outros animais, e que durou até cerca de 10000 a. C. (MELO, 2010).

que o distanciamento entre os seres e a sua vida era buscar sua própria sobrevivência, proteção e alimentos, se caracterizando como nômades. Segundo Melo (2010, p. 9):

O Paleolítico é o mais extenso período da história da humanidade, estendendo-se desde o seu surgimento, por volta de 4,4 milhões de anos a 8000 a.C. nesta época, a baixas temperaturas obrigava os grupos de homínidos a viver e cavernas, sem conhecer a agricultura e criação de animais se alimentavam da caça, pesca e coleta de frutos, o que os obrigava a uma vida nômade.

O conflito⁶⁵ foi necessário para o desenvolvimento das relações humanas e implicaram nas formas de organização social. Percebe-se que se fez importante para o ser humano organizar-se no desenvolvimento em sociedade, criando disputas e também a necessidade de normatizar a ordem por intermédio de normas, leis ou regras. Aduz Rocha (2007, p. 26) que:

O direito como criação social existiu em todas as épocas. Com efeito, desde o momento em que o ser humano, por motivo econômico, éticos, religiosos, etc., começa a relacionar-se ou agrupar-se, aparece à necessidade da existência de regras reguladoras de suas relações sociais ROCHA (2007 apud Melo, 2010.p.8).

Os olhos vendados da Deusa grega⁶⁶, representando a Lei, segurando uma espada, símbolo que representa como uma divindade respeitada, junto da balança que simboliza o equilíbrio e a espada, como o poder justo para indicar a imparcialidade, ausência de pré- conceitos, segundo Torres (2005, p. 25):

Em face da discussão sobre as formas alternativas para a solução de litígios, entendemos a Justiça com dinamismo, mas com olhos abertos, com a frente erguida, com a visão horizontal. Não conseguimos vela só de olhos vendados, estática, imóvel, como se estivesse descomprometida com os acontecimentos e fatos sociais. Apresenta-se embora, se saiba, simbolizando imparcialidade e equidistância dos fatos, uma das características primaciais do Poder Judiciário. Sentimos e pensamos outra forma de ver a Justiça, com análise das pessoas na sociedade e perante seu grupo, com verificação das diferentes regras e normas aplicáveis aos problemas, tudo como se contata na lição da titular da New School Of Social Research, em Nova Iorque, Agnes Heller.

O conflito faz parte das relações do ser humano e as formas de resolvê-lo apresentam-se em diferentes partes do mundo, conforme cada cultura. Em alguns lugares, o tratamento entre as pessoas na forma de retribuir uma agressão era da mesma forma (*olho por olho, dente por dente*⁶⁷) como na Lei de Talião. Em outros, como na China, berço da mediação, com os pensamentos de Confúcio⁶⁸, se direcionava mais pela paz e harmonia entre os homens, conforme relata Miranda (2012, p. 3):

O conflito é inerente às relações entre os homens, sejam familiares ou sociais. O modo de se resolverem tais conflitos apresentam-se diferenciados, dependendo de cada cultura, e a história demonstra que do mesmo modo, também a Lei de Talião sentenciava: “olho por olho, dente por dente”, e que na Antiga China, por inspiração de Confúcio, um terceiro era chamado a mediar conflitos entre sujeitos ou grupos.

65. Conflito quer dizer discordâncias resultantes de diversos fatores sejam de ideias, sentimentos, crenças e/ou valores entre duas ou mais pessoas. O conflito é desejável, está presente devido à diversidade humana, é essencial para o crescimento e desenvolvimento das organizações. Confronto por sua vez é sempre negativo, vai sempre gerar perda para um dos lados, traz o conceito de que alguém terá de vencer, tem a ideia de eliminar, enfrentar, sobrepor suas ideias e interesses.

66. Têmis ou Thémis. É a deusa da justiça na mitologia grega.

67. Os primeiros indícios da Lei de talião foram encontrados no Código de Hamurabi 1.700 a.C na Babilônia. Vem do Latim Talionis pela expressão “Olho por olho, dente por dente” significa tal, idêntico. Art.196º Se alguém arrancar olho a outro, se lhe deverá arrancar o olho.

68. Foi o mais famoso filósofo e pensador político da China e viveu entre 552 e 479 a.C.

A mediação iniciou-se na China, graças à essência do pensamento de Confúcio pela busca da harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens. Para os chineses o equilíbrio das relações sociais estava em primeiro plano. Por isso, quando havia algum conflito dificilmente ocorria uma condenação, sanção ou decisão desrespeitando o equilíbrio das partes, todos eram ouvidos e buscava-se a solução mais benéfica.

Nas comunidades da China, a mediação era forma mais comum de resolução de conflitos com o predomínio de chefes de famílias. Com o passar do tempo, as cidades foram tornando-se maiores e as comunidades foram se distanciando, era cada vez mais raras essa forma de solução de conflitos. Criou-se um distanciamento entre as pessoas, assim o veio a decidir pelo sistema de que um ganha e outro perde deixando de lado a mediação que era o ganho mútuo.

A mediação era a forma mais comum de resoluções de conflitos entre as comunidades Chinesas para as resoluções dos conflitos, onde predominava a presença da família e a presença do chefe de família. No entanto, à medida que as cidades foram crescendo e as famílias se dissipando, essa forma de resolução de conflitos tornou-se cada vez mais rara, as pessoas não mais se conheciam, eram estranhos uns com os outros e alienados em relação ao senso de comunidade. Dessa forma, houve a substituição dos sistemas informais pelos formais de resoluções de controvérsias, dando lugar ao tradicional Sistema Judiciário, que decidia não mais pelo ganho mútuo como a mediação entre as partes, mas sim pelo ganho e perda do jurídico (MIRANDA, 2012, p. 4).

A nova forma de soluções de disputas, feita uma autocomposição, surgiu, com a retomada em parte das resoluções do conflito, por que antes, conforme Miranda (2012, p. 13) “A mediação sempre fez parte da cultura dos judeus, chineses e japoneses, arraigada nos costumes e nos rituais religiosos.” Verifica-se que, independente da forma de contornar os conflitos existentes em cada tempo, o ser humano sempre preocupou-se com uma forma mais serena e satisfatória, pois “Na China, a mediação comunitária passava por gerações e a mediação institucional é instância obrigatória de acesso à justiça.” Nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa, a mediação teve um impulso a partir da década de 1990. A busca humana é resolução de conflitos com serenidade e satisfação tudo centrado na forma do diálogo por intermédio de métodos harmônicos, assim os Países trabalham esse, dentro de sua cultura com o objetivo a paz.

Na cultura oriental, por exemplo, a mediação sempre fez parte da cultura dos judeus, chineses e japoneses, arraigada nos costumes e nos rituais religiosos. No judaísmo, por exemplo, há um ritual milenar que guia os rabinos nos casos de divórcios, uma prática que corresponde à mediação. Na China, a mediação comunitária atravessa gerações e a mediação institucional é instância obrigatória de acesso à justiça. Atualmente a China utiliza-se das chamadas Comissões Populares de Mediação e resolve milhões de litígios no âmbito pré-judiciário. No Japão existe o chotei, uma espécie de conciliação prévia obrigatória, também milenar, utilizada tradicionalmente nos conflitos de direito de família, sendo obrigatória a mediação nos casos de divórcio. Na África são realizadas convocações de assembleias ou as chamadas Juntas de Vizinhança lideradas por uma associação ou por pessoas respeitadas na comunidade para fazerem a mediação. Nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa a mediação teve um impulso extraordinário a partir da década de 90, propiciando inúmeros investimentos de acadêmicos, teóricos e profissionais. Na Austrália e na Nova Zelândia desenvolvem a mediação com vinculação a juizes e auditores. O México e a Colômbia têm uma visão interdisciplinar da mediação, e a Argentina adota a mediação de forma legal instituída pela Lei nº 24.573-92 (MIRANDA, 2012, p. 13).

Conforme Bragança e Souza (2017), com esse movimento de propagação de métodos alternativos de resoluções de conflitos, exerceram uma grande influência para disseminação da mediação. O Brasil veio

a adotar esse meio de Restaurativo de Justiça, e já faz parte da sociedade Brasileira com apoio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa proposta de institucionalização desse método ganhou relevância, sobretudo, porque imperava uma realidade jurídica do Poder Judiciário como o único para equacionar os conflitos.

A mediação como atividade humana tem existido desde os primórdios da vida em sociedade, porém é preciso reconhecer que, nas derradeiras décadas, apresenta-se como um fenômeno sem fronteiras, presente em costumes ou nas religiões. Modernamente, a mediação vem firmando como modo de regulação da conduta humana, traduzindo-se, portanto, como prática social.

2 A sistematização da Justiça Restaurativa no Brasil

A busca na forma eficaz de uma legislação que visse dar amparo ao sistema de restaurar conflitos, segundo Delgado (2004, p. 6) “A doutrina brasileira identifica a presença da arbitragem em nosso sistema Jurídico desde a época em que o País estava submetido à colônia Portuguesa”. Esse fato da Constituição Federal, de 1824, nos seus artigos 160 e 161⁶⁹ mencionava-se em arbitragem. A Constituição da República, de 1891, conforme Freitas (2014 p.2), também fez menção à arbitragem, entanto, referiu-se ao instituto, apenas, como um meio de evitar as guerras e resolver questões envolvendo fronteiras, suprimindo, assim, a arbitragem entre particulares.

Na Constituição Federal, de 1946, no seu artigo 141⁷⁰, parágrafo 4º, esse preceito de direitos lesados é protegido pela lei. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, (BRASIL, 1946). Conforme Freitas (2014. p. 4) “Na Constituição de 1967 e 1969 não alteram as normas concernentes à arbitragem, contidas na Constituição de 1946”.

A arbitragem, antes de ter uma lei específica, tinha base legal pelo Código Civil, de 1916, no seu artigo 1.045⁷¹, que direcionava as homologações para poder Judiciário sentenciar e arbitrar. Assim, não afastava, por completo, a jurisdição estatal (BRASIL, 1916).

Na Constituição Federal, de 1988, manteve-se esse posicionamento, conforme a previsão do art. 5º, inciso XXXV⁷², que assegura o direito do acesso à Justiça, o que ocorre por intermédio do Poder Judiciário; com isso, aumentou a procura ao Judiciário o que faz com que haja uma judicialização muito grande, ao

69. Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

70. Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 5º - E livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer.

71. Art. 1.045. Revogado pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996:

Texto original: A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como arbitro nomeado pelas partes.

72. 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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

ponto de sobrecarregar esse Órgão da Justiça, o que demanda pela necessidade de meios alternativos, como à mediação. Conforme explica Torres (2005, p. 19).

O povo sabe que é importante e imprescindível a atuação do Poder Judiciário, mas indiscutível que há uma inconformidade sobre a demora da prestação Jurisdicional. Essa fama de que os processos se eternizam nas comarcas e nos tribunais sem uma solução que atenda com rapidez e eficiência aos interesses das partes vai gerando o descrédito, criando a sensação de que mesmo obtendo a vitória da causa proposta, ela chega, em inúmeros casos, tarde, e, muitas vezes, em face do tempo decorrido, não mais beneficiando quem fora parte da ação.

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo, estritamente, voluntário, relativamente, informal, a ter lugar, preferencialmente, em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (PINTO, 2005, p.20).

Os obstáculos hodiernos, enfrentados na intervenção mínima, feita pelo Estado, com a prática jurídica no controle social e solução de conflitos, parece ser a alternativa adequada para a população sanar a maioria dos litígios. Com a primazia do Direito Penal, um modelo preventivo torna os conflitos dentro da esfera penal e promove uma atenuação entre as partes e a sociedade.

A intervenção mínima do Estado, consagrada como princípio do Direito Penal, encontra obstáculos na prática jurídica, já que, no nosso dia a dia ele é usado para suprir as lacunas do próprio Estado, como se fosse a única alternativa possível de controle social e de resolução de conflitos. Como reação ao Direito Penal *prima ratio*, a diversificação, ou desjudicialização, como modelo preventivo, através da mediação penal, torna-se uma opção na composição de conflitos na esfera penal, constituindo uma prática eficaz para promover um encontro de pacificação entre vítima, ofensor e comunidade (MIRANDA, 2012, p. 1).

No Brasil, diante da preocupação em dar tratamento diferenciado a crimes com menor grau de lesividade, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, pela União, nos Distritos, Territórios e Estados, para a conciliação, processo e execução. Orientaram-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, e economia processual, assim diz a Lei nº. 9.099/1995 (BRASIL, 1995).

Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996) criada com a importância da convenção arbitral e seus efeitos, na busca de alternativas para solucionar conflitos prioriza a vontade das partes e visa à paz de litígios. De acordo com Carneiro (1997 p. 40-41).

Consoante a moderna tendência de buscar meios alternativos de solução de litígios, a recente Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, prioriza a autônoma da vontade das partes em sede de direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização sem os entraves constantes da legislação que até então regulava a matéria (arts. 101 e 1072 a 1102 do CPC).

Pela nova lei “convenção de arbitragem” compreende-se a “cláusula compromissória” art. 4^a73 e o “compromisso arbitral” art.9^o74.

Carneiro (1997) diz que a maior prestância da Lei nº. 9.037/1996 estará em sua aplicação no nível internacional, pela previsão de que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil, em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no Ordenamento brasileiro interno, sujeita à homologação do Superior Tribunal Federal, nos termos dos artigos 483⁷⁵ e 484⁷⁶ do Código de Processo Civil.

Segundo Soares Sobrinho (2015, [s. p]), a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) esclarece que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito e invoca a solução consensual dos conflitos, mediante os meios adequados para tal fim, entre os quais, além da arbitragem a conciliação e mediação a serem estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e Ministério Público, tanto no início, como no curso do processo, conforme previsão do art. 3^o77 §2º e 3º.

Na prática, significa uma mudança de paradigma quanto à forma de encarar os litígios, mediante a autocomposição como regra na fase pré-processual e processual. Também, rompe-se com a cultura do conflito entre as partes e favorece uma nova concepção no tratamento do Judiciário com vistas, inclusive, à cooperação e duração razoável do processo para os casos em que há possibilidade de autocomposição à satisfação de interesses de forma justa e efetiva artigo 3º parágrafos 4º e 6º.

A lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996).

A Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, que alterou a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972 e revogou o parágrafo 2º do artigo 6º da Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997, tem a finalidade de realizar a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, assim como abordar sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

73. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

74. Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

75. Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

76. Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

77. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Essa Lei nº. 13.140/2015, no artigo 2º⁷⁸, prima pelos princípios que norteiam a lei de mediação pela legítima conciliação, dentro da sua lisura e clareza. Com a Resolução nº 125/2010, houve, no Brasil, um avanço para o investimento alternativo de resolver conflitos diante desse meio alternativo de uma justiça restaurativa. A conciliação e mediação vieram para abrandar e possibilitar maior oportunidade de solucionar litígios e garantir para população mais efetividade e imparcialidade, por meio desse método.

No ordenamento jurídico, a mediação está ganhando expressividade e foram criados os Centros Judiciários de Soluções e Conflitos e Cidadania, (CEJUSC) para melhor materialização das normas de mediar.

Hoje no Brasil encontramos um grande investimento na resolução alternativa de conflitos, principalmente em relação à conciliação e à mediação. Com a Resolução 125/10 do CNJ, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), onde se efetiva a conciliação, tanto pré quanto processual, por meio dos agentes da conciliação e da mediação. Vemos, porém, a dificuldade de a população aceitar essas decisões. Para garantir à população a efetividade, a imparcialidade e a transparência desses métodos, a Resolução 125/10 do CNJ traz um Código de Ética, que deve ser respeitado pelos conciliadores e mediadores.

A conciliação e a mediação estão ganhando força em nosso ordenamento jurídico. Não bastando os dispositivos expressos no Código de Processo Civil, na Consolidação das Leis de Trabalho e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução 125/10. Essa resolução, além de criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, regulamenta todos os procedimentos da conciliação e da mediação (BARBOSA, 2014, [s. p]).

Alguns princípios que norteiam a conciliação e mediação, conforme Pereira (2017, p.3), como autonomia da vontade, direito das partes decidirem sobre os seus destinos, se relacionando entre si pela voluntariedade. Esclarecendo sobre os direitos e opções dispostas pela lei com informalidade, respeitando a lei vigente, com independência e a autonomia e liberdade dos conciliadores e mediadores para exercerem suas funções, demonstra a importância da oralidade na comunicação entre partes.

A imparcialidade e neutralidade, tanto o conciliador, como o mediador, dá as partes oportunidades para que elas possam explorar a negociação, na busca do consenso que impede a competitividade, diante da boa-fé de ambos. Nas audiências de conciliação e mediação, os procedimentos devem ser justos, ter confidencialidade, proteção e sigilo das informações, dos documentos, e declarações, feitas pelas partes, conforme enumera Pereira.

a) princípio da autonomia da vontade. b) princípio da voluntariedade e decisão informada. c) princípio da informalidade. d) princípio da independência e) princípio da oralidade. f) princípio da imparcialidade. g) princípio da cooperação e busca do consenso. h) princípio da boa-fé. i) princípio da confidencialidade (PEREIRA, 2017. p.3).

78. Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

4 A Mediação Penal no Rio Grande do Sul, e o Programa Mediar na Comarca de Cruz Alta - RS

O modelo Restaurativo de Mediação Penal foi uma foi iniciada pela Polícia Civil não Município de Canoas RS e visto que a medida de solução de conflitos estava numa direção correta e com os resultados esperado, a Justiça Estadual resolveu implementar em outras Delegacias Regionais.

A Mediação Penal é uma técnica da Justiça Restaurativa que busca a transformação do conflito, tem seu objetivo de contornar e ajudar no bem-estar da das partes, celebrando um acordo entre elas, o que resulta no seu bem-estar e reflete a toda sociedade.

Na Justiça Restaurativa, ou nas práticas restaurativas, ocorre a transmutação do conflito, pois o objetivo maior da restauração é adquirir o bem-estar entre as partes, de modo a restaurar a relação que foi quebrada em razão da realização do delito. A mediação penal é uma das técnicas utilizadas na Justiça Restaurativa (MIRANDA, 2012, p 5).

Após a implementação no Brasil da nova forma de solucionar os conflitos, diminuindo as demandas do Judiciário, alguns Estados como Minas Gerais, São Paulo, Curitiba, Distrito Federal, estão fazendo uma mudança nas suas formas de enfrentar os conflitos, por meio de Portarias, que incentivam a medição dentro da Justiça Restaurativa no âmbito dos delitos Penais, segundo Miranda (2017, p. 8).

Em São Paulo, a Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Santana, em parceria com o Instituto Famíliae, implantou o Projeto Experimental Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar, como também em São Caetano do Sul. Há outros projetos sendo desenvolvidos no âmbito penal no país como no Juizado Especial Criminal de Curitiba, Paraná, em que as técnicas de mediação são aplicadas nas audiências de conciliação e, em caráter experimental, no Juizado de Menores, no qual o Serviço de Mediação Penal funciona. Em Belo Horizonte e Região Metropolitana, algumas universidades vêm utilizando os métodos não adversariais de solução de conflitos com a criação de Centros de Mediação, onde o governo estadual instalou Núcleos em que funciona o Programa de Mediação Penal. (FARIA, 2007, p. 244). Podemos ainda destacar o Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes de Brasília, DF, que realiza a mediação penal em seus procedimentos, e citar, de igual maneira, a mediação penal utilizada no Maranhão, como forma alternativa de resolução de conflitos.

A Mediação Penal, que integra a Mediação Restaurativa, é uma forma de solucionar conflitos, acrescente litigiosidade das relações é o fato de que no Brasil tramitam, em todas as esferas da Justiça, mais de 100 milhões de processos. Isto para uma população de 200 milhões de habitantes, segundo manual programa mediar (2018. p.8) e considerando que, de acordo com projeções feitas pelo CNJ (2015), esse número de processos pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020.

No Estado do Rio Grande do Sul, a mediação de conflitos na esfera penal é feita em órgãos da polícia Civil. Iniciou no ano de 2013, no Município de Canoas, onde se obteve grande sucesso conforme Terres (2016, p. 48 e 40).

Assim, a postura e obrigação do Estado criou uma diversificação ou uma descentralização judicial, com programa mediar vem ao encontro a essa necessidade de sanar os conflitos, a Portaria nº 168/2014⁷⁹ no seu artigo 3º I, II⁸⁰ institui e estabelecem as diretrizes para o programa mediar-RS.

CONSIDERANDO, que o princípio do acesso à justiça é um direito fundamental consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 e que deve ser interpretado de forma ampla;

[...]

CONSIDERANDO, que o projeto Mediar/RS (projeto piloto de mediação de conflitos no âmbito da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul), desenvolvido no município de Canoas, demonstrou resultados positivos na resolução pacífica de conflitos, inclusive com apoio do Ministério Público e do Poder Judiciário;

[...]

CONSIDERANDO, a necessidade de padronizar os procedimentos desenvolvidos nos diversos órgãos da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul (Portaria 168/2014).

O Programa Mediar traz no seu objetivo principal combater a violência, oportunizando as partes o diálogo de paz, dando poder à vítima e ao ofensor em resolver de forma mais rápida e eficaz o delito, com assunção das responsabilidades, restabelecendo, assim, o convívio na sociedade sem agravamento do fato criminal.

Tem como objetivo principal a prevenção da violência e da criminalidade; Possibilitar às partes em conflito a oportunidade de restabelecerem um convívio pacífico através da intervenção do Estado (PC); proporcionar empoderamento das partes que, de forma horizontal, resolvem suas controvérsias, tornando-se partes ativas na decisão a ser tomada; oferecer uma resposta rápida às demandas, evitando o agravamento do fato criminal; desafogar a carga de conflitos encaminhados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, tratando as relações entre os indivíduos na fase de Polícia Judiciária; diminuição na reincidência na prática delitiva com consequente diminuição da violência (RS Polícia Civil, Programa Mediar 2018).

A Polícia Civil, no Estado do Rio Grande do Sul, possui, hoje, na sua formação, conforme dados do Projeto Mediar, 48 Núcleos de mediação, que são compostos por policiais civis, em que propõe expandir a Justiça Restaurativa com a ideia de uma justiça não punitiva, com um processo de apaziguamento de corrente da evolução da cultura diálogo e consenso, com 12 edições do curso de formações de mediadores foram capacitados para manter esse projeto uma equipe de 108 Delegados, 233 Agentes, 1 conselheiro Tutelar, 2 desembargadores, 8 mediares Judiciais, 1 Assistente da Promotoria, 2 promotores de Justiça, e 2 procuradores de Justiça (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

79. Art. 1º – Instituir e estabelecer as diretrizes relativas ao programa MEDIAR/RS, para aplicação do método de mediação de conflitos no âmbito da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

Art. 2º – A Mediação de Conflitos consiste em um método de Resolução Alternativa de Disputas (RAD), de caráter extrajudicial, no qual as pessoas envolvidas, através da conversação e alteração do padrão de discussão, têm a possibilidade de solucionarem seus conflitos com auxílio de um facilitador, denominado mediador. Parágrafo único – O Mediador é um terceiro imparcial, que facilita a comunicação entre as partes. Não oferece soluções, nem atua como conciliador apenas estimula o diálogo franco e pacífico, auxiliando as partes a encontrarem, elas próprias, a solução para o conflito.

Art. 4º – O procedimento a ser seguido é o previsto no fluxograma anexo a presente Portaria, o qual observará as seguintes diretrizes:

Art. 6º – As Delegacias de Polícia que participarem do Programa Mediar/RS serão definidas pelo Chefe de Polícia em conjunto com o gerente do programa, obedecendo a critérios técnicos e de conveniência.

80. Art. 3º – O Delegado de Polícia encaminhará ao Cartório de Mediação de Conflitos as ocorrências policiais que:

I – tratem de infrações penais cuja ação penal seja disponível ou condicionada à representação da parte;

II – tratem de relações continuadas, ou seja, relações onde as partes possuam uma convivência mútua, como, por exemplo, relações de vizinhança e coleguismo.

No Estado do Rio Grande do Sul, em 2016, foram registradas 1.418.864 (um milhão quatrocentos e dezoito mil, oitocentos e sessenta e quatro) ocorrências Policiais. Destas, 511.487 eram casos passíveis de mediação.

Conforme Secretário da Segurança Pública, Cezar Schirmer, uma investigação que resulta em inquérito ao Poder Judiciários tem um custo de R\$ 1,5 mil que com 10 atendimento de sucesso feito pela Policia civil possibilita a instalação de um núcleo de mediação que necessita de R\$ 15 mil.

Uma investigação que resulta em inquérito remetido ao Poder Judiciário custa aproximadamente R\$ 1,5 mil, de acordo com a Polícia Civil. A instalação de um núcleo de mediação necessita de cerca de R\$ 15 mil. “A iniciativa se paga a partir do décimo caso atendido com sucesso. Um processo que onera menos o Estado e possibilita a resolução de questões de forma menos traumática”, avaliou o secretário da Segurança Pública, Cezar Schirmer (SILVA, 2018, [s.p]).

Palavras que estão na mente dos policiais civis do Estado RS para uma mediação são dialogo e paz esse apaziguamento nas disputas da mediação registram em junho de 2018, um número de 2014 mediações realizadas, totalizando 4.028 pessoas atendidas com uma reincidência de, apenas, 16 casos menos de 1% voltaram a se atritar segundo dados (RS Policia Civil, Programa Mediar 2018).

Por intermédio dos números de mediações, realizadas pela Policia Civil, resultou uma economia considerável ao erário do Estado do RS, de R\$. 2.997.000,00.

O elevado número de processos no Poder Judiciário, com delitos de menor grau de reprobabilidade e os bons resultados alcançados com a medição penal, implementada no Rio Grande do Sul como um instrumento extrapenal.

A Delegacia de Cruz Alta RS, na Circunscrição da 5ª DPRI, com o Programa Mediar – RS, que engloba os Municípios de Pejuçara, Santa Bárbara do Sul, Ibirubá, Salto do Jacuí, Selbach, Fortaleza dos Valos, vem alcançando seu objetivo específico a paz social. Até o mês de julho 2018, com 142 mediações e 3 reincidências, conforme (RS Policia Civil, Programa Mediar 2018).

Após o incidente, em que gerou um desacordo entre vítima e ofensor à vítima vai até a Delegacia de Polícia no qual registrando o delito, formaliza o conflito, autoridade Policial vai analisar verificando se o caso é passível de Mediação conforme rege a Portaria nº168/2014, caso possibilite mediar o registro é encaminhado ao Núcleo onde é feita pesquisa complementar (RS Policia Civil, Programa Mediar 2018, p.27).

Conforme manual da RS Policia Civil, Programa Mediar 2018, antes desse contato deve-se seguir os objetivos dessa abordagem: Nunca esqueça, a primeira vítima de um conflito é o diálogo, por isso devemos auxiliar nesse processo, facilitando a comunicação das partes para que possibilite a satisfação de suas necessidades e uma convivência respeitosa e civilizada. Investigar e identificar o sentimento que foi abalado e desconstruir o conflito.

A equipe de Mediação entra em contato com as partes formalizando convite separado para cada parte comparecer na delegacia. No auxilio desse conflito entra uma ferramenta muito importante, que é a troca das nomenclaturas na audiência individual com as partes, o crime em passa chamar fato, iniciando com *demandante* comunicante, antes chamado de vítima, e o *demandado* (a) antes acusado (a), lhes é oportunizado

falar sobre as razões do conflito, sobre o ocorrido, o que pode ser feito para restaurar a convivência, se tem interesse em participar do programa mediar e se possuem sugestões para a paz.

Demandante e Demandado poderão ser chamados de *mediandos* na audiência conjunta tem oportunidade, num ambiente seguro e dentro do respeito, expor seus posicionamentos, chegando a um acordo assinando termo firmando compromisso, restaurando uma boa convivência, cumprindo-se o princípio da Justiça restaurativa, Junta dá-se a ata ao Procedimento, e remetido ao Poder Judiciário para ser homologado. Tudo acertado a equipe da mediação efetua por 60 dias um monitoramento da relação em contatos quinzenais, demonstrando interesse no apaziguamento e acompanhando o processo de pacificação.

O que se depreende no Município de Cruz Alta é que os números são muito positivos, o que indica que a estrutura normativa, que determinou os princípios, os procedimentos, as formas de atuação foram seguidas, estão sendo seguidas, e que os resultados são compatíveis com a proposta da Mediação nos pequenos delitos obtendo resultados satisfatórios.

Disposições Comuns da Lei 13.140/15(Lei da Mediação) - Termo de Resolução de Conflito artigos 17-18-19-20⁸¹, gera título executivo extrajudicial. Já no Parágrafo único o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial conforme manual (RS Policia Civil, Programa Mediar 2018).

Visto ser uma realidade nas Delegacias da Polícia do Estado do Rio Grande do Sul, e em boa parte dos Estados do Brasil, a Mediação Penal vem tornando cada vez mais um método eficiente e positivo conforme foi apresentado neste capítulo com números que comprovam essa veracidade da conquista da Policia Civil na solução de conflitos com o Programa Mediar.

Considerações finais

Ante a pesquisa realizada, é possível constatar que o método de solução de conflitos satisfaz a necessidade das partes envolvidas, portanto a Mediação Penal como alternativas regulamentadas por lei, é de suma importância, uma vez que é possível obter uma solução do conflito de forma prática, chegando às partes a uma conclusão, rapidamente, de forma a ficarem satisfeitas. Dessa forma, entendemos ser, a mediação método eficiente para a solução de conflitos.

Estado Rio Grande do Sul com uma mediação de diálogo e paz, amparado pela Portaria nº 168/2014, registram até junho de 2018, um número de 2014 (duas mil e quatorze) mediações realizadas, totalizando 4.028 (quatro mil e vinte oito) pessoas atendidas com uma reincidência de, apenas, 16 casos, menos de 1% voltaram a se atritar, no Município de Cruz Alta os números são muito positivos, vem alcançando seu objetivo específico a paz social com 142 mediações e 3 reincidências o que indica que a estrutura normativa, que determinou os princípios, os procedimentos, as formas de atuação foram seguidas, estão sendo seguidas. Os resultados são compatíveis com a proposta da Mediação nos pequenos delitos, foi concluído que as mediações, realizadas pela Policia Civil, além de diminuir os processos que vem abarrotando os tribunais ainda produziu uma economia

81. Art.17.Considera-se instituída a mediação na data para a qual formar cada a primeira reunião de mediação.

Art.18.Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art.19.No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Art.20.O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

considerável ao erário do Estado do RS, de R\$. 2.997.000,00 (dois milhões novecentos e noventa e sete reais), portanto o não gerador de processos judiciais, além de possibilitar, o empoderamento das partes a pacificação das relações a celeridade no resultado aumenta a confiança da população na Instituição Polícia Civil.

Referências

BARBOSA, Camilo. **O Conciliador e o Mediador à luz da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça** -Disponível em:< [bhttp://www. professorcamilobarbosa.com br /2014 / 08 o- conciliador-e-o-mediador-luz-da.html](http://www.professorcamilobarbosa.com.br/2014/08/o-conciliador-e-o-mediador-luz-da.html) - Acesso: em 08 mai 2018 [Artigo]. - 2014.

BRAGANÇA, Fernada e SOUZA, Carla Farias de. **As Etapas de Institucionalização da mediação no Brasil** [Periódico] // revista de Formas Consensuais de Soluções de Conflitos- Disponível em:< [ndexlaw.org/ index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1946/pdf](http://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1946/pdf) - Brasilia Acesso: em 19 mai 2018.

BRASIL, **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil**,de 18 de setembro de 1946.Disponível em: < [http :/ www. planalto. gov.br CCIVIL_ 03/ Constituicao constitui% e3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicaoconstitui%e3%A7ao46.htm)> Acesso: em 30 mai 2018 [Livro].

_____, **CNJ de Notícias**, [http://www.desjud.com.br/2015/06/09/justica-em-numeros - projeta-114-milhoes-de-processos-em-2020/](http://www.desjud.com.br/2015/06/09/justica-em-numeros-projeta-114-milhoes-de-processos-em-2020/) acesso: em 20 jun.2018.

_____, **CNJ de Notícias**, [http:// www.crpsp.org.br/.../pdfs/outros/Resolucao-CNJ- 125_2010.pdf](http://www.crpsp.org.br/.../pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf) Acesso:>17 Ago 2018

_____, **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995** : Disponível em:< [http://www .planalto .gov. br/ ccivil_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm) acesso: em18 Abr 2018.

_____, **Novo CPC Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015** : Disponível em:< [http:// www. planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm) - Acesso: em 06 Abr 2018.

_____, **Lei nº 13.129 maio de 2015** Disponível em: < [http:// www .planalto .gov. br/ CCIVIL /03 / _ Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm) - Acesso: em 30 mai 2018.

_____, **Lei de Arbitragem - Lei 9.307/1996 | Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996** [Relatório]. - [s.l.] : Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Acesso: em 06 Abr 2018.

_____, **Vade Mecun** [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. - Vol. 11.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência** [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 1997. - 8ª : p. 344.

CONFLITOS e Confrontos: em:>[http://www.enfermeiroaprendiz.com.br/conflito-x- confronto-entenda-diferenca-e-saiba-como-gerenciar-os-conflitos](http://www.enfermeiroaprendiz.com.br/conflito-x-confronto-entenda-diferenca-e-saiba-como-gerenciar-os-conflitos).acesso:em 27 Ago. 2018. 15:00.

DELGADO, Jose Augusto. **A Arbitragem No Brasil - Evolução Historica e Conceitual** [Artigo] / ed. 2004 Revista Bonijuris. - [s.l.] : Disponível em:<[https://livros-e- revistas. vlex. com.br/vid/arbitragem-brasil-historica-conceitual-41266923](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/arbitragem-brasil-historica-conceitual-41266923), 2004. - Acesso: em 30 mai 2018.

FREITAS, Júnior. **Histórico da Arbitragem no Brasil. Breve análise de alguns pontos da Lei n. 9.307/96.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29385/historico-da-arbitragem-no-brasil-2014>> Acesso: em 30 mai 2018 [Artigo].

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa** - 4.ed. - editora atlas São Paulo:2002.

MELO, Alessandro Romã. **Mediação como Solução Alternativa para os Conflitos.** trabalho conclusão curso Direito. Cruz Alta. 2010

MIRANDA, Andréa Tourinho P.de **Mediação Penal e Política Criminal: Uma Terceira Via para Composição de Conflitos**-Disponível em: < <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1110/10%20R%20Mediacao%20penal%20-%20andrea.pdf?sequence=1> [Artigo]. - 2012. - Acesso: em 09 mai 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspetos Relevantes do Institutos da Mediação no Mundo e no Brasil-Virtual Direito Brasil** [Periódico]. - [s.l.] : disponível em:< <http://direitobrasil.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>, 2012.-2º :Vol.6. - Acesso: em 18 mar 2018. PAIDA, Zenilda. **Mediação e arbitragem como forma de solução de conflito. Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 06 mar. 2012. Disponível em< <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35982&seo=1>>. Acesso: em 20 maio 2018.

PEREIRA Talita Martins, 2008 Disponível< <http://mediacaoearbitragem.directorioforuns.com/t4-para-voce-qual-a-importancia-da-mediacao> -acesso: em 23/05/2018.

POLÍCIA CIVIL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO **168/2014**. Disponível<www.pc.rs.gov.br/upload/20161024112211port. acesso: em 15 abr 2018.

PINTO, Renato S. Gomes, **Justiça Restaurativa, Coletânea de Artigos**, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF:Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).p.20.

RIO GRANDE DO SUL. **Programa Mediar**. 2018. Disponível em: programamediar@pc.rs.gov.br. Acesso em: 11Set.2018

SILVA, Claiton. Disponível<<https://estado.rs.gov.br/governo-inaugura-38-nucleo-de-mediacao-de-conflitos-em-santa-maria>. Acesso em: 05/Set.2018.

SOBRINHO, Afonso Soares de Oliveira 2015 Disponível <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conciliacao-mediacao-e-acesso-a-justica-no-novo-codigo-de-processo-civil,53347.html> acesso 08 Mai.2018.

TALIÃO, Lei de. Disponível em ><http://mentaldv.weebly.com/a-lei-de-taliatildeo-conceito-e-origem.html> acesso: em 27 Ago. 2018. p.1. 16:30.

TERRES, Maikeli Moreira, **Mediação de conflitos e a segurança pública**. Disponível <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1541/1/2016MaikeliMoreiraTerres.pdf>. Acesso em: 30 Ago. 2018. p. 48 a 50.

TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso á Justiça** [Livro]. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. **Manual de Normantização de Trabalhos Academicos** [Livro]. - Cruz Alta : [s.n.], 2018. - 5º : p. 118.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Brenda Silva da luz⁸²

Sinval Raichardt de Araújo⁸³

Andréia Moser Keitel⁸⁴

Resumo

Busca-se avaliar uma nova dimensão que a legislação brasileira mais recentemente apresentou, devido às mudanças, tanto acerca do instituto da mediação em si, quanto ao incentivo à autocomposição no Código de Processo Civil de 2015, bem como a (in)eficácia de sua aplicabilidade através das atas de sessões realizadas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Cruz Alta entre fevereiro e outubro do ano de 2018.

Considerações iniciais

O presente artigo tem como objetivo estudar a mediação no contexto do Código de Processo Civil, consolidado na identificação e investigação das características, procedimentos, princípios e dos possíveis benefícios do mencionado instituto, na perspectiva de que os mecanismos de autocomposição possam, de fato, contribuir para a resolução menos conflitiva dos litígios, permitindo um verdadeiro e efetivo acesso à justiça através da consensualidade e da informalidade. Busca também uma interpretação a respeito da relevância da mediação no ordenamento jurídico brasileiro possibilitando ainda o exame dos resultados da aplicação do instituto junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da Comarca de Cruz Alta, no ano de 2018, por meio da consulta às atas das sessões de mediação ocorridas neste ano, disponibilizadas pelo órgão local.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, apresenta-se as especificidades do instituto, levando-se em conta o que determina a referida lei, bem como os princípios que devem reger as sessões de mediação e as fases do seu procedimento, segundo o Manual de Mediação publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2016. Por fim, foi uma análise da sua aplicação junto ao CEJUSC da Comarca de Cruz Alta, resultante da consulta e avaliação de 41 (quarenta e uma) atas de sessões de mediação, ocorridas entre fevereiro e outubro

82. Autora do artigo. Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: brendasluz@hotmail.com

83. Autor do Artigo. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: sinvaldaclave@hotmail.com.

84. Orientadora. Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Docente e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: akeitel@unicruz.edu.br.

do ano de 2018, e os resultados apresentados nesses termos, no sentido de ter havido acordo levado a termo ou não.

Assim, foi realizada uma pesquisa de procedimento bibliográfico, documental e estudo de caso, cuja metodologia utilizada é a descritiva, expondo discussões e conceitos previamente estabelecidos na doutrina jurídica, com uma abordagem qualitativa, na análise do caso concreto do CEJUSC de Cruz Alta e o estabelecimento de correlações e interconexões com os conceitos expostos.

Busca-se, deste modo, identificar as características do instituto da mediação judicial, nos moldes do atual direito processual brasileiro, e, a partir daí, descrever as nuances processuais deste instituto que, essencialmente, podem contribuir para mudanças conjunturais no ordenamento jurídico pátrio na forma de abordagem das resoluções de conflitos e, finalmente, avaliar o potencial da mediação judicial como elemento de efetividade do acesso à justiça, inclusive no âmbito do CEJUSC da Comarca de Cruz alta, na medida em que se busca, desde o exórdio do processo, colocar os sujeitos da relação processual em um meio de diálogo e de possibilidade de resolução da lide por meio de um acordo.

1 Conceituação e princípios da mediação

Para fins de conceituação da mediação, é importante discorrer sobre a sua diferenciação da conciliação, pois ambas são técnicas apresentadas como os principais exemplos de solução alternativa de controvérsias. A diferença entra a mediação e a conciliação é sutil e segundo Didier Júnior (2015, p. 275) “talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos no seu aspecto substancial”.

Segundo o art. 165 do Código de Processo Civil, a diferença reside na existência ou não do vínculo entre as partes anteriormente ao litígio e na possibilidade de sugestão de soluções ou a simples condução das partes na direção de uma solução. O conciliador será aquele que atuará nos casos em que inexistente o vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio em questão. Já o mediador, atuará nos casos em que existir vínculo anterior entre as partes, e as auxiliará na compreensão das questões e dos interesses em jogo, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar por si mesmas algumas soluções para a lide.

Segundo Sales e Chaves (2014, p. 263) conceitua-se a mediação como

[...] um mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir quanto ao mérito, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado, suas possíveis soluções.

Na definição sintética de Serpa (1999, p. 90 apud ALMEIDA, 2015, p. 92), tem-se alguns outros aspectos importantes, pois a mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”. A mediação, junto dos meios consensuais de solução de conflitos como um todo, é, muitas vezes, alvo de críticas por parte de alguns operadores do Direito mais conservadores, que não possuem perspectivas positivas a respeito destes institutos e preferem os meios mais tradicionais, por assim dizer, que usam de todos os trâmites longos e morosos nos seus processos.

Ainda existe a figura personificada do Juiz como sendo a força e a forma eficaz para que tudo se resolva de maneira justa e de inabalável certeza de que tudo foi feito da melhor forma possível. Todavia, aos juízes cabe difundir e reforçar a figura dos mediadores como sendo, também, profissionais ilibados e de estreita confiança, preparados para dar o apoio e sustentáculo de que tudo sairá a contento de ambos os envolvidos.

Ciente dos desafios para o desenvolvimento desse instituto no país, denota-se que a transcrição do texto contida no Código de Processo Civil no que atine aos princípios informadores da mediação e da regulação dos impedimentos, impossibilidades e penalidades concernentes ao mediador foi cuidadosa. São essas matérias de grande relevância para a cristalização de uma confiança em torno desses terceiros que se propõe a ajudar na solução dos conflitos. Conforme descrito no caput artigo 166 do CPC/2015⁸⁵, a conciliação e a mediação serão informados pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Além deste lastro legal, tem-se o sustentáculo do artigo 2º da Lei nº 13.140 de 2015⁸⁶, que versa sobre as particularidades da mediação, onde, neste artigo, estabelece alguns dos princípios fundamentais deste instituto, como a isonomia entre as partes, a informalidade, a busca do consenso e a boa-fé.

Outra fonte normativa de princípios aos mediadores, conciliadores e demais pessoas que necessitarem dos serviços destes institutos é a já mencionada Resolução 125/2010, do CNJ que em seu anexo III instituiu o Código de Ética do conciliador e do mediador. O artigo 1º do referido código⁸⁷ elenca também os princípios fundamentais que regem a atuação desses auxiliares da justiça, como, a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a independência, a autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação.

2 O papel da mediação no atual contexto do direito brasileiro

A partir da norma posta, os operadores de instrumentos legais autocompositivos devem buscar não só as soluções mais eficientes e harmonizadas com os princípios informadores e norteadores da mediação e das garantias processuais constitucionais, mas também difundir as vantagens dos institutos e sua aplicação para a população, que pode estar ansiosa por soluções efetivas e alternativas ao Poder Judiciário, de forma a incentivar a busca por tais métodos. Conforme observa Azevedo (2017, p. 264):

85. Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

86. Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

87. Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido; III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada; IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável; VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes; VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição; VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

No atual ordenamento jurídico processual brasileiro e, por conseguinte, nos diversos tribunais provedores de serviços autocompositivos no Brasil há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis, mas determinantes para a efetividade do sistema processual e dessas instituições individualmente.

O Código de Processo Civil de 2015 demonstra importante preocupação com os equivalentes jurisdicionais. Já em seu princípio, no artigo 3º⁸⁸, repete-se a diretiva do texto constitucional consagrada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁸⁹, de que não se excluirá da apreciação jurisdicional qualquer ameaça ou lesão a direito. Nos três primeiros parágrafos do artigo do CPC/2015, há previsão dos chamados “meios alternativos” de solução de conflitos. Além de variadas passagens que consagram e/ou incentivam as formas consensuais de solução de controvérsias. Além disso, o CPC/2015 destinou à mediação e à conciliação uma seção inteira de um capítulo, em verdadeira tomada de atitude concreta no sentido de determinar e de aperfeiçoar essas formas outrora desregulamentadas de solução de litígios.

Ainda que por razões óbvias tal seção se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria que elas justamente evitassem sua existência. O CPC/2015 é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente podem incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução de conflitos e, por consequência, a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição. Nas palavras de Quintela (2016, p. 11):

A mediação se apresenta como um meio de prática da alteridade, proporcionando maior compreensão do outro no tratamento de conflitos, uma vez que este método tem por premissa a participação ativa dos mediandos, a fim de que se promova o efetivo acesso à justiça, exercício da cidadania, inclusão social, efetivação dos direitos fundamentais, agir comunicativo e a emancipação social como resposta do Direito em proporcionar a justiça.

Desse modo, tem-se em voga a mediação não só como um fator de celeridade processual e “desafogamento” dos fóruns, mas também um fenômeno com consequências sociais. A mediação como exercício de alteridade, tende a dissipar o desejo do conflito, por si só, afastando a ideia de justiça de uma concepção punitiva, condenatória e vingativa. Segundo Diniz (2017, p. 215):

Com o desenvolvimento da percepção de crise do poder Judiciário, em decorrência do crescimento do número de processos judiciais e ante a possibilidade de recursos que esses processos carregam, tais questões tornaram-se mais fortes, dando ênfase à necessidade de institucionalização da mediação de conflitos judicial. Assim, o desenvolvimento do processo de mediação de conflitos tem sido relacionado à necessidade de diminuir ou de prevenir os processos judiciais, sendo a celeridade na decisão, ou seja, a possibilidade de se obter um acordo com rapidez, considerada seu principal ponto positivo.

O Código de Processo Civil anterior, de 1973, não dava a devida atenção à mediação e à conciliação no que tange às conceituações e sistematizações de ambas, ou o potencial destas em tornarem-se auxiliares da justiça para que, em conjunto, dessem mobilidade e celeridade aos processos, fazendo assim uma aproximação

88. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

89. 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

dos cidadãos com a solução de seus conflitos de maneira mais humana e não tão formal e distante, como um processo que segue os trâmites normais. Deve-se, então, valorizar o fortalecimento dado aos institutos da mediação e da conciliação, que chegam, já inseridas no CPC/2015, para que, em cooperação com a justiça, tragam aos processos um desenvolvimento mais adequado e não tão moroso. Segundo Didier Júnior (2015, p. 134):

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Trata-se de clara manifestação da “invasão da ideia de consensualidade” no direito público, de que o direito processual civil é espécie.

Encontram-se, portanto, normas dispersas no Código de Processo Civil que, igualmente, se ocupam dos métodos autocompositivos, a mostrar que devem ser estimulados a todo e qualquer momento, antes e durante o curso do processo. Permite-se a produção antecipada quando “[...] suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381, II). É atribuído ao juiz o dever de promover o acordo entre as partes, preferencialmente com auxílio de mediadores e conciliadores nos termos do art. 139, V⁹⁰; impõe-se também a tentativa de conciliação pelo juiz na audiência de instrução e julgamento (art. 359)⁹¹; “e estipula-se, ainda, a possibilidade de suspensão dos prazos para execução de programas de conciliação pelo Judiciário conforme se infere da leitura do art. 221, parágrafo único do mesmo dispositivo legal⁹²” (ALMEIDA, 2015, p. 140).

A seção específica a versar sobre os conciliadores e mediadores inicia no artigo 165, §3º do CPC/2015⁹³, ao estabelecer que o mediador auxiliará os interessados na compreensão a respeito das questões e dos interesses em pauta, de modo que possibilite às partes o restabelecimento da comunicação e uma identificação própria da problemática, inferindo, por si próprias soluções que gerem benefícios mútuos. Esse dispositivo estabelece claramente o papel do mediador, que é, antes de tudo, um auxiliar da justiça e que atua com o intento determinado de buscar e facilitar a consensualidade entre as partes.

No entanto o mediador deve ser sempre um terceiro imparcial que ajudará, sugerindo soluções alternativas e pacíficas para o problema, a sua finalidade não deve ser outra que não a de auxiliar as partes para que entre elas mesmas, através da conversação venham a encontrar o denominador comum que agrada

90. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

91. Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

92. Art. 221. Suspende-se o curso do prazo por obstáculo criado em detrimento da parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 313, devendo o prazo ser restituído por tempo igual ao que faltava para sua complementação.

Parágrafo único. Suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos.

93. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

a ambas, o diálogo que se restabelece detectará os pontos controversos e buscará a unidade que fará com que olhem ambas pelo mesmo prisma, ou seja, a pacificação.

Ainda consoante com o artigo 165 do CPC/2015, deverão os tribunais criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (NEVES, 2015, p. 310). Essa iniciativa “retira” do juiz do processo a responsabilidade direta e imediata de tentar, junto às partes, a tentativa de buscar a mediação ou a conciliação. Todavia, ele ainda continua tendo a tarefa, ainda que em um grau menor, nos casos de necessidade ao realizar essa atividade no andamento do processo, no qual já teriam sido frustradas a mediação ou a conciliação em seu limiar.

Os profissionais que atuam nesse seguimento devem estar inscritos em quadro próprio, tanto em âmbito nacional como em cada tribunal. A finalidade desse cadastro é coibir possíveis privilégios de alguns indivíduos em detrimento de outros, por isso deve-se respeitar a “distribuição alternada e aleatória”⁹⁴ entre tais sujeitos. Os cadastros devem informar dados que permitam dimensionar a capacidade do mediador/conciliador, a exemplo do número de processos de que tenham participado e o grau de sucesso obtido nestas atividades, a fim de permitir eventual escolha informada⁹⁵ (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 295).

As partes podem escolher, livremente, o mediador ou o conciliador que atuará em seu caso, e, para tanto, devem estar cientes das habilidades e capacidades desses profissionais. O mediador/conciliador extrajudicial escolhido não precisa estar inscrito no cadastro do tribunal, nem ter se submetido a curso de capacitação anterior, o que o qualifica é a confiança das partes, como reconhece o artigo 9º, Lei nº 13.140/2015⁹⁶. Não havendo consenso na escolha por acordo das partes, o profissional será nomeado pelo juiz, observada a distribuição aleatória, alternada e equitativa entre os especialistas, observada a formação capacitativa de cada um. Contudo, para a mediação judicial, o artigo 11 da mesma lei estabelece especialidade do mediador tanto com curso superior há pelo menos dois anos quanto com curso de capacitação para a mediação⁹⁷.

O trabalho do mediador, salvo quando for servidor público do quadro do tribunal, é remunerado, na forma estabelecida por tabela fixada pelo Tribunal local. Cabe também aos tribunais fixar os percentuais de atividade de mediação e conciliação que podem ser desenvolvidas como trabalho voluntário e embora esse serviço, em essência, não seja remunerado, o terceiro que atuará em determinado caso terá direito ao ressarcimento das despesas necessárias para o desempenho da atividade.

Ao mediador aplicam-se as causas de impedimento e suspeição do juiz, conforme artigo 148 do CPC/2015. Verificando algum desses motivos, deve o mediador comunicar imediatamente ao juiz,

94. Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

95. Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

96. Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

97. Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

preferencialmente por meio eletrônico, para que outro assuma a função. Se o mediador ou o conciliador, suspeito ou impedido, não se afastar da atividade, as partes podem recusá-lo, na forma dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 148. O mediador, para a preservação de sua imparcialidade, não pode atuar em favor de uma das partes pelo prazo de um ano a contar da conclusão da última audiência de que participar. Violada essa vedação, é de se reputar nulo o ato praticado (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 283). As câmaras privadas de conciliação e mediação sujeitam-se ao mesmo controle de imparcialidade a que se submetem os conciliadores e mediadores em geral. Também se sujeitam aos mesmos limites de atuação.

Se o mediador não puder, por alguma razão, mesmo que temporariamente, exercer suas funções deve informá-lo ao Centro Judiciário de Solução de Consensual de Conflitos ora denominado de CEJUSC para que, então, seja interrompida sua distribuição. Se o mesmo for servidor público, do quadro do tribunal, seu afastamento reger-se-á pelas regras próprias do regime dos servidores públicos daquele ente e se a causa do afastamento for permanente, deve este ser excluído dos quadros. Além disso, o mediador pode ser excluído do cadastro, nos casos do artigo 173, podendo também ser suspenso por até cento e oitenta dias, em caso de atuação inadequada. A apuração dessas faltas deve ser realizada em processo administrativo próprio, e sempre mediante decisão fundamentada.

Quanto à aplicação, os procedimentos de mediação e de conciliação também são aplicáveis aos litígios públicos, de acordo com o artigo 32 da Lei nº 13.140/2015⁹⁸. Nesse campo, porém, os limites de sua incidência estão condicionados aos casos em que é possível a autocomposição, haja vista a indisponibilidade de alguns direitos, principalmente quando envolvem patrimônio e interesse públicos e, portanto, a inadmissibilidade da autocomposição conforme previsão constante do artigo 334, §4º, II CPC/2015⁹⁹. Mesmo em casos nos quais o interesse não admita a autocomposição, todavia, é possível o emprego das técnicas para, se for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta em que o objetivo é apenas a oferta de prazo para a correção do comportamento ilegal, ou ainda para a solução de conflitos envolvendo exclusivamente agentes de órgãos e entidades da administração pública.

A permissão ao emprego da mediação e da conciliação não exclui a possibilidade de que se utilizem outras técnicas de autocomposição, a exemplo da avaliação de terceiro desinteressado ou da arbitragem não vinculante. O juiz pode oferecer às partes, além da mediação ou da conciliação, essas demais alternativas, se reputar adequadas ao litígio específico (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 297).

Dessa maneira se configura a mediação no Código de Processo Civil, onde resta evidente o incentivo à autocomposição, desde a possibilidade de se direcionar a ela em qualquer que seja a fase do processo, até o estabelecimento do juiz como uma figura importante no sentido de propiciar desde a fase inaugural do processo a resolução pelo meio pacífico. Ademais, far-se-á a análise do conceito de mediação e sua diferenciação da conciliação, além dos muitos princípios que regem a autocomposição na configuração hodierna da legislação brasileira.

98. Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

99. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência: § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

3 Do procedimento e da mediação na resolução de conflitos – CEJUS Cruz Alta

A mediação pode ser definida como um procedimento de negociação assistida por um terceiro imparcial e sem poder decisório, ao qual incumbe auxiliar as partes e refletir sobre os seus reais interesses, resgatar o diálogo e criar, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e as possibilidades de todos os envolvidos. Conforme estabelece Azevedo (2016, p. 249-250):

As atribuições do Mediador Judicial, relacionadas com a direção da sessão de mediação e com o atendimento às partes, são: a) abrir e conduzir a sessão de mediação, sob a supervisão do Juiz togado, promovendo o entendimento entre as partes; b) redigir os termos de acordo, submetendo-os à homologação do Juiz togado; c) certificar os atos ocorridos na sessão de mediação; d) controlar a comunicação entre as partes, não permitindo que ela se realize de maneira ineficiente; e) reduzir a termo os pedidos das partes, em conformidade com o que ficar acertado com o Juiz.

Destacam-se, assim, três elementos marcantes; (i) o protagonismo e autonomia dos interessados na busca de uma solução que satisfaça ambos; (ii) o papel do mediador como condutor do diálogo, o que demanda a sua capacitação em técnicas específicas para essa função; e (iii) o duplo escopo do procedimento, direcionado não somente à resolução da controvérsia que gerou a instituição do processo, mas também a restauração da comunicação entre os litigantes, hábil à prevenção de novos litígios (ALMEIDA, 2015, p. 141).

A audiência preliminar, a ser realizada, em regra, pelo próprio Juiz. Além de estabelecer a tentativa de composição da lide como o primeiro ato do procedimento em primeiro grau de jurisdição (art. 334), a nova legislação dedica à matéria uma seção específica (art. 165 a 175), que, em síntese, estatui os deveres de criação de centros de solução consensual de conflitos pelos tribunais, em sede judicial; e pela união e entes federativos, em âmbito administrativo; regulamenta a atuação dos mediadores e conciliadores, na qualidade de auxiliares da justiça; e fixa princípios gerais da mediação e da conciliação (*Ibidem*, p. 140).

De acordo com o Código de Processo Civil são admitidas diversas técnicas de mediação, com o objetivo de criar um ambiente favorável à autocomposição. São essas técnicas que auxiliam o mediador no seu trabalho que, na maioria das vezes, é exitoso, dando suporte de conhecimento nesse mister tão importante para que os problemas sejam solucionados o mais rápido possível entre as partes e, ainda, evitando novas desavenças entre estas. Nas palavras de Almeida (2015, p. 142):

Não há apenas um modelo de mediação. As principais abordagens são diferenciadas pelos seus escopos. A primeira delas está representada pela escola linear de Harvard, em que o objetivo precípua é a solução do conflito pela obtenção de acordo. Como consequência, o procedimento é desenvolvido de modo a melhor possibilitar a solução da controvérsia. Os participantes são estimulados a indicar opções por meio de técnicas específicas. Caso não obtenha o acordo, a mediação é considerada frustrada. O modelo linear é instrumento de diminuição de litígios pendentes de julgamento perante o judiciário, porquanto, ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de interesse ajuizado ou prestes a sê-lo.

Para fins de estabelecimento das etapas de uma sessão de mediação, será utilizado o Manual de Mediação Judicial, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016. O procedimento de mediação, em geral, possui um norte de divisão em cinco fases, sendo elas: a) declaração de abertura; b) exposição de razões pelas partes; c) identificação de questões, interesses e sentimentos; d) esclarecimentos acerca de

questões, interesses e sentimentos; e e) solução de questões. O processo se desenrolará nessa ordem, contudo, com flexibilidade prática nas seções de mediação, que são mais ágeis e, portanto, mais céleres, sendo que as formalidades são colocadas de maneira a agilizar o processo e não de travá-lo, mas seguem o mínimo exigido em lei.

O mediador dirige as fases da mediação com o objetivo estabelecido de desencadear uma sequência dentro da lógica de cada uma delas, dessa forma se conduz a sessão com segurança. O profissional, como estabelece o Código de Processo Civil, deve buscar auxiliar as partes na solução própria e autônoma das pendências que estão em pauta. Cumpre trazer, ainda, que há planejamento quanto a qualidade ética dos responsáveis por cada sessão – que pode ser estabelecida e avaliada a partir de parâmetros mínimos de legalidade que devem ser seguidos nas sessões de mediação.

Já quanto à sessão de abertura, aponta Azevedo (2016, p. 164):

A sessão de abertura (ou declaração de abertura) tem como propósito apresentar às partes o processo de mediação, explicando-lhes como se desenvolve, quais as regras de deverão ser seguidas, sempre no intuito de deixá-las confortáveis com o processo em si, como também de evitar futuros questionamentos quanto ao seu desenvolvimento [...] que as partes adversárias se habituem a sentar uma ao lado da outra, em um mesmo ambiente.

Se houver mais de um mediador é vital, segundo Azevedo (2016), que tenham conversado anteriormente para demarcar a maneira e os momentos em que cada um fará sua intervenção, o que torna a sessão mais organizada. A mediação, portanto, é um processo bastante dinâmico em que o serviço e suas formalidades são examinados, sob a perspectiva das necessidades de cada usuário e de cada situação problema.

Todo planejamento desse processo deve ser voltado à forma de melhor satisfazer as expectativas do usuário, afinal, o que se deseja é fazer com que as partes saiam satisfeitas da mediação. Sendo assim, pode-se notar que alguns detalhes comportamentais do mediador são levados em máxima conta, tendo em vista as consequências que cada ato pode ter na condução das partes ao ajuste.

Quanto ao processo, o mediador deve explicar brevemente como a mediação será desenvolvida, enfatizando, desde o princípio, que cada um dos participantes terá a sua vez para se expressar, sem interrupção. É adiantado às partes que deverão evitar interrupções nas falas do outro mediando, uma vez que todos terão a possibilidade de também manifestar as suas opiniões e relatos dos fatos. A possibilidade da fala de cada mediando é, pois, o que dará ensejo à busca de um possível consenso. Nas palavras de Azevedo (2016, p. 168):

O mediador precisa enfatizar algumas características do processo de mediação, sobretudo a sua informalidade e sua orientação a resolução de todas as questões que as partes venham a apresentar, afirmando que o enfoque central da comunicação será a realização dos interesses das partes, e não a produção ou discussão de provas ou teses jurídicas.

No tocante às regras, após o mediador explicar o procedimento, deve verificar se há algum questionamento ou alguma preocupação de qualquer das partes quanto à mediação. Os mediandos precisam estar cientes das regras e do objetivo da mediação e, sobretudo, estar de acordo com tais aspectos.

Após a manifestação das partes, o mediador deve fazer um resumo da controvérsia apresentada para verificar as principais questões, bem como os interesses que as perpassam conjuntamente com as partes. A

técnica usada deve ser a do resumo de texto único, para se colocar duas perspectivas em uma única descrição e ser centralizada a discussão nos principais aspectos. Para o mediador, trata-se de uma efetiva organização, pois pode se estabelecer uma versão imparcial e prospectiva, isto é, voltada para as soluções aos fatos identificando quais são os pontos a serem debatidos na sessão e quais os interesses e necessidades que cada uma das partes possui (AZEVEDO, 2016, p. 178).

Existe a possibilidade de serem realizadas sessões individuais ou privadas. Constituindo-se num recurso que o mediador deve lançar mão, sobretudo, no caso de ineficiência comunicativa entre as partes. As sessões individuais são utilizadas em hipóteses tais como um elevado grau de animosidade entre os mediandos ou uma aparente dificuldade de uma ou de outra parte de se comunicar, ou de expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, do ponto de vista pessoal.

Terminada a sessão privada com cada uma das partes, a etapa seguinte é uma sessão conjunta onde será buscada a conciliação de todos os interesses revelados nas sessões individuais. A sessão conjunta é a etapa em que as partes irão debater possibilidades de acordo, em que o mediador deverá estimular as próprias partes a se comunicarem para alcançar o consenso. Somente quando as partes não conseguirem ofertar suas propostas é que o próprio mediador deverá apresentá-las, conforme informações que tem conhecimento e autorização para revelar, de acordo com o que foi dito em cada uma das sessões individuais.

Conforma assevera Azevedo (2016, p. 193):

[...] a mediação destina-se, além de educar as partes para procedimento de resolução de disputas (*i.e.* empoderamento) e estimulá-las ao entendimento recíproco (*i.e.* validação ou humanização da relação social), ao acordo – quanto às questões não financeiras (*e.g.* a forma de relacionamento das partes) e às questões financeiras. Naturalmente, este acordo deve ser buscado de modo que traga satisfação às partes, um dos principais propósitos do processo de mediação, como também a razão principal para elas terem resolvido dela participar. Desse modo, na fase de elaboração do acordo, as partes devem identificar e avaliar todo o conjunto de informações, propostas eventualmente surgidas a partir da análise dos interesses e questões; realizar as negociações necessárias; desenvolver, testar e verificar a viabilidade das propostas apresentadas, como também dar às partes a sensação de estarem alcançando o acordo.

O desenvolvimento do acordo trata-se, portanto, de uma fase em que o consenso vai se amoldar à vontade compartilhada pelas partes, em razão da perspectiva que estas construíram ao longo da sessão com relação ao conflito. É a etapa para que todo o progresso das fases anteriores seja objetivado em termos de um compromisso. Elaborado tal acordo, parte-se, para a fase de formalização, em que um documento escrito irá detalhar o acordo verbal. O acordo deve ser passível de execução em caso de inadimplemento, um indicativo de que a mediação foi bem desenvolvida sem esquecer que o melhor consiste no adimplemento espontâneo do acordo construído.

O escopo de qualquer processo de resolução de disputas é pacificar por meio de critérios tidos como justos na concepção das partes. Não é diferente no processo de mediação. O propósito da mediação é fazer com que as partes saiam satisfeitas do procedimento, tenham conseguido chegar a um acordo que seja justo para ambas e, por fim, que a disputa, antes existente, seja pacificada. Assim,

Durante a mediação, evidencia-se o que a doutrina denomina de *empoderamento* – as partes tornam-se mais aptas a examinar as questões, negociar com a parte contrária e, sobretudo, preparadas a lidar não

apenas com uma situação semelhante, mas também possíveis futuras controvérsias acerca de temas diversos. A compreensão, outrossim, se estende de um plano meramente individual para um âmbito conjunto e harmônico, em que se torna possível entender o que a outra parte está sentindo, desejando, necessitando e, desse entendimento, tem-se um juízo menos parcial e mais cooperativo. Esse objetivo é atingido, normal e usualmente, pelo próprio desenrolar da mediação, mas pode ser reforçado pelo emprego de técnicas apropriadas, em que se verifica como cada parte compreendeu os interesses, as necessidades, os valores e os desejos da parte contrária (AZEVEDO, 2016, 196-197).

Nesse sentido, a mediação que alcança a finalidade de acordo possui em todas as suas nuances um significado de empoderamento real das partes e a consumação da compreensão harmônica e conjunta da controvérsia, além de múltiplos benefícios na comunicação e nos relacionamentos. Constrói-se, assim, o padrão a ser seguido e buscado pelo mediador em cada sessão a ser conduzida.

Para proceder a um exame acerca da eficácia da mediação judicial junto ao CEJUSC da comarca de Cruz Alta, foi realizada uma análise através de informações inerentes aos processos em que foi realizada, ou ao menos em que não se teve cancelada a sessão de mediação, no decorrer do ano de 2018. Assim, levantou-se os números dos processos e as datas das sessões de mediação de cada um desses processos. Desse modo, foi possível a consulta junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o acesso as atas de sessões de mediação destes processos, para fins de conferência sobre a possibilidade ou não de acordo. Embora o CEJUSC de Cruz Alta não possua um banco de dados em que se pode consultar tais atas de maneira particularizada, obteve-se, ao consultar o histórico físico de pautas do órgão, acesso à 41 (quarenta e uma) atas de sessão de mediação, no período de 23 de fevereiro à 22 de outubro de 2018.

A configuração dos resultados dessas sessões foi de que não houve possibilidade de acordo em 21 (vinte e uma) sessões; em outras 9 (nove) uma das partes ou ambas as partes não compareceram, restando prejudicada autocomposição; 5 (cinco) sessões entraram em análise de propostas para futuro possível acordo; em 2 (duas) não foi possível o acesso a ata, por estarem sob sigilo de justiça; do total de sessões analisadas, 4 (quatro) foram exitosas, no sentido de que as partes entraram em acordo que foi, então, levado a termo.

A impossibilidade de acordo, como se pôde ver, é o resultado mais recorrente nas atas das sessões consultadas, não havendo em nenhuma delas a descrição do conteúdo dos diálogos ou das motivações que levaram ao desacordo. Ademais, a ausência de uma das partes se mostrou outro motivo significativo para a impossibilidade de acordo nas sessões autocompositivas. A análise de propostas para um reencontro e um novo diálogo ulterior demonstra que houve a concretização de um diálogo minimamente produtivo, que abriu caminhos para o retorno e a possibilidade de acordo, até então inexitoso.

No que concerne à análise acerca da efetividade das sessões quanto ao comparecimento das partes, a proporção é alta, levando-se em conta o total de sessões ocorridas. Isto é, pode-se apontar como aceita pelas partes, na maioria dos casos, a perspectiva da autocomposição. Porém, a possibilidade de acordo se fez efetiva em 4 (quatro) casos e possível em 5 (cinco) dos processos consultados.

Tal número pode ter muitas determinantes que única ou conjuntamente influenciam no resultado da sessão, desde as condições fáticas que levaram as partes ao litígio, o que, muitas vezes, condiciona a expectativa de escolha entre o acordo ou de se levar ao cabo o conflito; a percepção de que somente uma sentença judicial é capaz de dar efeito ao cumprimento da obrigação ou à desconstituição de determinada

relação jurídica; até a condução real das sessões de mediação; a ausência de informação pelas partes sobre o real sentido deste instituto ou as circunstâncias materiais de ambiente e ânimo com que é conduzido o diálogo.

É relevante salientar o número de sessões ocorridas tão somente no referido ano de 2018, sendo que é possível que ainda se efetive o acordo naquelas em que se postergou a decisão das partes e naquelas que correm sob sigilo de justiça. O número de processos em que não foi possível conciliar os interesses das partes é significativo em proporção aos processos consultados, porém, uma mudança de percepção dos indivíduos que, precipuamente, deram início a uma ação judicial com intenção de ter uma sentença que resolva o conflito, ocorre de maneira gradual. É preciso valorizar o interesse demonstrado pelos indivíduos na autocomposição, embora os dados aqui expostos não tenham significado a predominância do acordo.

Desta forma, pode-se chegar à conclusão de que o insucesso relativo da amostragem aqui analisada não confere limitação ao instituto em sua forma ou em sua finalidade. A possibilidade de ocorrência das sessões tem como pressuposto a declaração de interesse pelas partes na fase postulatória do processo, haja vista a exigência que o Código de Processo Civil trouxe quanto a manifestação sobre a possibilidade de autocomposição pelo autor, já na petição inicial, e pelo réu na contestação. O que se pode assentar é que, a despeito do fato de se verificar algumas ausências e não obstante o considerável número de casos em que não foi possível se alcançar um acordo, as sessões vêm ocorrendo com frequência e, com proporção relevante, as partes têm aceito a ideia de conciliar.

Considerações finais

A mediação judicial é um dos possíveis meios alternativos de solução dos conflitos que é apto a gerar efeitos no tocante a redução do número de processos tramitando no Poder Judiciário. É constituída pela observância de princípios de consenso, autonomia da vontade das partes, informalidade, e possuindo a figura do mediador como aquele que facilita o diálogo na direção do acordo, procurou-se estabelecer a mudança de paradigma que a mediação representou na conjuntura atual do direito brasileiro.

É visto na mediação judicial uma nova roupagem na resolução de conflitos que, de algum modo, pode alcançar ao sujeito de direitos um acesso mais dinâmico e facilitador na apreciação de seus anseios. É, portanto, salutar a integração mais orgânica entre o sistema jurisdicional e a mediação, para que, num futuro não muito distante, obtenha-se uma significativa diminuição nessa crescente ciranda de litígios sem solução.

Após análise das atas das sessões ocorridas junto ao CEJUS de Cruz Alta no ano de 2018, que totalizaram 41 (quarenta e uma) atas, pôde-se notar uma proporção significativa de sessões que não resultaram em acordo e, assim, deram continuidade ao trâmite normal das fases do processo. Embora vislumbre-se o número reduzido de acordos, a presença das partes e a consequente abertura destas ao diálogo demonstrou que há um espaço concreto de atuação e realização da autocomposição. O número de sessões realizadas é consequência do aceite dos indivíduos em realizar a tentativa de entendimento sem a necessidade de uma sentença, haja vista a exigibilidade do Código de Processo Civil da expressão do interesse das partes pela autocomposição na fase postulatória do processo.

É relevante apontar que a pesquisa desenvolvida neste trabalho abarcou tão somente as atas de sessões ocorridas em 2018, pois não foi pretendida uma análise extensiva deste fenômeno. Percebe-se uma transformação generalizada no que diz respeito aos modos que os cidadãos visualizam as ferramentas de

resolução de conflitos, o que exige uma efetividade prática sustentada por diligentes pesquisas, para fins de avanço teórico e técnico, e uma ampliação dos espaços de interlocução entre o aparato institucional jurídico e a sociedade, com objetivo de solidificar a palavra do consenso.

A consensualidade surge como um caminho distinto de tudo o que foi construído e incorporado ao ideário popular até os dias de hoje, na medida em que foi erigido o senso do aparelhamento do Estado como única saída possível para a solução de litígios. O que é necessário, atualmente, é o esforço tão significativo e incisivo na direção da autocomposição quanto são aparentemente orgânicos e vultuosos os pensamentos de que a tutela jurisdicional é a resposta para se solucionar qualquer que seja a controvérsia.

Acredita-se que, a partir do momento em que houver uma percepção distinta da sociedade com relação aos instrumentos que os cidadãos utilizam, pois via de regra tem como um único recurso na resolução de conflitos, exige-se, acima de tudo, uma atividade prática intensa e uma ampliação das áreas e dos meios de comunicação entre o conjunto de profissionais do Poder Judiciário e a sociedade. É de se destacar o interesse demonstrado pelos indivíduos na autocomposição, embora os dados aqui expostos não tenham significado a predominância do acordo, pois no que concerne à análise acerca da efetividade das sessões quanto ao comparecimento das partes, a proporção é alta, levando-se em conta o total de sessões ocorridas. Isto é, pode-se apontar como aceita pelas partes, na maioria dos casos, a perspectiva da autocomposição.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em 04 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em 03 maio 2018.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**. Brasília, DF.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 03 jun. 2018.

CAETANO, Luiz Antunes; PAASHAUS, Gustavo Cintra. **Arbitragem e Mediação hoje: Do Juízo Arbitral**. São Paulo: Pillares, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Bárbara Silva. MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS – UM ESTUDO DE CASO SOBRE DESAFIOS INSTITUCIONAIS. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 46, p. 207-237, mar. 2017. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6014>>. Acesso em 16 mar. 2018.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A Institucionalização do Ombudsman no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 167, p. 1-21, jan./mar. 1987. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45462>>. Acesso em 02 de jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil – lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. **Controle de Juricidade no Âmbito Judicial e o Respeito aos Direitos Fundamentais das Partes**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2016. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/06.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial: A Importância da Capacitação e Seus Desafios. **Revista Sequência**, n. 69, p. 255-280, dez. 2014, Florianópolis. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em 05 set. 2018.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Universidade de Cruz Alta**. 5. ed. Cruz Alta: UNICRUZ, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: Teoria geral do Processo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR¹⁰⁰

Brenda Silva da Luz¹⁰¹

Eliane dos Santos Dornelles¹⁰²

Ângela Simone Pires Keitel¹⁰³

Resumo

O presente trabalho visa analisar a eficácia das políticas públicas e dos programas de prevenção e combate no enfrentamento da violência sexual perpetrada contra a população infantojuvenil. Para isso utilizou-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, bem como procedimento bibliográfico. Assim, pode-se observar que devem ocorrer avanços nas medidas adotadas no combate desta violência para torna-las mais eficazes.

Considerações iniciais

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, as crianças e adolescentes passaram a utilizar-se dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, os quais têm como principal objetivo garantir direitos e uma vida digna. Tal situação de tutela chegou ao ápice com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reforçou as disposições constitucionais, bem como buscou operacionalizá-las.

Além disso, foi instituída a Lei nº 9.970 de 17 de maio de 2000, a qual tem como objetivo o combate ao abuso e exploração sexual infantojuvenil. A referida Lei prevê a organização de campanhas de conscientização sobre o tema, através das quais as pessoas são informadas da importância em denunciar as práticas de abuso, bem como também dispõe sobre as formas de prevenção deste tipo de crime e aonde procurar ajuda. Neste contexto, crianças e adolescentes são orientadas sobre as várias formas de violência, bem como também recebem informações acerca de seus direitos.

No mesmo ano, em Natal, Rio Grande do Norte (RN), o Brasil elaborou o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-juvenil estabelecendo as diretrizes para as intervenções técnicas,

100. Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão no curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

101. Autora do artigo. Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: brendasluz@hotmail.com

102. Autora do artigo. Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: eliane.dornelles@yahoo.com.br

103. Orientadora do artigo. Mestre em Direito pela URI Santo Ângelo. E-mail: angelakeitel@unicruz.edu.br

políticas e financeira, bem como os seus eixos estratégicos visando a prevenção e redução da violência sexual praticada contra a população infantojuvenil.

O Estado desde a década de 90 vem promovendo campanhas de incentivo à denúncia, o que é um passo importante no combate a violência sexual. No entanto, não basta apenas denunciar para que esse tipo de crime seja interrompido é necessário que, principalmente o Estado seja eficaz também para combatê-los. Nesse sentido, o trabalho em rede mostra-se importante e necessário para a devida proteção de crianças e adolescentes em situação de violência sexual e é fator relevante na construção de políticas públicas e programas voltados para a prevenção e combate. Assim, tem-se como problemática no presente trabalho a seguinte indagação: as políticas públicas e os programas de prevenção e combate tem-se revelado eficaz no enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes no âmbito familiar?

Considera-se assim como hipótese norteadora desta pesquisa que no Brasil, o conhecimento sobre a dimensão da violência é ainda escasso, não sendo possível conhecer a frequência exata dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes. Neste sentido, para oferecer políticas públicas adequadas e eficazes, é imprescindível ter ciência e conhecimento real da problemática.

Além disso, o despreparo dos órgãos de proteção no manejo desse tipo de delito culmina nos baixíssimos números de casos denunciados. Com registros tão aquém da realidade, há uma redução considerável de possibilidades de serem realizadas políticas públicas e programas adequados, capazes de proporcionar a proteção eficaz à população infantojuvenil, principalmente quando esse tipo de crime ocorre dentro da própria família.

Inicialmente, será realizado uma contextualização sobre a violência sexual praticada contra a população infanto-juvenil, marcos históricos e a evolução de leis e organizações em prol do combate as violências praticadas contra crianças e adolescentes. Posteriormente, será abordado acerca dos programas e políticas públicas de enfrentamento desse tipo de violência e suas formas de atuação.

Por fim, será abordado sobre a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar, sobre os dados obtidos em pesquisas no âmbito nacional, reincidência, quem são os agressores, bem como sobre a prevenção e enfrentamento.

A presente pesquisa tem como tipo de abordagem o qualitativo, pois seu foco está direcionado a análise dissertativa e teórica dos dados e informações já existentes acerca desses programas e políticas desenvolvidas. O método de pesquisa a ser utilizado neste trabalho é o hipotético-dedutivo, que tem como objetivo investigar hipóteses que podem ser ou não verdadeiros com base em dados obtidos em pesquisas.

O tipo de pesquisa quanto aos procedimentos será bibliográfico que é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos e matérias informativas como jornais online e revistas para que seja possível compreender e analisar o tema com maior propriedade. Para isso as técnicas utilizadas serão o levantamento documental e estatístico.

Este trabalho tem como linha de pesquisa Constituição, Processo e Democracia, do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta, pois visa o estudo da violação dos direitos garantidos a crianças e adolescente, bem como busca apontar as fragilidades e as lacunas presentes na legislação e nos órgãos de proteção, cujos dados apontam para baixos índices de denuncia desses crimes.

Com este estudo será possível se levantar dados e informações que podem vir a ser relevante para descoberta das deficiências existentes nos programas de combate a prática de violência sexual contra crianças e adolescentes, além de verificar a eficácia e preparação dos profissionais dos órgãos responsáveis pelo recebimento das denúncias o que denota a sua relevância tanto acadêmica como social.

Desenvolvimento

A violência é um problema social que está crescendo gradativamente e vem preocupando a sociedade, de modo geral, tendo em vista as proporções que vem tomando ao longo dos anos. Ela se manifesta de diferentes formas e independe de classe social ou gênero, violando direitos e afetando diretamente a vida em sociedade.

No Brasil, desde 1988, a população tem seus direitos garantidos e protegidos pela Constituição Federal, assim como por diversas normas infraconstitucionais.

Com as Crianças e adolescentes não é diferente, possuem direitos e garantias como qualquer outro ser humano, e alguns deles estão dispostos no artigo 227¹⁰⁴, caput, da Constituição Federal e também art. 4º¹⁰⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Porém, antes da Constituição Federal, uma das primeiras estruturas criadas para proteção dos direitos das crianças e adolescentes foi o Código de Melo Mattos (1924) e, posterior, Código de Menores de 1979, que tratava sobre assistência, proteção e vigilância os menores de até 18 anos de idade, que se encontrasse em situação irregular. Para efeitos deste código menor era aquele que estivesse privado de condições essenciais ao seu desenvolvimento, vítima de maus tratos, em perigo moral dentre outras situações conforme dispunha nos seus artigos 1º¹⁰⁶ e 2º¹⁰⁷.

Já em 1989, foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção sobre os Direitos das crianças que entrou em vigor em 1990 e que acolheu a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-os como verdadeiros sujeitos de direito, a exigir proteção especial e de absoluta prioridade. (PIOVESAN, 2015, p. 460).

Após foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que entrou em vigor em 13 de julho de 1990, substituindo assim o antigo Código de Menores de 1979, vindo a ampliar e redefinir conceitos e direitos, tendo em vista a evolução histórica e a necessidade de adequação dos textos constitucionais.

104. 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-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

105. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

106. Art. 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

107. Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

O ECA definiu como criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade e priorizou assegurar a esses jovens oportunidades e facilidades afim de lhes facultar um bom desenvolvimento, em condições de liberdade e de dignidade, conforme o disposto nos artigos 2º¹⁰⁸ e 3º¹⁰⁹ deste estatuto.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) conceitua os tipos de violência praticada contra crianças e adolescentes da seguinte forma:

Tortura: atos intencionalmente praticados para causar lesões físicas, ou mentais, ou de ambas as naturezas com finalidade de obter determinada vantagem, informação, aplicar castigo, entre outros;

Violência Psicológica: relação de poder com abuso da autoridade ou da ascendência sobre o outro, de forma inadequada e com excesso ou descaso;

Discriminação: distinção, segregação, prejuízo ou tratamento diferenciado de alguém por causa de características pessoais, raça/etnia, gênero, religião, idade, origem social, entre outras.

Violência Sexual: situações de abuso ou de exploração sexual de crianças e adolescentes. Implica a utilização de crianças e adolescentes para fins sexuais, mediada ou não por força ou vantagem financeira.

Violência Física: ato de agressão física que se traduz em marcas visíveis ou não.

Negligência e Abandono: abandono, descuido, desamparo, desresponsabilização e descompromisso do cuidado. Ato que não está necessariamente relacionado às dificuldades socioeconômicas dos responsáveis pela criança ou pelo adolescente.

Trabalho Infantil: é todo o trabalho realizado por pessoas que tenham menos da idade mínima permitida para trabalhar.

Tráfico de crianças e adolescentes: recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de uma criança ou um adolescente para fins de exploração.

A pratica dessas violências podem trazer diversas consequências para a vida e desenvolvimento das crianças e jovens, e o grau de prejuízo causado depende de fatores como, por exemplo, com que frequência a violência é praticada, o grau de parentesco e a relação afetiva do agressor com a vítima, dentre outros.

A criança vítima de violência sempre irá apresentar algum sinal de que algo está errado com ela, é um conjunto de fatores, segundo informações obtidas pela Childhood¹¹⁰ algumas das mudanças que podem ser observadas são: mudanças repentinas de comportamento, como alterações no humor, atitudes agressivas, sonolência e perda ou excesso de apetite; baixa autoestima, insegurança, comportamentos sexuais inadequados para a idade e busca por isolamento; lesões, hematomas e outros machucados sem causas aparentes; gravidez precoce; doenças sexualmente transmissíveis; desconfia de contato com adultos; fugas de casa e evasão escolar. Porém quando observados esses sinais, a criança deverá ter acompanhamento por profissional da área para descoberta da pratica da violência e para tentar anemizar as consequências dessa violência em seu desenvolvimento.

108. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

109. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

110. Childhood Brasil foi criada em 1999 pela Rainha Sílvia da Suécia com o objetivo de proteger a infância e “garantir que as crianças sejam crianças”, a Childhood Brasil é uma organização brasileira que faz parte da World Childhood Foundation (Childhood), trabalha para influenciar a agenda de proteção da infância e adolescência no país, seja em parceria com empresas, com a sociedade civil ou com o governo. A organização tem o papel de garantir que os assuntos relacionados ao abuso e a exploração sexual sejam pauta de políticas públicas e privadas oferecendo informação, soluções e estratégias para os diferentes setores da sociedade.

No Brasil, tem aumentado significativamente os números da violência praticada contra crianças e adolescentes, pois segundo dados publicados na revista *Algomais*, o Brasil, entre os 13 países da América Latina que foram analisados sobre a percepção de risco de violência contra crianças e sistemas de proteção à infância, foi classificado em primeiro lugar com alto risco (13%), ficando à frente do México (11%). A violência contra crianças é a ameaça mais significativa para o bem-estar e o futuro da juventude. Estes dados vêm da ONG Visão Mundial¹¹¹, organização não governamental especializada na proteção à infância, em estudo realizado em parceria com o Instituto IPSOS. A pesquisa – que aponta os principais resultados sobre as percepções públicas da violência contra crianças e a eficácia dos sistemas de proteção.

Os dados da pesquisa mostram que cerca de 70% dos brasileiros sentem que nos últimos cinco anos a violência contra as crianças e os adolescentes tem aumentado; três a cada 10 brasileiros conhecem pessoalmente uma vítima de violência infantil; 83% concordam que as consequências da violência podem aparecer nas relações sociais da vida adulta; o mesmo índice ocorre para os que acham que têm efeito negativo na saúde infantil; seguido de 81% no resultado prejudicial à educação infantil.

A violência sexual, de crianças e adolescentes, ocorre quando estes indivíduos em formação são usados para gratificação sexual de pessoas geralmente mais velhas, em um estágio de desenvolvimento psicossocial mais adiantado. Esta situação está presente em todos os meios socioeconômicos, religiosos, étnicos e culturais. Abrange todo ato, exploração, jogo, relação hetero ou homossexual, ou vitimização, de crianças e adolescentes por um adulto, por um adolescente, ou por uma criança mais velha que, pelo uso do poder, da diferença de idade, de conhecimento sobre o comportamento sexual, age visando o prazer e a gratificação própria. Pode acontecer com toque físico (beijos, carícias, penetração digital, penetração com objetos, sexo oral, anal, vaginal) ou sem qualquer tipo de contato físico (assédio, cantadas obscenas, exibicionismo, voyeurismo, participação em fotos pornográficas). (CORDEIRO, 2006).

Neste sentido, um importante instrumento legal foi decretado e sancionado, no dia 17 de maio de 2000, através da Lei Federal nº 9.970, que instituiu o dia 18 de maio como o Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

Entretanto, este dia já havia sido instituído no dia 18 de maio de 1998, quando cerca de 80 entidades públicas e privadas, reuniram-se na Bahia para o 1º Encontro do End Child Prostitution and Trafficking (Ecpat) no Brasil¹¹². O evento foi organizado pelo Centro de Defesa de Crianças e Adolescentes (CEDECA/BA), representante oficial do Ecpat, organização internacional que luta pelo fim da exploração sexual e comercial de crianças, pornografia e tráfico para fins sexuais, surgida na Tailândia. O encontro reuniu entidades de todo o país. Foi nessa oportunidade que surgiu a ideia de criação de um Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual Infanto-Juvenil.

111. Organização não-governamental humanitária cristã que tem como objetivo ajudar aqueles que mais necessitam. Atuam há 42 anos no Brasil ajudando crianças e adolescentes a terem acesso a programas sociais que levam educação, lazer e saúde às comunidades mais carentes do País.

112. A Rede ECPAT Brasil é uma coalizão de organizações da sociedade civil que trabalha para a eliminação da exploração sexual de crianças e adolescentes, compreendendo as suas quatro dimensões: prostituição, pornografia, tráfico e turismo para fins de exploração sexual. Existe desde 1997, a partir da participação de algumas instituições no I Congresso Internacional de Combate à Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996, quando foi criada uma agenda mundial pela eliminação do problema, constituída por organizações da sociedade civil e redes de enfrentamento contra a violência sexual de crianças e adolescentes. A Rede ECPAT Brasil foi constituída a partir da Rede ECPAT Internacional, que se dedica a incentivar a comunidade mundial a assegurar que a infância e a adolescência tenham todos os seus direitos fundamentais garantidos e estejam livres e protegidos da exploração sexual comercial. A Rede ECPAT Internacional possui status Consultivo no Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU). Envolve 70 países, com mais de 80 articulações de entidades que desenvolvem ações de prevenção e enfrentamento à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. É composta por uma Secretaria Geral e por articulações regionais com uma estrutura de gestão e representação dos membros. As assembleias acontecem a cada três anos, com a participação de todos os países membros.

Segundo o Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes¹¹³, criador da Campanha “Faça Bonito. Proteja Nossas Crianças e Adolescentes”¹¹⁴, este dia foi escolhido em razão do crime ocorrido em 1973, um crime bárbaro que chocou o Brasil. Com apenas oito anos de idade, Araceli Cabrera Sanches foi sequestrada em 18 de maio de 1973. Ela foi drogada, espancada, estuprada e morta por membros de uma tradicional família capixaba. O caso foi tomando espaço na mídia. Mesmo com o trágico aparecimento de seu corpo, desfigurado por ácido, em uma movimentada rua da cidade de Vitória (ES), poucos foram capazes de denunciar o acontecido.

Mas mesmo com toda a proteção e garantias estabelecidos e determinados em lei, a todo o momento crianças e adolescentes são vítimas de crimes e atos que ferem seus direitos e podem ser praticadas por qualquer pessoa, porém os casos mais frequentes são de violências praticadas por pessoas próximas a criança ou adolescente, pessoas do seu convívio familiar ou doméstico, sendo esta classificada como violência intrafamiliar, que pode ser definida como aquela que acontece dentro da família ou até mesmo no lar onde a criança convive; cometida por algum parente ou pessoas que tenham função parental, ainda que sem laço de consanguinidade, e pode ser caracterizada de formas diferentes como: física, psicológica, sexual e negligência. Geralmente é mantida por meio das relações de subordinação e dominação e é um dos principais motivos para as crianças fugirem de casa e do convívio familiar podendo se apresentar de diversas formas como, por exemplo, violência física, psicológica ou sexual (WILLIAMS, 2004).

A respeito disso, é o que nos revela os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹¹⁵, 70% das vítimas de estupro do país são menores de idade e também dados obtidos pelo Disque 100 (Disque Direitos Humanos)¹¹⁶ e pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mais de 120 mil casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes foram registrados no país entre 2012 e 2015 - o equivalente a pelo menos três ataques por hora.

Além disso, no período de 2012 pelo menos 175 mil casos de exploração sexual de crianças e adolescentes, o que representa quatro casos por hora. Apenas entre 2015 e 2016, 37 mil casos de violência sexual na faixa etária de 0 a 18 anos foram denunciados.

113. O Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes surgiu de uma proposta no Encontro realizado em Natal (RN), em junho de 2000, onde foi elaborado o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Em Julho de 2002, o Fórum Nacional e o Departamento da Criança e do Adolescente - DCA com o apoio do Centro de Estudos e Pesquisa de Referência da Criança e do Adolescente - CECRIA, realizaram uma oficina nacional em Brasília (DF) com dois objetivos: avaliar a mobilização e a articulação das organizações não-governamentais e governamentais no processo de implementação do Plano Nacional e discutir a consolidação e formas de funcionamento do Comitê Nacional. O Comitê Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes foi instalado como uma instância nacional representativa da sociedade, dos poderes públicos e das cooperações internacionais, para monitoramento da implementação do Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil. Para os encaminhamentos políticos e operacionais do Comitê Nacional foi criada uma coordenação colegiada composta por 14 membros.

114. A campanha tem como símbolo uma flor, como uma lembrança dos desenhos da primeira infância, além de associar a fragilidade de uma flor com a de uma criança. O desenho também tem como objetivo proporcionar maior proximidade e identificação junto à sociedade, proximidade e identificação com a causa. Esse símbolo surge durante a mobilização do Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes de 2009. Porém, o que era para ser apenas uma campanha se tornou o símbolo da causa, a partir de 2010. Para alcançar esse objetivo, é necessário que a sociedade em geral Faça Bonito na proteção de nossas crianças e adolescentes. O slogan Faça Bonito - Proteja nossas crianças e adolescente quer chamar a sociedade para assumir a responsabilidade de prevenir e enfrentar o problema da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes no Brasil.

115. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) é uma fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Suas atividades de pesquisa fornecem suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros. Os trabalhos do IPEA são disponibilizados para a sociedade por meio de inúmeras e regulares publicações eletrônicas e impressas, eventos e via programa semanal de TV em canal fechado.

116. É um serviço da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), destinado a receber denúncias relativas a violações de direitos humanos, não só de crianças e adolescentes.

A pesquisa aponta ainda, que ao todo, 67,7% das crianças e jovens que sofrem abuso e exploração sexuais são meninas, contra 16,52% dos meninos. Os casos em que o sexo da criança não foi informado totalizaram 15,79%. A maioria dos casos (40%) ocorrem com crianças entre 0 a 11 anos, seguidas por 12 a 14 anos (30,3%) e de 15 a 17 (20,09%), levando em conta as denúncias do Disque 100. A maioria dos agressores são homens (62,5%) e adultos de 18 a 40 anos (42%).

Também segundo publicação da Childhood com dados obtidos pelo Disque Direitos Humanos, em uma comparação do período de 2011 a 2014, dentre os 13 tipos de violações registradas no disque denúncia, a violência sexual ocupa o 4º lugar, conforme representado na tabela abaixo:

Tabela 1. Comparação entre os tipos de violência

	Tipo de Violência	2013	2014
1º	Negligência	73%	74%
2º	Violência psicológica	50%	49%
3º	Violência física	43%	43%
4º	Violência Sexual	26%	25%

Fonte: Disque Direitos Humanos – publicação da Childhood (2017)

Porém apesar das informações e dados obtidos por meio desses programas, os números ainda não condizem com a realidade dos fatos. Muitos dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes são omitidos devido a algum motivo que impede com que a vítima ou a pessoa responsável pelos seus cuidados denuncie.

Nesta linha, Pinho (2015, p. 10-11, apud VIODRES INOUE e RISTUM, 2008, p.13-4,) destaca que:

A violência sexual é o delito menos denunciado na sociedade brasileira, devido ao fato de a sexualidade humana ser ainda hoje tabu; sentimento de culpa, vergonha e estigma, favorecedores de isolamento social; e o medo de represálias e ameaça. Outros fatores são o constrangimento; medo de humilhação; medo de incompreensão de parceiros, familiares, amigos, vizinhos e autoridades, que muitas vezes culpam a vítima, acreditando, erroneamente, que a mesma possa ter favorecido ou provocado a ocorrência da violência, pelo uso de determinadas vestimentas, por atitudes, local e horário em que se encontrava na ocasião. Quando o agressor é um membro da família, existe o temor de que ele seja preso, o que poderia resultar em implicações de ordem emocional e econômica.

Pinho (2015, p. 12) destaca ainda que “quando o agressor é um membro da família, existe o temor de que ele seja preso, o que poderia resultar em implicações de ordem emocional e econômica”. Neste sentido, crianças e adolescentes se tornam muito mais vulneráveis a permanecerem sendo vítimas desses abusos.

Outra questão, que pode ser destaca é a baixa confiança no seu relato. A desconfiança gerada sobre os fatos, tanto pela família quanto pelos órgãos responsáveis pela investigação dos casos, possivelmente é por haver casos em que os fatos narrados pela criança ou por familiares não serem fatos verdadeiros, se torna de certa forma um empecilho na descoberta e na punição do crime. Herbert Rodrigues, pesquisador do Núcleo de Violência da USP, afirmou em entrevista para a BBC que “nos casos que chegam à Justiça é possível ver, em

muitos processos, tentativas de desqualificar e deslegitimar as crianças para inocentar o agressor. É reflexo de uma sociedade que tem baixa confiança nas crianças, onde elas são desconsideradas.”

Assim, diante dessas questões pode-se verificar o número negativo de denúncias realizadas nos casos de violência perpetrada contra esse grupo. Conforme um comparativo realizado com denúncias realizadas no Disque 100 por Estados do Brasil, no período compreendido de 2016 a 2017, o aumento percentual foi negativo:

Tabela 2. Comparativo 2016/2017, aumento do nº de denúncias por regiões

Disque 100 - Ano 2017 - Comparativo 2016/2017, aumento do nº denúncias por UF			
UF	2016	2017	% de aumento
AC	279	121	-56,63%
AL	1126	608	-46,00%
AM	2567	1124	-56,21%
AP	150	84	-44,00%
BA	5115	2561	-49,93%
CE	3001	2061	-31,32%
DF	1908	1027	-46,17%
ES	1294	811	-37,33%
GO	2210	1311	-40,68%
MA	2023	1363	-32,62%
MG	6751	4144	-38,62%
MS	1564	832	-46,80%
MT	1102	614	-44,28%
PA	2084	1231	-40,93%
PB	1757	957	-45,53%
PE	2564	1607	-37,32%
PI	1070	617	-42,34%
PR	3230	1780	-44,89%
RJ	8486	4741	-44,13%
RN	1877	935	-50,19%
RO	766	379	-50,52%
RR	96	63	-34,38%
RS	3612	1626	-54,98%
SC	2741	1287	-53,05%
SE	854	540	-36,77%
SP	16193	8648	-46,59%
TO	214	178	-16,82%
NA	1537	103	-93,30%
TOTAL	76171	41353	-45,71%

Fonte: Disque 100 (2017)

Outra questão, que deve ser analisada é com relação aos procedimentos realizados após o recebimento dessas denúncias, pois segundo uma pesquisa realizada e publicada pela BBC Brasil, não há um controle consistente e padronizado em nível federal, estadual ou municipal que acompanhe quantas denúncias eram procedentes, quantas se tornaram inquéritos policiais, quantas chegaram à Justiça ou o que aconteceu com as crianças.

Ainda conforme a pesquisa, a falta de dados centralizados prejudica o combate - já que o primeiro passos para criação de políticas públicas contra o crime é saber o tamanho do problema, como ele costuma acontecer, se há maior ocorrência em determinados Estados e que questões, em alguns casos culturais, precisam ser combatidas em busca de uma solução.

Segundo o pesquisador Hebert Rodrigues, que foi associado ao Núcleo de Violência da USP e é autor do livro *Pedofilia e suas Narrativas* “é muito difícil pensar políticas públicas sem ter dados e estatísticas. Os dados sobre o assunto são um caos. Os órgãos não estão preparados para lidar com o problema”, afirma ele, que fez uma extensa pesquisa em diversos bancos de dados para sua tese de doutorado.

Ele defende ainda que o poder público tenha um sistema exclusivo para monitoramento de abuso sexual infantil a exemplo do que ocorre em países como os Estados Unidos e o Reino Unido.

Um balanço realizado no ano 2016 pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos sobre os encaminhamentos das denúncias recebidas pelas autoridades mostra que dos encaminhamentos realizados, 12,82% foram respondidos em 2016, índice maior que os 5,9% em 2015, um expressivo aumento de 113%. O Ministério Público respondeu a 10,79% dos encaminhamentos recebidos, o conselho tutelar com 11,42%, delegacia de polícia 12,39% e DPCA 7,84%, encaminhamentos à delegacia de polícia somam 20,23%, ouvidorias 6,34% e outros serviços somam 47,79%.

Já a pesquisa realizada pela ONG Visão Mundial, em parceria com o Instituto IPSOS, trouxe dados com relação ao que os brasileiros pensam sobre os governos e as instituições existentes para o combate a violência contra crianças e adolescentes. O estudo revelou que 59% dos brasileiros dizem que os governos não estão dispostos a tomar medidas suficientes para acabar com a violência contra crianças e adolescentes; 60% pensam que os governos não têm os meios para enfrentar a violência, independente das leis. As instituições são as responsáveis pela mudança desse cenário, porém a eficiência do governo para proteger as crianças é a menor, com 8% e as maiores são a família (43%) e a assistência social, ONGs, e sociedade civil (31%).

A assessora de proteção à infância da Visão Mundial, Karina Lira, falou sobre os dados obtidos na pesquisa: “A baixa confiança das pessoas nas instituições que existem para proteger seus filhos é preocupante. Assim como a maioria dos entrevistados, compreendemos que surge a necessidade de investimentos e esforços de uma rede de instituições para que as crianças estejam protegidas.”

Ao observar os números trazidos pelas pesquisas, verifica-se que há lacunas e deficiências nos programas e políticas públicas existentes tanto para a denúncia como para combate à violência contra crianças e adolescentes, o que faz com que esses índices fiquem cada vez menores e esses crimes permaneçam na chamada cifra negra.

Assim, percebe-se que nesses casos é fundamental o trabalho em rede para permitir que todos os atores envolvidos sintam-se seguros em relação às ações que devam desenvolver não só no momento da identificação, responsabilização e notificação, mas também dando o devido atendimento e sequencia a esse

atendimento quando necessário. Dessa forma, as políticas públicas e os programas tornam-se imprescindível para que este trabalho ocorra de forma eficaz, visto que onde o poder e a autoridade perdem força, a violência se instala.

Considerações finais

A violência de forma geral é um problema que tem preocupado o Estado, a sociedade, estudiosos e pesquisadores. Dentre as diversas manifestações, na atualidade a praticada contra crianças e adolescentes, constitui um dos fenômenos mais frequentes e que atinge todas as classes sociais.

Neste sentido, o presente trabalho teve por objetivo responder se as políticas públicas e os programas de prevenção e combate estavam revelando-se eficazes no enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes no âmbito familiar, por meio de pesquisas e coleta de dados referentes a esse tipo de violência.

Inicialmente, foi possível constatar que desde os tempos mais remotos a violência perpetrada no âmbito familiar faz parte da realidade da sociedade em geral. Os históricos de violência a este grupo vêm desde a sociedade predominada pelo patriarcalismo onde os pais submetiam seus filhos a torturas e castigos físicos para testarem suas capacidades e aptidões.

Atualmente não é diferente, as crianças e adolescentes ainda sofrem com a relação abusiva que os pais exercem sobre eles. Os pais se aproveitam da relação de poder que tem diante dos filhos e da fragilidade e inocência das crianças para cometerem atos de violência e abusividade.

Vale ressaltar que apesar de em alguns casos o que leva a família viver em situação de conflito e desarmonia, ferindo uns aos outros, é a situação de miserabilidade e de desigualdade social, esse tipo de violência independe de classe social, raça, gênero ou religião.

Com o passar do tempo foram sendo criadas legislações gerais e específicas que classificam as crianças e adolescente como sujeitos de direitos, assim garantido todo o cuidado, proteção e direito a uma vida digna. Contudo, mesmo com todos os direitos garantidos, diariamente crianças e adolescentes são vítimas do descaso e da crueldade das pessoas, que não maioria das vezes é identificada dentro do seu próprio lar, onde deveriam zelar por sua integridade física, moral e intelectual, além de dar amor e proteção.

Com os índices de violência praticada contra crianças e adolescentes crescendo de forma alarmante passaram a ser criados programas e campanhas buscando informar e conscientizar a população da gravidade dos acontecimentos. Foram criados também portais para realização de denúncias dessas violências.

Contudo, ainda não foi o suficiente para coibir e prevenir os casos e a reincidência na pratica desses crimes. Observa-se que apesar de terem sido obtidos dados significativos sobre os números de casos de violência perpetradas contra crianças e adolescente estes ainda não condizem com a realidade dos fatos. Dados obtidos por um balanço anual realizado pelo governo federal mostram números negativos de denuncia realizadas, e um dos fatores que levam a diminuição do número de denúncias, além do medo que a vítima tem em relação ao agressor, é o descrédito que se tem com relação a punibilidade de fato do acusado.

Assim, conclui-se que, mesmo ocorrendo avanços na legislação, principalmente no que se refere ao sistema de proteção, bem como na realização de programas e campanhas ainda há necessidade uma mudanças

cultural, visto que a sociedade de modo geral precisa entender que a responsabilidade é de todos e a melhor forma de prevenir é denunciando esses crimes para que o agressor seja devidamente responsabilizado e as vítimas possam receber todo apoio necessário nesse momento, que não raras as vezes, torna-se traumático e para uma vida toda.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr 2018.

____ Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 07 abr 2018.

____ Ministério dos Direitos Humanos. Disque 100. **Balanco 2017-1**. Disponível em: <mdh.gov.br/disque/balanco-2017-1>. Acesso em: 01 maio 2018.

____ Ministério dos Direitos Humanos. Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. **Balanco das Denúncias de Violações de Direitos Humanos**. Disponível em: <www.sdh.gov.br/.../balancos...denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 06 abr 2018.

____ Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar**: orientações para prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018

BBC Brasil. **Levantamento revela caos no controle de denúncias de violência sexual contra crianças**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43010109>>. Acesso em: 06 abr 2018.

CAMPANHA FAÇA BONITO. **Proteja Nossas Crianças e adolescentes**. Disponível em: <<https://www.facabonito.org.br/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

CORDEIRO, Flávia de Araújo. **Aprendendo a prevenir**: orientações para o combate ao abuso sexual contra crianças e adolescentes - Brasília: Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude, 2006.

CHILDHOOD BRASIL. **Números da Causa**. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/numeros-da-causa>>. Acesso em: 06 abr 2018.

END CHILD PROSTITUTION AND TRAFFICKING. **ECPAT Brasil**. Disponível em: <http://ecpatbrasil.org.br>>. Acesso em: 31 maio 2018.

MEZZABORA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa do Direito**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REDE BRASIL ATUAL (RBA). **Com quatro casos de exploração sexual de crianças por hora, Brasil debate prevenção**. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/05/com-quatro-casos-de-exploracao-sexual-de-criancas-por-hora-brasil-debate-prevencao>>. Acesso em: 06 abr 2018.

PINHO, Cristina. **Seminário “Abuso sexual: prevenção, abordagens e enfrentamento”** Goiânia maio/2015.

Viodres Inque, Silvia Regina; Ristum, Marilena. **Violência Sexual: Caracterização E Análise De Casos Revelados Na Escola.** Estudos De Psicologia Campinas 25(1) 11-21 Janeiro - Março 2008, P.13-4.
Disponível Em: [Http://Www.Scielo.Br/Scielo. Php?Pid=S0103-66x2008000100002&Script=Sci_ Abstract&Tlng=Pt.](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-66x2008000100002&script=sci_abstract&tlng=pt) Acesso Em: 18 Maio 2018.

WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque. **Violência e suas diferentes representações.** Em G.C. Solfa (Org.). Gerando cidadania: Reflexões, propostas e construções práticas sobre direitos da criança e do adolescente. (pp. 141-153). São Carlos: Rima, 2004.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSUMIDOR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA NAS MÍDIAS DIGITAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS

Ederson Barbosa da Silva¹¹⁷
João Miguel Cunha de Bortoli¹¹⁸
Aline Antunes Gomes¹¹⁹

Resumo

O “mundo” virtual, em que estão inseridas as mídias digitais, é um espaço de livre manifestação. Contudo, o consumidor, ao se utilizar de uma liberdade absoluta, pode ferir a imagem do fornecedor nas redes, motivo pelo qual o objetivo do presente artigo é realizar a análise jurisprudencial acerca da efetividade da reparação e se há medidas coibidoras de tais práticas.

Considerações iniciais

Atualmente com a popularização do uso das mídias digitais, a universalização do acesso à internet e a promoção das compras de bens e serviços de forma *online*, criou-se um espaço de comercialização e divulgação virtual capaz de envolver a sociedade genericamente distribuída nas diversas camadas sociais e culturais. Diante deste contexto, de generalização da informação e, em alguns casos, de banalização do senso comum, surgem inúmeras situações de usuários que expõem suas experiências de consumo nas redes sociais e em plataformas digitais dos fornecedores, de forma prejudicial à imagem das pessoas jurídicas envolvidas nas relações de consumo.

Em razão disso, vislumbra-se a necessidade de se pensar em um contraponto entre a liberdade de expressão do consumidor nas plataformas digitais e a linha tênue que a separa da violação do direito de imagem da pessoa jurídica. É preciso buscar na doutrina e na jurisprudência, o que transforma a simples “reclamação” em ato ilícito, assim como seus desdobramentos legais e eficácia.

117. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: eddybarsilva@hotmail.com.

118. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: joaomigueldebortoli@hotmail.com.

119. Orientadora da Pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela Unijuí. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: algomes@unicruz.edu.br.

O Marco Civil da Internet dispõe sobre as mais variadas garantias, inclusive à liberdade de expressão dos usuários. Resta, com isso, a análise do direito à imagem da pessoa jurídica, que é violado por consumidores ou usuários das redes, que em suas manifestações, ferem esse direito, o qual poderá ser reparado. Além disso, diante de tal ato ilícito, cabe avaliar se a reparação tem eficácia para devolver o *status quo* da pessoa jurídica ou se há a necessidade da aplicação de medidas alternativas, como a retratação pública e a retirada de informações do espaço *online*, a partir da garantia do direito ao esquecimento.

O objetivo norteador da pesquisa é de analisar se as medidas reparatórias, alcançadas por pessoas jurídicas, que buscam reparação por dano à imagem como a indenização, são realmente eficazes para coibir a prática reiterada dessas condutas no espaço *online*. Como o ato ilícito ocorre em plataforma específica, e a reparação, em via de regra, se efetiva em indenização pecuniária, medidas como a retratação pública na mesma mídia e a determinação de remoção do conteúdo tendo como base a teoria do direito ao esquecimento, podem ser medidas de reparação à imagem violada, uma vez que apenas a indenização pecuniária não tem sido suficientemente eficaz na coibição da prática desses atos no espaço online.

O consumidor busca nas plataformas digitais, uma ferramenta que facilite a tarefa de comprar, de analisar e de desnudar algo desconhecido. Logo, se utiliza da internet, como uma ponte de ligação, entre a intenção de adquirir o bem e/ou o serviço, e a concretização da relação consumerista. O fornecedor utiliza as redes sociais e afins, como um ambiente de negócios, voltado ao lucro, na perspectiva de potencialização das vendas, mas, principalmente, para agregar valor comercial a sua marca, valorizar sua imagem perante à sociedade, e divulgar seus produtos e/ou serviços na internet.

No momento em que essa relação é estremecida, por qualquer que seja o motivo, ainda que sem o pré-julgamento de mérito e do contraditório, a demanda pode ser exposta ao público nas mídias digitais. O consumidor possui possibilidades para a busca da reparação que entende justa, de maneira formal como prevê o Código de Defesa do Consumidor. Porém, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem mostrado que, por vezes, o consumidor tem declinando da via institucional, e investe em postagem, comentário, compartilhamento, e ademais recursos de comunicação digital, no intuito de manifestar o fato, que dependendo do seu conteúdo, poderá materializar o dano à imagem à pessoa jurídica.

Neste sentido, é essencial a constituição do debate acadêmico sobre os limites constitucionais à liberdade de expressão e as consequências que sua inobservância poderá causar, no viés da construção de uma sociedade mais justa. O artigo 187¹²⁰ do Código Civil é taxativo quanto àquele que ao exercer um direito do qual é titular, excede manifestadamente os limites impostos, momento em que se respalda a responsabilidade civil no sentido da busca à reparação ao dano sofrido.

Na sequência, cabe a apresentação da estrutura do trabalho que preliminarmente, contextualizará a responsabilidade civil e o dano à pessoa jurídica em uma perspectiva ampla sobre a temática. Na sequência, a abordagem se volta diretamente ao abuso da liberdade de expressão nas mídias digitais e, por fim, a pauta será a reparação e a coibição das práticas de violação à imagem da pessoa jurídica no ciberespaço a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS.

A metodologia utilizada neste artigo é a qualitativa bibliográfica. Ressalta-se que como será desenvolvida uma análise acerca da eficácia das decisões do Tribunal de Justiça do RS, no âmbito do dano

120. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

à imagem da pessoa jurídica nas mídias digitais, foi empregado o método hipotético-dedutivo, como forma de evidenciar as medidas que contribuem para a efetividade da reparação e coibição de novas práticas. Já no que se refere ao procedimento, utilizou-se o método comparativo, pois permite a análise do fato concreto e a possibilidade de percepção da sua eficácia, justamente pela comparação entre a demanda e as decisões.

Portanto, o consignado artigo, alinha-se ao Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) do Curso de Graduação em Direito, da Universidade de Cruz Alta, no cerne da temática: Constituição, Processo e Democracia, pois se pauta em discutir garantias individuais, seus conceitos e limites, bem como a possibilidade do seu reestabelecimento.

1 A responsabilidade civil e o dano à pessoa jurídica

As mídias digitais são ferramentas acessíveis à população em geral, e diante desta massificação da utilização, pode-se verificar, que há violação da imagem de pessoas (físicas e jurídicas) em diversos espaços que as mídias digitais oferecem, o que enseja a necessidade de reparação pelos danos sofridos. A responsabilidade civil contempla como pressupostos a identificação da conduta, dos danos e do nexo de causalidade entre eles, como forma de garantir a função reparadora à pessoa que foi lesada.

A responsabilização civil é um instituto existente desde os primórdios da sociedade civilizada, porém nem sempre o Estado deteve seu monopólio jurisdicional. Conforme Dias (1994, p. 1) “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. Em consonância, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 58) resgatam:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.

Logo, é possível avaliar a responsabilidade civil como uma demanda social, necessária para garantir a ordem e justiça nas relações humanas. Permanentemente os indivíduos estão sujeitos a causar dano a outrem, de forma comissiva ou omissiva, e ao ofendido, cabe demandar sua reparação. A responsabilidade é para o direito, simplesmente o ato de assumir ou aceitar a imputação das consequências de determinado fato, que pode versar sobre a reparação propriamente dita, ou acerca da punição individual do responsável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 51).

Nader (2016, p. 33), para exemplificar, aponta: “Nesta perspectiva, quando se enuncia que todo motorista é responsável pelo trânsito, afirma-se o dever de cada um conduzir o seu veículo com prudência e perícia.” A conduta humana sempre que desviar do direito, poderá incidir no descumprimento de dever jurídico, que resultará em um dano, passível de reparação.

É necessário, nesse contexto, pontuar a diferença entre obrigação e responsabilidade civil. Cavalieri Filho (2014, p. 14-15) destaca que “Obrigação é sempre um dever jurídico; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”. Assim, ao se desconsiderar a ambigüidade do termo obrigação, é possível defini-la como originária de um negócio jurídico praticado de comum acordo, enquanto a responsabilidade surge para verificar a violação do direito nuclear da obrigação, situação que caracteriza a

responsabilidade contratual. Por outro lado, existe a responsabilidade extracontratual, que está ligada a infração ao preceito geral do Direito ou ao ordenamento jurídico (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

Da mesma forma, há de se falar nas espécies classificativas da responsabilidade civil. No âmbito subjetivo, a conduta é praticada pelo agente passivo da obrigação, mas necessita da apuração da culpa ou dolo, enquanto na objetiva, independe da evidência da culpabilidade, pois o que precisa ser comprovado é apenas o nexo causal entre a conduta e o dano (COELHO, 2016, p. 242).

Segundo Nader (2016, p. 101) “[...] a conduta constitui um dos pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, ao lado da culpa ou do risco, nexo de causalidade e dano provocado à pessoa física ou jurídica.” Assim, para a configuração da responsabilidade subjetiva é necessário a presença dos quatro pressupostos, já na forma objetiva se exclui a necessidade de investigação de culpa.

A conduta humana comissiva, ou seja, fazer algo, ou omissiva, deixar de fazer; quando causar dano a outrem, poderá gerar a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, observados os demais pressupostos (COELHO, 2016, p. 284). Sobretudo, no campo econômico, tais interferências que uns podem causar aos outros, são conhecidas por externalidades, desde que sua essência não tenha como resultado a reparação. Caso contrário, há a internalização da externalidade. Poderá ser negativa, se tal ato o prejudica ou positiva se a favorece. Diante dessa lógica, a teoria aborda as formas como atitudes indeterminadas produzem interferência à coletividade, embora nem sempre seja viavelmente legal o pleito pela reparação (COELHO, 2016, p. 237).

O nexo de causalidade é um fator que está presente quando se fala em responsabilidade civil, um elemento determinante para concluir quem foi o causador do dano, ao se observar a conduta e o resultado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 63). Nader (2016, p. 156) afirma que “É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico.” Com isso, busca-se o entendimento da relação de causa e efeito ao dano gerado, pois se não há relação entre a conduta e o dano, não há identificação do nexo causal.

Com relação à culpa, Cavalieri Filho (2014, p. 50), afirma que ela é a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. O artigo 186 do Código Civil¹²¹ delimita que será evidenciada sua origem a partir da caracterização de negligência, imprudência ou imperícia¹²², que são elementos que identificam a falta de cuidado.

Historicamente, como resta evidenciada, a impunidade que era ocasionada pela ausência de norma, teve sua inserção no Direito Romano, uma vez que embora o dano existisse não era possível ser reestabelecido. Conforme Cavalieri Filho (2014, p. 92) “O dano¹²³ é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano.” Para Coelho (2016, p. 268), “a existência de dano é condição essencial para a responsabilidade civil,

121. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

122. A imprudência é “a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação”. A negligência é “a mesma falta de cuidado”, mas por omissão. Já a imperícia “decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52).

123. Conforme Cavalieri Filho (2014, p. 93-108), o dano pode ser classificado em: material ou pessoal, patrimonial ou extrapatrimonial, direto ou indireto, individual ou coletivo e intencional ou acidental. O dano patrimonial é aquele que atinge os bens da vítima. Os danos emergentes importam na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. Os lucros cessantes consistem na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. E o dano moral, à luz da Constituição vigente, pode ser conceituado a partir de dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito a dignidade. Em sentido amplo dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade.

subjetiva ou objetiva”. Se quem pleiteia a responsabilização não sofreu danos de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não tem direito a nenhuma indenização. Com isso é indispensável a existência do dano para a configuração da responsabilidade civil.

Apesar da ampla classificação em que se dividem os tipos de danos, cabe citar genericamente os danos patrimoniais: danos emergentes e lucros cessantes; e morais: dano estético, dano à imagem e dano à honra. Para a temática proposta para este artigo, destaca-se o dano material¹²⁴, esse justamente relacionado ao objeto e ao resultado que causa ao sujeito de direito; e o dano moral, caracterizado a partir da violação dos direitos de personalidade, em especial pelo uso abusivo da liberdade de expressão, o que será pautado adiante. Os direitos de personalidade definidos como irrenunciáveis e intransferíveis, garantem que a pessoa (física ou jurídica), tenha proteção ao seu corpo (pessoa física), nome, imagem e demais aspectos relacionados à sua identidade.

Acerca dos danos morais, Nader (2016, p. 133) afirma “[...] Estes se definem na prática quando alguém atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade”. O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal¹²⁵, declara que são invioláveis a honra e a imagem das pessoas, logo, o nome e a identidade pessoal, marcas significantes às pessoas jurídicas, também deverão ser resguardados (SILVA, 2005, p. 209).

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 421) a honra “[...] consiste num bem tipicamente imaterial, vinculado à noção de dignidade da pessoa humana, pois diz respeito ao bom nome e à reputação dos indivíduos”. Logo, identifica-se como honra, o histórico da pessoa, sua trajetória, todas as variáveis que contribuíram para sua aparência imaterial, junto à uma comunidade. Diante disso, a honra é paralelamente complementar à imagem.

O direito à imagem, que se refere o artigo 5º, inciso X, diz respeito a própria imagem, e foi consagrado, também, no inciso V do mesmo artigo¹²⁶, que faz referência ao direito à indenização pelo dano causado, assim como no artigo 20 do Código Civil¹²⁷. Além disso, não se pode deixar de destacar que nem sempre o dano será ilícito, da mesma forma que o ilícito poderá não ser danoso. Somente quem pratica o ato ilícito e que causa dano a outrem, conforme o artigo 927 do Código Civil¹²⁸, está obrigado a repará-lo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 33-34).

Para que a conduta efetivamente viole o direito à imagem, basta que o ato humano fira um bem personalíssimo, que o represente fidedignamente enquanto pessoa. Se aquilo que for atacado, é o que lhe faz se projetar, que o identifica junto à sociedade, seguramente se configura dano à imagem, da qual trata o artigo 20 do Código Civil Brasileiro (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 137-138).

124. Dano material subdivide-se em: dano emergente, corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; os lucros cessantes, correspondentes àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 95).

125. 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: [...] X – 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.

126. Art. 5º. [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

127. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

128. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Indubitavelmente é possível compreender que as pessoas jurídicas estão contempladas nas garantias constitucionais, pois embora não sejam pessoas naturais, possuem personalidade. Segundo Tartuce (2017, p. 509-510), “Em verdade, o dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva, que é a repercussão social da honra, sendo certo que uma empresa tem uma reputação perante a coletividade”.

Embora esta matéria esteja pacificada a partir da súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral; é imprescindível dizer que a pauta já possuía garantia constitucional no que trata o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, independentemente de discutir sua aplicação no campo natural ou jurídico. Se há a busca pela reparação, deixa-se em segundo plano o debate anterior sobre a pessoa natural ou jurídica, pois esta dispõe de personalidade (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 306).

Por mais que os direitos de personalidade estejam amplamente positivados na Constituição Federal, atualmente estão diretamente em conflito com a liberdade de expressão. Com o efeito originado pelas garantias individuais¹²⁹, há uma necessidade de delimitação da liberdade de expressão, publicização e manifestação. Conforme Machado (2012, p. 47), o abuso de direito “deriva da extrapolação dos limites necessários à defesa de um direito legítimo, de forma a predominar a vontade do titular de um direito como condutor absoluto no seu exercício. É, assim, o exercício irregular de um direito”. Nesse contexto, Sarlet; Marinoni e Mitidiero (2012, p. 438-439) afirmam:

No âmbito da Constituição Federal de 1988, as liberdades de expressão foram, não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito. Com efeito, apenas para ilustrar tal assertiva mediante a indicação dos principais dispositivos constitucionais sobre o tema, já no art. 5º, IV, foi solenemente enunciado que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral, foi complementado e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações. Assim, logo no dispositivo seguinte, art. 5º, V, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”; no inc. VI do mesmo artigo, consta que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

129. Para Barroso (2015, p. 211): “Considerada do ponto de vista subjetivo, a ideia de direito expressa o poder de ação, assente na ordem jurídica, destinado à satisfação de um interesse. Direito é a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas. Garantias são instituições, condições materiais ou procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los. Os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais. Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado. Deles resultam, em essência, deveres de abstenção para a autoridade pública e, como consequência, a preservação da iniciativa e da autonomia privadas”.

O texto constitucional é bastante claro em relação à liberdade de expressão e as consequências jurídicas as quais seu conteúdo poderá motivar. A Lei 12.965¹³⁰ de 2014, denominada de Marco Civil da Internet, no seu artigo 2º e incisos¹³¹, certifica a liberdade de expressão como fundamento do uso da internet no Brasil. Adiante, em seu artigo 3º, inciso I¹³², positiva que a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, dar-se-á a termos constitucionais.

A partir da contextualização da responsabilidade civil, fica evidente as diversas possibilidades existentes da violação dos direitos de personalidade passíveis de reparação. Contudo, resta ao tópico posterior, a abordagem da liberdade de expressão neste contexto, que utilizada de forma desregrada, poderá transvestir-se de ilegalidade, em forma de abuso no exercício de direito que viola direitos de outrem. E, também, a relação das mídias digitais como ferramenta de comunicação utilizada pelos consumidores; com a violação do direito à imagem da pessoa jurídica, bem como a busca pela reparação e seu caráter pedagógico e coibidor.

2 O abuso da liberdade de expressão nas mídias digitais e a reparação e a coibição das práticas de violação à imagem da pessoa jurídica a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS

A falta de informação e a banalização da comunicação podem ser justificativas para as inúmeras possibilidades de exceder o direito à liberdade de expressão e na mesma oportunidade violar o direito do interlocutor. A livre manifestação e a liberdade de expressão são garantias constitucionais que protegem o cidadão quanto à censura e intolerância à forma de pensar, embora, não exclua os direitos de personalidade de outrem, que devem ser respeitados. A ausência de senso crítico, ou conhecimento sobre a temática, pode levar os consumidores a um risco eminente a partir de uma simples postagem, e deflagrar uma lide em busca de reparação à imagem e a moral ofendida.

Para Tomasevicius Filho (2015, p. 272), a disseminação do uso livre da internet favoreceu a criação de um ambiente digital de impunidade, que ainda não conseguiu encontrar uma convivência adequada ao que chamou de “terceira esfera de ação humana”¹³³. Em contribuição, Schreiber (2015, p. 2) expõe que, “[...] perfis falsos e outras formas de divulgação de informação inverídica na internet podem gerar danos irreparáveis às pessoas que são vítimas da sua utilização”. Milagre (2014, p. 1), traz um exemplo de um fornecedor de produtos do mercado de consumo que passou por uma situação onde a reclamação possuía conteúdo vexatório:

130. Em oposição aos debates focados na criminalização do uso indevido da internet, surge o PL 2.126/11, de autoria do Poder Executivo. Gestado no Ministério da Justiça e fruto de diversas consultas públicas, o projeto se contrapôs às iniciativas anteriores de regulação da internet, pois, ao invés de privilegiar o tratamento de crimes e proibições, garantia de liberdades e direitos aos usuários de internet. Daí o nome pelo qual ficou conhecido, o Marco Civil da Internet (BRASIL, Marco Civil da Internet, 2015, p. 8).

131. Art. 2º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

132. Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...].

133. Para Tomasevicius Filho (2015, p. 272): “Imaginou-se que a internet deveria ser “terra sem lei”, onde tudo seria permitido pela aparente impossibilidade de descoberta da verdadeira identidade da pessoa. Percebeu-se a deficiência do direito penal tradicional no combate à criminalidade virtual. Os Códigos Penais e legislações penais especiais foram afetados por essa nova realidade, porque o direito penal é fortemente ligado à questão da soberania nacional, enquanto a internet, por sua vez, não conhece Estados por ser manifestação de uma verdadeira “aldeia global”. Tradicionais regras de aplicação da lei penal no espaço, com exemplos quase hipotéticos, tais como o de cometimento de um crime de um lado da fronteira e concluí-lo após ter passado pela imigração, ganham importância na tentativa de combate aos criminosos, ao mesmo tempo em que estas são inócuas, porque crimes podem ser praticados de qualquer parte do mundo. Ao largo dessas reflexões sobre o direito penal, também se procurou enfrentar a contrafação na internet mediante ações contra quem distribuisse materiais protegidos pelo direito de autor, o que não deu certo pela impossibilidade de apreensão física das obras em formato digital”.

[...] Ao acessar o site de reclamações pude constatar que não se tratava de uma mera reclamação, mas de um discurso de ódio. “Espelunca”, “lixo”, “bando de safados” eram alguns dos adjetivos que podemos citar. A questão era de um vício no produto. A mensagem identificava os sócios, suas casas, familiares e generalizava, os rotulando como péssimos prestadores. De fato, ocorreu um problema pontual, mas o consumidor jamais procurara a empresa, preferindo desfilhar sua ira nas redes sociais, impactando na imagem da empresa para milhares de pessoas. No Google, a reclamação passou a ser a primeira referência quando se buscava pelo nome da empresa, que atuava no mercado há mais de vinte anos e que em sua trajetória colecionava premiações e reconhecimento público.

Pode-se observar que sites de reclamações, já possuem grande influência em pesquisas na rede, e o conteúdo nele depositado, incide diretamente na tomada de decisão do consumidor, na sua formação de opinião e conceitualização.

Portanto, é necessário muito cuidado ao invocar a liberdade de expressão no meio virtual, uma vez que o conteúdo gerado, quando tratar de ofensas, informações falsas, comentários racistas, em nada se baliza com o exercício legítimo da liberdade de expressão (SCHREIBER, 2015, p. 27). A luz do artigo 7º, inciso I do Marco Civil da Internet¹³⁴, é inviolável a intimidade, e a vida privada do usuário, motivo pelo qual deve haver a proteção e a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Exemplificação de fato concreto se faz eloquente tanto do ponto de vista da pessoa física, quanto da pessoa jurídica usuária da internet. Segundo estudo de caso apresentado por Camargos e Lopes (2013, p. 10):

[...] Percebeu-se também que essa onda de reclamações online tem propiciado desgastes para algumas empresas, que veem seus nomes ligados a “memes”, sátiras e páginas criadas com fim de protestos. Apurou-se também que algumas empresas sofreram danos na imagem corporativa devido às repercussões e à proporção de algumas postagens. No decorrer dos estudos de caso foi perceptível que existem empresas que encontram dificuldade em gerenciar crises que acontecem nas mídias sociais. Neste contexto, foi possível compreender como algumas empresas conseguiram evitar os danos que uma publicação poderia ter causado à imagem corporativa, e entender a necessidade de a empresa estar presente nas mídias sociais, bem como a essencialidade de se ter um profissional especialista para monitorar as redes. Dadas as considerações, podemos concluir que o Facebook é uma ferramenta de extrema potencialidade e de grande repercussão, contudo, falta ainda conhecimento por parte das empresas para começar a usá-la e assim fazer com que os benefícios sejam maiores do que os danos que uma resposta não dada ao consumidor pode causar à sua marca.

Dessa forma, fica evidente que há potencial prejuízo às pessoas jurídicas que sofrem ataques sistêmicos ou eventuais acerca de algo atípico, peculiar ou até mesmo corriqueiro, mas que gera estigma à sua personalidade jurídica e, em muitos casos, dano patrimonial. A partir da perda do valor econômico da empresa, em situações de maior repercussão, ou nas de menor proporcionalidade, sem prejuízo do dano moral e/ou à imagem, fica evidenciado o problema jurídico.

Diante da gravidade da lesão ao ente jurídico, se faz necessária a busca imediata pela reparação, como forma de reestabelecer o status quo. Importante evidenciar, nesse contexto, que a imagem possui uma divisão conceitual. Por imagem-retrato, pode-se considerar as características da pessoa natural, o que não se aplica às pessoas jurídicas, porém para estas se fala em imagem-atributo, que é aquilo que lhe define como sendo única perante a sociedade (SILVA, 2012, p. 82). Conforme preceitua o artigo 927 do Código Civil¹³⁵, aquele que comete ato ilícito, tem o dever de reparar os prejuízos sofridos pela parte lesada, tanto em caso de

134. Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

135. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

responsabilidade objetiva quanto subjetiva. O referido artigo se aplica também no ciberespaço (TRENTIN; TRENTIN, 2012, p. 85-86).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente em relação ao dano à imagem da pessoa jurídica, na decisão abaixo colacionada, reformou a decisão em primeiro grau que havia julgado improcedente o pedido da Autora, uma Petshop, que fora exposta no Facebook pelo Réu, por maus tratos à filhotes, os quais alegou a Autora, haviam sido retirados da situação de rua. O fato que gerou a delimitação da liberdade de expressão, foi de que o Réu, poderia ter comentado a situação com a Autora, pois possuíam boa relação; buscando, assim, informações sobre o fato de os filhotes de cães estarem em uma gaiola e expostos na rua. Porém, o consumidor, abrindo mão do contato direto à proprietária da petshop, resolveu publicar a postagem na rede social Facebook, o que ensejou danos à imagem da Petshop. Com a reforma da decisão, o consumidor, então réu, foi condenado a pagar R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de reparação ao dano moral originado de seu abuso ao direito de liberdade de expressão. Abaixo segue a ementa da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS CAUSADOS À PESSOA JURÍDICA (PET SHOP). POSTAGEM NO FACEBOOK AFIRMANDO HAVER PRÁTICA DE MAUS TRATOS A ANIMAIS. PREJUÍZO À IMAGEM E BOM NOME DA EMPRESA CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA, A FIM DE JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. 1. O ato de postar em rede social afirmação de prática de maus tratos a animais por parte de pet shop não é compatível com a alegada mera intenção do réu de resolver a situação momentânea e episódica de desconforto que julgava estarem os cachorros sob guarda do estabelecimento. 2. E em sendo a atividade-fim de uma pet shop exatamente dar adequado cuidado e atenção a animais, não há dúvida de que a afirmação feita na postagem, à qual posteriormente foi adicionado o endereço do estabelecimento, causou dano à credibilidade da empresa, tanto que provocou comentários de repulsa na rede social, iguais àqueles postados pelo próprio réu. 3. Repercussão, no entanto, bastante limitada, a justificar o arbitramento da reparação em valor módico (R\$ 2.000,00), sopesado que além do caráter compensatório e dissuasório da indenização, a capacidade socioeconômica do ofensor também pode ser levada em conta no momento do arbitramento da condenação. Apelação provida (Apelação Cível nº 70070823273, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Tasso Caubi Delabary, Julgado em 23/11/2016).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça gaúcho, na decisão abaixo colacionada, decidiu pela reparação, porém desta vez, para readequar o pedido indenizatório, a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e justificar a minoração da indenização, em um caso que a Ré alegou em postagem na rede social Facebook, que um preposto da Autora, havia abusado sexualmente de um menor, usuário de transporte escolar, atividade fim da Autora. Em primeiro grau, com a comprovação de que a Autora não possuía qualquer vínculo com o alegado, a Ré foi condenada a pagar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de reparação ao dano moral. No provimento parcial da apelação, o Tribunal de Justiça do RS, entendeu que a indenização era desproporcional à realidade financeira da Ré, e a minorou, com o intuito de que a medida pudesse ser efetivada e produzisse efeito pedagógico. Segue ementa da decisão proferida:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSA À IMAGEM E BOA FAMA DA EMPRESA DEMANDANTE PROFERIDA EM REDE SOCIAL. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. Na situação em exame, revela-se abusiva e potencialmente ofensiva a imputação caluniosa e difamatória feita pela demandada à empresa de transportes autora, na rede social Facebook, no sentido de que um de seus funcionários que realizava transporte escolar infantil teria abusado sexualmente de uma irmã da demandada, o que não correspondia à realidade. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. VIOLAÇÃO À HONRA OBJETIVA. A pessoa jurídica é suscetível de

sofrer dano moral, considerada a ofensa a sua honra objetiva, constituída do prestígio no meio comercial, fama, bom nome e qualificação dos serviços que presta, atingida pela conduta irregular da demandada. Súmula 227 do STJ. Prova dos autos que evidencia a violação à honra objetiva da pessoa jurídica autora. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Comporta minoração o valor da indenização fixado pela sentença para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente a baixa capacidade financeira da demandada, e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da natureza jurídica da indenização. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível nº 70072945199, Nona Câmara Cível Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Tasso Caubi Delabary, Julgado em 19/4/2017).

Ao realizar a análise da jurisprudência, é possível refletir se somente a reparação pecuniária é suficientemente eficaz para coibir essas práticas ilícitas nas mídias digitais. Se o condenado a pagar indenização ao ofendido, por exemplo, não dispõe de recursos econômicos, poderá a lide não surtir o efeito prático desejado. Costa (2015, p. 18) destaca que a responsabilidade civil impõe ao agente “[...] a obrigação de reparar a vítima. Essa obrigação decorre da violação da norma legal. Existe uma lesão, e, portanto, a vítima que sofre a lesão ao seu direito, merece ser indenizada”. Logo, se não houver a possibilidade do adimplemento da execução da suposta sentença condenatória, ficaria o ofendido sem reparação alguma, motivo pelo qual é necessário se pensar em alternativas não pecuniárias para tentar reestabelecer o status quo, a fim de garantir também a função precaucional e de prevenção da responsabilidade civil¹³⁶. Conforme Farias, Rosenthal e Braga Netto (2015, p. 48):

[...] a responsabilidade civil tradicional é moldada a solucionar problemas intersubjetivos, reativamente a um post factum. Trata-se de uma noção curativa-retroativa, que lida com um dano já ocorrido. Já no contexto da sociedade pós-moderna ela passa por adaptações, atuando em complexos aspectos como a proteção do futuro em uma perspectiva de responsabilização proativa (responsabilidade de longa duração) hábil a lidar com potenciais danos marcados pela difusidade, transtemporalidade e efeitos transfronteiriços.

Isso demonstra que é necessário repensar a responsabilidade civil na atualidade. Responsabilizar, segundo Farias, Rosenthal e Braga Netto (2015, p. 56), “já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, responsabilizar se converteu em reparação de danos”. Contudo, na sociedade contemporânea, essa finalidade compensatória precisa estar atrelada a “ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos”.

A busca pela informação e a possibilidade de seu armazenamento eterno sugere uma reflexão sobre a importância do controle do fluxo das informações pessoais que estão no meio digital, que podem ocasionar danos à imagem das pessoas jurídicas e, dependendo da situação, ficar sem uma reparação pecuniária. A retratação, nesse sentido, seria uma alternativa não monetária para reparar a prejudicialidade causada à empresa. Farias, Rosenthal e Braga Netto (2015, p. 281), consideram:

Toda esta sorte de malefícios remete a doutrina a concepção de formas desmonetizadas de satisfação de danos morais, de modo a ampliar o leque de opções da vítima, oportunizando-lhe o acesso a um provimento jurisdicional que se mostra minimamente satisfativo, tendo em vista a impossibilidade de uma reposição a uma situação de equivalência ao momento anterior ao dano.

136. Conforme Farias, Rosenthal e Braga Netto (2015, p. 47): “O princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano for atual, concreto e real. Trata-se do perigo, que é o risco conhecido, como, por exemplo, o limite de velocidade nas estradas ou os exames médicos que antecedem uma intervenção cirúrgica. Já o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. É o “risco do risco”.

Diante disso, como o dano tem origem no espaço virtual, cabe ao ofendido solicitar a retratação da ofensa na mesma plataforma. Para Santos (2001, p. 231), o direito de resposta somente é viável se o conteúdo da página for de difusão da informação. Todavia, Reinaldo Filho (2005, p. 126) contrapõe alertando que a retratação pública está diretamente ligada ao direito de resposta, previsto no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal¹³⁷. Independentemente de ser conteúdo noticioso, merece o ofendido a oportunidade para reestabelecer a verdade perante a opinião pública e cabe ao magistrado encontrar um meio criativo e inovador, respeitando a peculiaridade do espaço online, para garantir a demanda. Conforme Costa (2010, p. 206):

[...] a reparação do dano extrapatrimonial, imaterial ou moral da pessoa jurídica deve ser preferencialmente através de um pedido público de desculpas, de um desagravo, da divulgação de errata (quando necessária a retificação posto que incorreta a publicação). [...] Dar-se-ia efetividade ao direito de resposta, constitucionalmente assegurado, anulando-se a malfadada divulgação lesiva à imagem.

No caso abaixo colacionado, uma usuária dos serviços de recreação para crianças alegou prática de maus tratos à sua filha a partir do Whatsapp e do Facebook. A situação, que não foi comprovada, extrapolou os limites do direito à liberdade de expressão, motivo que ensejou a caracterização dos danos morais e a necessidade de retratação pública. Contudo, em sede de Recurso Inominado, houve minoração do quantum indenizatório tendo como base o princípio da proporcionalidade. Abaixo segue ementa do referido caso:

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C RETRATAÇÃO PÚBLICA. MENSAGENS EM GRUPO DE WHATSAPP E PUBLICAÇÕES NA REDE SOCIAL FACEBOOK. ATRIBUIÇÃO DE CONDUTA DE MAUS TRATOS À ESCOLA DEMANDANTE. EXCESSO NO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DANOS À IMAGEM CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. A liberdade de expressão, garantida pelo art. 5º, IV, da CF/88, não é absoluta. Ela encontra seu limite na própria carta magna, que alcança o direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. No caso concreto, é pacificado que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, nos exatos termos da Súmula nº 227 do STJ, notadamente quando do abalo à imagem no mercado, pressuposto para a imposição do dever de indenização por danos imateriais, em relação à pessoa jurídica. Contudo, em que pese o reconhecimento do ilícito praticado, o quantum indenizatório deve atentar ao grau da ofensa, ao caráter pedagógico e punitivo da indenização e às condições do ofensor e do lesado, sendo fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Indenização reduzida para R\$ 2.000,00 (dois mil reais). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME (Recurso Inominado nº 71007411259, Segunda Turma Recursal Cível Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desª. Eliane Maria Canto da Fonseca, Julgado em 18/7/2018).

O direito ao esquecimento é uma alternativa que também tem sido utilizada nos casos de violação à imagem. Não possui um conceito mundialmente definido, mas pode ser entendido como aquele direito de fazer com que determinada informação seja excluída das mídias digitais, após certo período de tempo (CABRERA, 2015, p. 5). Assim, em casos de violação à imagem de uma pessoa jurídica, é possível, além da retratação pública, a retirada do conteúdo violador do espaço online. Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal de Justiça do RS na decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO-FAZER. DIREITO AO ESQUECIMENTO. Da colisão entre a liberdade de

137. Art. 5º. [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...].

manifestação do pensamento e à liberdade de imprensa, de um lado, e o direito à privacidade e à intimidade, de outro, emerge o debate acerca do direito ao esquecimento, construção que objetiva não o revisionismo histórico, mas o redimensionamento da notícia de acordo com a sua relevância social e temporal, contrastada pela busca do anonimato e da normalidade de quem foi vitimado ou implicado em atos delituosos e/ou desabonadores. Caso dos autos em que a parte autora ainda se encontra cumprindo pena, não havendo de se falar, portanto, em direito ao esquecimento. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 70077672426, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 25/10/2018).

O Tribunal de Justiça do RS, demonstra, na referida decisão, a existência do conflito entre direitos fundamentais, quais sejam os direitos de personalidade em face da liberdade de expressão. Ademais, há preocupação com a dignidade da pessoa diante dos danos sofridos, que também se contrapõe a liberdade de imprensa ou de expressão (COSTA, 2015, p. 28). Ambos os direitos referidos são garantias fundamentais previstas no texto constitucional, e pelo fato de não apresentarem devem ser observadas, no caso concreto, a partir do princípio da proporcionalidade¹³⁸.

Com isto, resta a reflexão de como pode ser reestabelecido o status quo do ofendido, no viés que transcenda o caráter pecuniário. O Tribunal de Justiça do RS já discute o direito ao esquecimento e a retratação como direito de resposta, garantias referenciadas na Constituição Federal de 1988. É possível ao ofendido, dessa forma, a busca irrestrita à reparação ao dano causado à pessoa jurídica, não apenas como forma sancionatória, mas também com função preventiva e pedagógica, para coibir novas práticas violadoras da imagem nas mídias digitais.

Considerações Finais

Ao partir do pressuposto de que a internet está acessível a parcela considerável da sociedade e se tornou, não só, uma ferramenta de comunicação e difusão da informação, como também um meio facilitador da compra e venda de bens e serviços, cria-se uma infinidade de relações que a celebração desses negócios jurídicos pode surtir no direito, na sociedade e nas pessoas.

No contexto da responsabilidade civil, são diversas as formas de que o ato ilícito, configura-se em dano. A partir da análise na jurisprudência essas relações entre consumidores e fornecedores, dentro do cenário das mídias digitais, é possível identificar inúmeras lides na perspectiva do abuso da liberdade de expressão, por parte de consumidores, que insatisfeitos por algum motivo, realizam postagens narrando algum ato específico ou expondo meramente sua opinião.

Ao desconsiderar seu dever moral e legal, o consumidor abre mão da via institucional, que o direito lhe garante, de tentar junto ao fornecedor buscar resolver o problema ou a troca do bem, entre outros. Porém ao invés disto, se manifesta a partir das mídias digitais, muitas vezes sem avaliar que posteriormente poderá ter que responder a um processo judicial e reparar pecuniariamente o ofendido. A imagem da pessoa jurídica é no mercado, representação da confiabilidade produzida pelo trabalho já realizado, ou a que vier realizar, ou ainda, que se vislumbra produzir. O zelo à imagem da pessoa jurídica se torna imprescindível ao seu sucesso no mercado. Diante da análise realizada, pode-se verificar a necessidade de conscientização social acerca dos

138. “[...] o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. [...] A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (BONAVIDES, 2003, p. 276-278).

limites que a liberdade de expressão deve seguir para que não se caracterize o ato ilícito e paralelamente a isso a importância da responsabilidade civil para a garantia da proteção à imagem das pessoas jurídicas.

Ademais, o Tribunal de Justiça do RS, a partir da jurisprudência analisada, decidiu por considerar as postagens nas mídias digitais, ofensas à imagem e a moral das pessoas jurídicas, passíveis de reparação. Sugestivamente inclusive, o caráter pedagógico da sentença acerca da retratação pública como forma de tentativa de reestabelecimento do *status quo* do ofendido. Ora, se a ofensa esteve disponível aos que quisessem ver, nada mais justo que a retratação a substitua, e se esclareçam os fatos, e que estes permaneçam à disposição dos interessados.

Contudo, resta a reflexão, ao que se refere as práticas coibidoras de novas ofensas. Se indenização pecuniária, for a única medida à reparação, a possibilidade da impunidade se amplia sob o fato de inadimplemento da indenização. Contudo, com o incremento de medidas alternativas como a remoção do conteúdo e a retração pública na mesma mídia, haverá menor probabilidade da decisão judicial se tornar inócua ao ofensor e sem recuperação da imagem ferida da pessoa jurídica.

Portanto, diante da jurisprudência analisada é possível identificar que são eficazes no que se refere a coibição da prática reiterada das condutas ilícitas referidas neste artigo. Pois, como se pôde ver, nas aludidas decisões do Tribunal de Justiça do RS, medidas para além da indenização pecuniária, como ordem de remoção do conteúdo ilícito e o direito à retratação pública por parte do ofendido, garantem o reestabelecimento do *status quo*, e asseguram o direito ao contraditório, mesmo que o demandado não possua condições financeiras de ofertar o *quantum* indenizatório, as medidas subsidiárias, cumprem um papel de reparação e retratação social, enquanto a pecúnia assegura um papel mais coibidor.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **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 ago. 2018.

_____. **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/2002/110406.htm> Acesso em 11 ago. 2018.

_____. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em 11 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em 20 ago. 2018.

- CABREIRA, Pierina Andrea Aimone. **Direito ao esquecimento na internet**: Uma comparação entre as legislações do Brasil e Chile. Fórum de Cortes Supremas do Mercosul, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf>. Acesso em 10 set. 2018.
- CAMARGOS, Isabel Cristina Fernandes Ventura; LOPES, Eduarda Escila Ferreira. **Rede Social não é SAC: As Reclamações no Facebook Podem Causar Danos À Imagem Corporativa**. Bauru: UNIARA, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- COSTA, Clarice Kaiper Lima da. **Reparação civil pelo uso abusivo de imagens não autorizadas na internet e o direito ao esquecimento**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica (PUC), 2015. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/clarice_costa.pdf>. Acesso em 15 de set. 2018.
- COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. **Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas**. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito). São Paulo: PUC, 2010. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5351/1/Deborah%20Regina%20Lambach%20Ferreira%20da%20Costa.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACHADO, Scheila. **Ativismo digital do consumidor e o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à imagem**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Santa Maria: UFSM, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2812/Monografia%20de%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Scheila%20Machado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 19 set. de 2018.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 7. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MILAGRE, José Antonio. **O abuso do consumidor no direito de reclamar nas redes sociais**. E-commerce Brasil, 24 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/eblog/2014/12/24/o-abuso-consumidor-direito-de-reclamar-nas-redes-sociais/>>. Acesso em 10 nov. 2018.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70070823273**. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Tasso Caubi Delabary. Apelante: Petshop Mundo dos Bichos. Apelado: João Batista Coldebella Stolfo. Porto Alegre, 21 de março de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70070823273&num_processo=70070823273&codEmenta=7059984&temIntTeor=true>. Acesso em 23 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70072945199**. Nona Câmara Civil, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Tasso Caubi Delabary. Apelante: Aline Neves. Apelado: Deliz Viagens e Transportes LTDA. Porto Alegre, 19 de abril de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072945199&num_processo=70072945199&codEmenta=7240209&temIntTeor=true>. Acesso em 23 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70077672426**. Décima Nona Câmara Civil. Relator: Mylene Maria Michel. Apelante: Luiz Henrique Sanfelice. Apelado: Jornal NH. Julgado em 25/10/2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077672426%26num_processo%3D70077672426%26codEmenta%3D7979331+direito+ao+esquecimento.++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70077672426&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=25/10/2018&relator=Mylene%20Maria%20Michel&aba=juris>. Acesso em 23 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado nº 71007411259**. Segunda Turma Recursal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des^a. Eliane Canto da Fonseca. Recorrente: Cacilda Leonilda Giacomelli. Recorrido: Centro de Recreação Alegria de Ser Criança LTDA. Porto Alegre, 18 de julho de 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=71007411259&ano=2018&codigo=1185073>. Acesso em 23 de out. 2018.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHREIBER, Anderson. A Responsabilidade Civil por Dano Derivado do Conteúdo Geral por Terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Org.). **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)**. Tomo II. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ed. São Paulo, 2005.

SILVA, Taís Carvalho. **A tutela dos direitos de personalidade das pessoas jurídicas nas redes sociais**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Salvador: UFBA, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8441/1/TAIS%20CARVALHO-Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf>>. Acesso em 10 de nov. de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 2. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo**. São Paulo: USP, 2015.

TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. **Internet: Publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais**. Santa Maria: UFSM, 2012.

A PSICOPATIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Evelin Cristine Malzoni Borges¹³⁹

Marcelo Marchionatti Guareschi¹⁴⁰

Luiz Gustavo Durigon¹⁴¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo a realização de um estudo acerca dos criminosos psicopatas e sua punibilidade no Direito Penal brasileiro. Será abordado uma série de problemas relacionados a aplicação de penas e sanções diretamente ligadas ao Direito Penal aos indivíduos chamados psicopatas. Com respaldo total na Lei 10.216, de 2001, também se mostra necessário um breve relato de como é feito o processo de diagnóstico desse cidadão, como ele lida com perturbação e quais as formas em que ele pode estar pagando sua dívida com a sociedade e com o sistema. Irei demonstrar o conceito de psicopatia, sua evolução histórica, relatando alguns tipos de transtornos de personalidade e quando e como surgiu a origem da psicopatia; a criminologia e o estudo da psicopatia; a culpabilidade; a inimputabilidade e imputabilidade e a semi-imputabilidade à luz do Código Penal Brasileiro. Entenderemos sobre os supramencionados indivíduos, psicopatas, não sejam eles merecedores com o “benefício” da semi-imputabilidade, prevista no artigo 26, § único do Código Penal.

Considerações iniciais

Atualmente o país em que vivemos passa por diversos problemas relacionados à aplicação de penas em indivíduos chamados psicopatas. A psicopatia não é loucura, mas sim um grave transtorno de personalidade que não tem cura. A sociedade está em constante mudança, e por conta dessas transformações, o comportamento humano sofre alterações assim como as leis, conceitos, concepções de crime e prática criminosa. Contextos

139. Acadêmica do 7º semestre do curso de Direito na Universidade de Cruz Alta. evelinmalzoni07@gmail.com

140. Acadêmico do 2º semestre do curso de Direito na Universidade de Cruz Alta. marceloguareschi@gmail.com

141. Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul /PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI/SAN. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta/UNICRUZ. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Prática Processual Penal e Criminologia da Universidade de Cruz Alta/ UNICRUZ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa do Curso de Direito da UNICRUZ - GPJUR. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Pesquisas e Práticas Sociais (NEPPS). Integrante do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UNICRUZ. Coordenador do Núcleo de Apoio ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil - NEO. Membro Conselheiro do Conselho Universitário - CONSUN. Integrante da Comissão Permanente de Extensão/COPEX da Universidade de Cruz Alta/UNICRUZ. Representante da Escola Superior de Advocacia (ESA/POA) perante a Subseção da OAB / Comarca de Cruz. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Cruz Alta. Parecerista da Revista Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC/RJ. Advogado Sócio Proprietário do Escritório Durigon & Souto Advocacia.

físicos, biológicos e psicológicos refletem diretamente na prática dos delitos. Dentre todos os distúrbios, há um em especial que é foco do desenvolvimento deste trabalho: a psicopatia, que está em evidência nos meios de comunicação em número crescente de casos pela tendência que os psicopatas têm de cometer crimes violentos que impressionam a população e o judiciário, e também por ser notório que o legislador pátrio não se ateve para a falta de punição eficaz para os psicopatas, nem para o fato da coexistência de presos comuns e psicopatas.

O sistema jurídico brasileiro não é perfeito, dessa forma é propenso a erros, visto que a sociedade está em constante transformação e muitas vezes as redações legais não conseguem acompanhar tais mudanças, dessa maneira, gerando lacunas. Ocorre que, em certos casos tais brechas deixam de atender de forma justa e adequada certas situações por falta de uma norma específica ou até mesmo por carência de uma infraestrutura apropriada. O Direito Penal Brasileiro não fica fora desta realidade, pois existem muitas situações onde o mesmo não tem uma norma expressa para dar-lhe suporte nas situações de fato. Um caso comum, é a questão da imputabilidade do psicopata, pois as particularidades da sua personalidade geram opiniões díspares com relação ao tratamento adequado no que concerne às práticas criminosas.

Comumente, a psicopatia, classificada como um transtorno de personalidade antissocial, manifesta-se na infância ou na adolescência, perdurando até a vida adulta. A sua personalidade é marcada por uma mutabilidade que permeia entre a normalidade até reações de impulsividade modificando seu comportamento perante a sociedade. Assim, é de grande importância analisar com cautela a situação de agentes psicopatas perante o direito penal brasileiro. Não se pode designar o psicopata como um doente mental, uma vez que ele é o ator principal das suas ações, e não apenas um espectador que ignora o que faz. Ou seja, o psicopata age sob a sua responsabilidade, discernindo suas ações e sem sentir desconforto ou qualquer interferência na sua vida cotidiana.

1 Aspectos gerais do transtorno de personalidade antissocial

A psicopatia é um transtorno de personalidade, que envolve outros fatores para que se torne efetiva, tais como traumas de infância, anomalias cerebrais que levam o indivíduo a não compreender a razão da pena e com isso reincidir no crime. Este artigo tem como objetivo apresentar as classificações internacionais do transtorno de personalidade, bem como o tratamento que o sistema penal brasileiro adota especialmente para este indivíduo que não possui consciência moral e empatia. O presente tópico tem por finalidade conceituar o transtorno de personalidade antissocial (psicopatia) tanto no âmbito psicológico quanto no âmbito jurídico, especialmente na visão da psicologia jurídica. Nesse sentido, o referido tópico também tem o intuito de abordar as principais características da psicopatia assim como outros aspectos da mesma. Na psiquiatria forense existem diversos temas a serem estudados e debatidos, dentre estes, um assunto tem maior destaque: a psicopatia. Vale ressaltar que o referido não é de maior enfoque apenas no âmbito de estudo da psicologia, mas também no âmbito do direito. Assim, o assunto em questão, segundo Hélio Gomes, “no que concerne à psiquiatria forense, não há capítulo mais importante que este” (1994, p. 192).

A palavra psicopatia vem do grego *psyche* (mente) e *pathos* (doença), e tem como tradução “doença da mente”, porém, tal conceito não se encaixa na perspectiva tradicional das doenças mentais, pois de acordo com Ana Beatriz Barbosa Silva, “os psicopatas em seu quadro clínico não apresentam nenhum tipo de desorientação, alucinações ou delírios e, tampouco, sofrimento mental intenso” (2008, p.3). Dessa maneira, “o

conceito de psicopatia não é absoluto, sendo alvo de debates entre autores, clínicos e pesquisadores, onde estes utilizam diferentes termos para nomeá-lo” (SILVA, 2008, p. 36).

Nesse seguimento, a Organização Mundial da Saúde (OMS)⁷ (código 301.7) e o CID-10 sob o código F60.2, nas suas descrições clínicas utiliza o termo 7 “A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada das Nações Unidas que tem como lidar com questões relativas à saúde global (...)” (Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1964). 4 Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA) para definir comportamentos sociais que não estão de acordo com as normas vigentes. Destarte, segundo o CID-10, o Transtorno de Personalidade Antissocial se caracteriza pela existência de um considerável desvio de comportamento à vista das normas sociais estabelecidas, a falta de empatia para com os outros e um menosprezo com relação às normas de conduta. O comportamento de um indivíduo com TPA não é alterado com punições ou experiências adversas, tem uma baixa tolerância à frustrações, um baixo limiar de descarga para agressividade, até mesmo a violência. Além disso, tem uma tendência em culpar os outros ou oferecer explicações racionais para induzir um sujeito a entrar em conflito com uma sociedade. (2007, p.352)

Sendo assim, o Transtorno de Personalidade

[...] exige a constatação de um padrão permanente de experiência interna e de comportamento que se afasta das expectativas da cultura do sujeito, manifestando-se nas áreas cognoscitiva, afetiva, da atividade interpessoal, ou dos impulsos, referido padrão persistente é inflexível, desadaptativo, exibe longa duração de início precoce (adolescência ou início da idade adulta) e ocasiona um mal-estar ou deterioração funcional em amplas gamas de situações pessoais e sociais do indivíduo (GOMES, 2008, p. 284).

Trata-se nesta reflexão de uma pessoa cativante e controladora, que mente com facilidade para conseguir seus objetivos, exploram e violam diversos direitos dos outros, sendo que para o ordenamento jurídico pátrio vigente, esse comportamento em regra é criminoso, portanto, contrário ao que prevê a legislação. São incapazes de compreender com a correção e de mudar seus hábitos. Eles atingem duramente o que querem, descumprindo as normas sociais sem a menor percepção de remorso ou arrependimento, excluindo quem entra em seu caminho. A respeito da psicopatia, Silva (2014, p. 38) explana:

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego psyche= mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo).

Analisando sob a visão do Direito Penal, Galvão (2013, p. 456) esclarece acerca dos psicopatas:

[...] O psicopata tem plena consciência sobre o caráter ilícito do comportamento que realiza e também possui a plena capacidade para determinar-se em conformidade com esta consciência. A psicopatia é um transtorno de personalidade que produz efeito direto no comportamento, mas não interfere na consciência de seu caráter ilícito ou na autodeterminação do sujeito que livremente escolhe realizá-lo. Os psicopatas têm plena consciência do caráter ilícito do que estão fazendo e de suas consequências, pois sua capacidade cognitiva ou racional é perfeita.

Falam mentiras sem nenhum constrangimento, roubam, ofendem, enganam, descuidam de seus familiares e parentes, colocam em perigo suas vidas e a de outros. Muitas vezes esse indivíduo não tem ligações com outras pessoas, ou melhor, é totalmente incapaz de manter relações duradouras, buscando sempre uma gratificação imediata, ou seja, por impulso, sendo que os princípios morais encontram resistentemente pervertidos e o poder de controle prejudicado.

1.1 Características emocionais e interpessoais do psicopata

Refere que a psicopatia tem formas arcaicas de identificação imaginária de um estágio desenvolvimento precoce, ao qual designa por “estádio do espelho”, aqui a criança deveria assumir uma imagem sua, e quando tal não ocorre, a agressividade retorna à identificação primária. Neste sentido, a organização de personalidade psicopática é compreendida com base no complexo de Édipo, o qual permite uma identificação primária no momento em que a criança se vai rivalizar consigo mesma e estruturar-se através da identificação com o rival (Hellbrunn, 1982). O investimento libidinal num cenário de fantasia, permite a realização de uma agressão narcísica clivada, sendo a estrutura edipiana reportada a uma privação particular da função parental (Hellbrunn, 1982). O psicopata carecendo da falta de entendimento e domínio do ciúme que sustenta as relações primárias estabelecidas de forma ineficaz, retira-se das primeiras apreensões afetivas (Hellbrunn, 1982). Desta forma, a carência parental origina uma incapacidade para simbolizar, que dá lugar à falta de tolerância à frustração, à incapacidade de se diferenciar, de representar o objeto, e desencadeia a impulsividade expressa na necessidade de satisfação imediata (Hellbrunn, 1982).

O primeiro transtorno é tido como uma linha incomum de caráter e mais alcançável à psicoterapia, no sentido de prover um melhor controle comportamental, o comprometimento pessoal se mostrava mais restrito a certas áreas do desempenho da personalidade. Já o segundo, é considerado como a psicopatia em si, com a personalidade prejudicada em todas as suas esferas. Conforme demonstrado pelos estudos abordados, a psicopatia é um tipo de personalidade que tem como características a falta de culpa, remorso e preocupação com os outros, os psicopatas parecem sentir necessidade em ver o sofrimento alheio. Na psicologia jurídica encontramos a definição de personalidade é o conjunto parcialmente equilibrado e esperado dos perfis emocionais e comportamentais que caracterizam a pessoa no dia a dia, sob condições normais. No entanto, vale lembrar que a personalidade não é permanente, pois em condições diferentes, como em casos de estresse ou eventos traumáticos, o indivíduo pode apresentar novas características. Eloquentes e superficiais, os psicopatas mostram-se muito planejados e convincentes nas histórias que contam, mas, ainda que consigam enganar os demais com um falso conhecimento em diversas áreas, se fossem testados por verdadeiros especialistas no assunto, podem revelar suas superficialidades de conteúdo. Egocêntricos e grandiosos, possuem uma visão extremamente egoísta e vaidosa da própria importância e valor, estes acreditam que podem viver de acordo com as próprias regras e adoram ter o poder e o controle sobre os demais. Ausência de remorso ou culpa, esses indivíduos não apresentam nenhuma preocupação com os efeitos devastadores de suas ações sobre os outros e, e apesar de conseguirem expor seu remorso, suas ações são contraditórias. Falta de empatia, esses indivíduos são extremamente frios em relação aos direitos e sofrimentos das pessoas, as quais deverão ser por eles usados para a própria satisfação. Esses psicopatas são capazes de, torturar e mutilar suas vítimas mais ou menos com a mesma inquietação que sentimos ao cortar o uma fatia de pão. Enganadores e manipuladores, esses indivíduos manifestam comportamento atraente, agradável e sedutor com o intuito de manipular os outros e, alcançar

seus propósitos. Eles também são capazes de mentir muito bem e, quando são descobertos, não se sentem constrangidos, pois mudam rapidamente de assunto ou tentam refazer a história inventada para que pareça plausível. Emoções rasas, esses indivíduos não têm compaixão e respeito pelo próximo sempre, confundem amor com pura excitação sexual, tristeza com frustração e raiva com irritabilidade, o que leva muitos psiquiatras a afirmarem que tais emoções superficiais sentidas por eles não passam de, respostas primitivas a necessidades imediatas. O estilo de vida dos psicopatas, preceitua que os psicopatas são seres humanos comuns com um tipo de comportamento social em que os sujeitos são desprovidos de consciência moral, eles podem ser encontrados em qualquer lugar, podem ser homens ou mulheres, brancos, pretos, índios, ter qualquer nacionalidade, credo, nível escolar ou financeiro. A psicopatia apresenta níveis variados de gravidades; leve, moderado e grave, levando com que as características do transtorno sejam percebidas de formas variadas, fazendo com quem nem todos que sofre com esse transtorno tenham as mesmas características. Impulsivos, esses indivíduos vivem o presente, e não se preocupam com o futuro, e os atos impulsivos que praticam visam apenas sua satisfação, prazer ou alívio imediato. Fraco controle do comportamento, esse indivíduo embora apresente fracos controles inibitórios de comportamento, os psicopatas, não perdem o controle sobre o próprio comportamento no decorrer do ato. Necessidade de excitação buscam situações que possam mantê-los em um estado de alta excitação, motivo pelo qual praticam atos perigosos, proibidos ou ilegais, os quais não passam de mero prazer e diversão para eles. Falta de responsabilidade esses indivíduos não honram os compromissos formais com pessoas ou organizações, possuem grande habilidade em convencer os outros e também o sistema de justiça criminal de suas boas intenções. Problemas de comportamento precoces nesta grande parte dos psicopatas começa a exibir problemas de comportamento ainda na fase infantil, como crueldades praticadas contra outras crianças e animais. Comportamento adulto antissocial quando adultos, desobedecem e ignoram as normas sociais, considerando-as meros obstáculos que devem ser por eles superados na concretização de seus desejos, quando praticam um homicídio, por exemplo, planejam friamente o assassinato, com rituais detalhados e impregnados de uma violência muito peculiar, insensível e devastadora.

2 Graus da psicopatia

A psicopatia pode apresentar-se em variados níveis de gravidade: leve, moderado e grave. O psicopata com grau leve demonstra poucos critérios presentes no DSM-V-TR, dificilmente mata, e é mais difícil de ser diagnosticado por conta de passar despercebido na sociedade. Este é conhecido como o psicopata comunitário, geralmente tem inteligência acima da média e demonstra as características mais comuns dos psicopatas em geral, como frieza, mentiras, falta de empatia, racionalidade e manipulação. Justamente por isso que engana facilmente os demais. Comumente, ele foi uma criança com uma educação comum, mas sempre apresentava traços característicos do TPA, como frieza, insensibilidade, charme superficial, entre outros.

Já o que apresenta o grau grave, geralmente são assassinos sádicos, têm prazer ao ver suas vítimas sofrendo, e do ponto de vista emocional são muito problemáticos. Psicopata com grau grave não consegue controlar por muito tempo seus impulsos sádicos, por conta de ser o mais impulsivo entre todos os graus da psicopatia. É muito comum que esse indivíduo apresente doenças neuropsiquiátricas como depressão, déficit de atenção e até mesmo outros transtornos da personalidade. Além disso, o psicopata de grau grave geralmente tem, segundo Biscalquini (2015):

[...] um persistente sentimento de vazio existencial e tédio, o que os faz buscarem constantes estímulos - inconstantes, enjoam de tudo facilmente, por isso sempre procuram algo novo e diferente para fazerem; mas possuem dificuldade em terminar o que começam. Na infância, esses indivíduos geralmente sofreram algum tipo de trauma significativo o que pode ser considerado agravante da psicopatia. Normalmente foram crianças mais reservadas ou introvertidas, mas que, por vezes, apresentavam traços de transtorno de conduta.

Depois da análise de todos os graus da psicopatia, pode-se dizer que os psicopatas são diferentes entre si, pois o que vai determinar o seu comportamento perante a sociedade é o seu grau de psicopatia, pois, como já supracitado, nem todos os psicopatas apresentarão as mesmas características.

2.2 Teoria do crime

Ao longo dos anos o conceito de crime foi analisado e moldado conforme a evolução da sociedade, dessa forma, segundo Damásio de Jesus (2011), pode-se conceituar crime de quatro formas: a formal; a material; a formal e material e a formal, material e sintomática. O nosso Código Penal estabelece 03 (três) formas de concurso de crimes, mas nesse texto falarei somente sobre os concursos material e formal:

Concurso material (artigo 69 do CP);

Concurso formal (artigo 70 do CP); e

Crime continuado (artigo 71 do CP).

Esclarecido o que é concurso e quais são as suas hipóteses, passo agora a transcrever os conceitos legais das modalidades que serão abordadas. Segundo o artigo 69 do CP, ao versar sobre o concurso material: Art. 69 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Já de acordo com o artigo 70 do Código Penal, o concurso formal ocorre: Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicasse-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

2.3 Organização de personalidade perversa

A perversão é uma forma de organização psíquica e um fenómeno social, político, sexual e estrutural, que se encontra presente em todas as sociedades humanas (Santos & Ceccarelli, 2009). É definida por André Lussier (1983, Husain) como a procura do sujeito pelo fascínio sexual através de um meio essencial e compulsivo de um cenário objetual primitivo. Mas não é apenas primitiva, pois constitui-se através de elementos estruturais, fases de desenvolvimento e níveis de conflito (Meyer, 2011).

A perversidade é um traço de personalidade, uma característica e uma disposição natural inconsciente que leva o sujeito a agir contra o objeto e o meio em geral (Danan, 2002). Está ligada, na maioria das vezes, a formas de perversão, mas há que ter em consideração que nem todas as perversões são sexuais e que a

perversidade vai muito além das problemáticas sexuais (Mendoza, 2007). Sendo assim, a perversidade encontra-se associada à noção de mal consciente dirigido ao objeto com o objetivo de satisfazer necessidades, é independente das perversões sexuais e pode manifestar-se em várias áreas, social, relacional e profissional (Harrati et al., 2006). Considera-se a sua origem como anterior à perversão e com uma estreita relação com a psicose, devido ao mecanismo de negação utilizado perante a existência do objeto, não possuindo este qualquer valor, sendo degradado, desvalorizado e inabilitado (Husain, s.d.). É uma disposição permanente da personalidade que remete para a crueldade característica de sujeitos com organização psicopática (Jeammet et al., 2003).

2.4 Medida de segurança: a quem é destinada?

As medidas de segurança são atuações que são restringidas a indivíduos com deficiência mental, que seriam pessoas que não se encontram com sua capacidade mental totalizada, que realizam delitos sem possuir conhecimento dos mesmos, assim consagrados pela justiça pátria como semi-imputáveis ou inimputáveis (JESUS, 2005). A medida de segurança e as penas correspondem a dois modos de sanção penal, onde esta última seria a retributiva preventiva onde a finalidade é readequar o criminoso na coletividade, aquele detém origem necessariamente preventiva, na direção de impedir que um indivíduo que realizou um delito e se revela ameaçador para a coletividade venha realizar outras violações penais. Distinguem as medidas de segurança das penas em inúmeras questões. É o que se constata, no entendimento de Jesus (2005) a respeito da questão, a saber:

As penas têm natureza retributiva-preventiva, já a medida de segurança são preventivas, as penas são proporcionais à gravidade da infração, já as medidas de segurança fundamentam-se na periculosidade do sujeito, nas penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social), já na medida de segurança pelo juízo da periculosidade, as penas são fixas, as de medida de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito, as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semi-responsáveis, já as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis.

Há três modalidades de agentes ou ainda atuantes de delitos, isto é, há os imputáveis, que seriam os indivíduos que possuem competência para receber sanções, igualmente os inimputáveis, que seriam os indivíduos que não tem competência para receber sanções, e os semi-imputáveis, que seriam os que podem receber pena ou medida de segurança. A presunção de periculosidade foi eliminada pela reforma penal estabelecida ao Código Penal pela Lei nº. 7.209/1984. Quanto a realização de delitos, é irrelevante a periculosidade, sendo levada em conta somente para finalidades de medida de segurança. Contudo, não diz respeito a questões internas ou externas, que assinalem a probabilidade, de vir ou a ser um criminoso, refere-se à possibilidade de criminalizar. A constatação da periculosidade se realiza através de uma ponderação a respeito do futuro, ou diverso do juízo de culpabilidade que se cogita sobre o passado. Em tal constatação, o juiz utiliza-se de componentes ou de questões, sinais ou sintomas da condição ameaçadora (JESUS, 2005).

A lei presume periculosidade dos inimputáveis, determinando a aplicação da medida de segurança (CP, art. 97.). No que diz respeito ao semi-imputável, a periculosidade pode ser reconhecida pelo juiz, que, em vez de aplicar a pena, substitui por medida de segurança (MAGGIO, 2002, p. 222).

Compreende-se como periculosidade real no momento em que esta precisa ser constatada pelo magistrado, contudo, compreende-se como periculosidade prevista nas situações em que a legislação a define, independentemente da periculosidade real do indivíduo. Desta forma, entende-se que o delito necessita ser realizado por um semi-imputável ou inimputável, que a periculosidade precisa ser admitida pelo magistrado, e os menores de 18 anos estão submetidos a determinação da legislação específica (JESUS, 2005). Existem duas modalidades de medida de segurança, uma delas seria a detentiva que corresponde a internação em hospital de custódia, submetendo a tratamento psiquiátrico, ou na ausência deste em um estabelecimento apropriado, e a restritiva, que corresponde a submissão a um tratamento ambulatorial, segundo prevê o Código Penal, em seu art. 96, a saber:

As medidas de segurança são: I internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta dele, em outro estabelecimento adequado; II sujeito a tratamento ambulatorial; Parágrafo único Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Perante tal questão, ante a periculosidade do indivíduo, e do delito que realizou, este será sujeitado um tratamento ambulatorial, onde a pessoa fica sujeitado a remédios, contudo, não existe a necessidade de internação, ou ainda ao tratamento em hospital de custódia, com tratamento médico, com internação. O tratamento psiquiátrico, conforme exemplificação do Código Penal, em seu art. 96, é o dever de continuar internado em manicômio ou hospital judiciário, submetido a tratamento interno.

Já o tratamento ambulatorial diz respeito a sujeição do indivíduo a um tratamento médico exterior, isto é, não precisa ficar internado, ainda que se encontre forçado a apresentar-se com atinente assiduidade ao médico e igualmente possuindo acompanhamento psicológico. Sendo assim, possuem capacidade de disfarçar seus comportamentos e se expõem clinicamente como uma incoerência ambulante: de um lado, possuem capacidade de oferecer soluções sociais, inclusive eticamente adequados, para os casos do dia-a-dia, por outro, no momento em que estão sozinhos, suas atuações não se enquadram com suas descrições. É possível descrever que geralmente os psicopatas não são considerados pela psiquiatria forense como doentes mentais sem capacidade de compreender a natureza ilegal dos comportamentos que realizam. Diversamente, realizam comportamentos ilegais possuindo total entendimento quanto a natureza ilegal de seus atos (KIEHL, 2008).

2.5 A ineficácia da sanção aplicada ao psicopata homicida: um problema ainda sem solução

A disposição de transtornos mentais e de conduta, em sua décima revisão (CID-10), relata a anormalidade própria de individualidade como uma excitação grave de formação caracterológica e das disposições comportamentais da pessoa (o denominado criminoso caracterológica). Segundo entendimento de Pentead Filho (2013), os problemas de individualidade não são propriamente enfermidades, e sim irregularidades do progresso psicológico, sendo entendidas, pela psiquiatria criminal, como sendo problemas de saúde mental. (PENTEADO FILHO, 2013).

Igualmente conforme este autor, tais problemas demonstram desequilíbrio da excitabilidade e da afetividade com coerência deficitária dos investimentos, dos comportamentos, das atuações, revelando-se no vínculo entre pessoas. Perante o julgamento policial forense os problemas de personalidade demonstram-se de total valor, em razão de seus portadores (propriamente os antissociais) diversas vezes se relacionarem em

ações delituosas. No momento em que o nível de insensibilidade se oferece extremo (carente absoluto de arrependimento), direcionando a pessoa a uma marcante insensibilidade afetuosa, este pode adotar a conduta criminosa periódica, e a psicopatia seria o diagnóstico (PENTEADO FILHO, 2013).

2.6 Imputabilidade

Sobre a imputabilidade, é uma definição jurídica, mas se baseia nos critérios relacionados a saúde mental e a regularidade psíquica. Retrata a circunstância do indivíduo que possui a capacidade de efetuar uma ação com completo discernimento e com a efetividade de conduzir suas ações, isto é, para se definir como imputável é necessário notar a sanidade mental e a maturidade.

Sendo assim, pode-se entender, que o termo imputabilidade é como um ingrediente da culpabilidade, em que o agente tem competência de entender a índole ilícita do acontecimento e de definir-se com a conclusão desse entendimento. É importante exemplificar que o responsável necessita de possuir um estado físico, morais, mentais e psicológicas, para conhecer que está cometendo uma ação ilícita, nada mais que ter a predisposição de ser repreensível, nos clarifica Fernando Capez (2002, p. 273):

O agente deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade.

2.7 Inimputabilidade

Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade. Entretanto, em consequência de uma enfermidade mental, crescimento mental inacabado ou retardado. Sendo assim, a incapacidade ou inimputabilidade de culpa, pode perpassar da conduta, presumindo-se que a falta de estabilidade mental. No Código Penal pode ser encontrado três causas de inimputabilidade, exemplificadas no artigo 26: “É isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Há circunstâncias psíquica, como algumas neuroses, distúrbios compulsivos e obsessivos, onde o indivíduo, indiferente as suas condutas, não dispõe de capacidade de autonomia, para reprimir ou agir, podendo assim ser definido como um incapaz absoluto. Essa incapacidade sobrevém de enfermidade mental ou do crescimento inacabado ou retardado.

Aproveitando a questão sobre inimputabilidade, esclarece Damásio E. de Jesus (1999, p. 499):

Não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança.

As psicoses, os distúrbios mentais referentes a personalidade, ao desenvolvimento retardado dos componentes mentais, são entendidos como doenças mentais. Quando se fala de desenvolvimento mental inacabado, se trata daquele que ainda não se concluiu, sendo comum em menores, mudos, surdos e os silvícolas

não convenientes. Assim sendo, a psicopatologia forense analisara, em cada caso, se a anomalia irá provocar a incapacidade. E, entende-se por crescimento mental retardado a oligofrênica em todos os tipos habituais como: debilidade mental, idiotice e tolíce.

2.8 Semi imputabilidade

A Semi Imputabilidade é uma circunstância que fica entre a imputabilidade e a inimputabilidade, podendo ter influência direta na competência de percepção de auto governo do sujeito. O art. 26, parágrafo único, do Código Penal regulamenta sobre o assunto:

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em casos assim, o magistrado é obrigado a reduzir a pena, mas, primeiramente, vai pregar a pena privativa de liberdade e depois trocar pela internação ou se for o caso tratamento ambulatorial, mas sempre terá a possibilidade de decretar a medida de segurança.

As pessoas que possuem a psicopatia, não possuem enfermidades mentais, exatamente por isso, o Código Penal os qualifica como semi-imputáveis, pois, não são capazes de agir normalmente com as regras e éticas morais.

E vale destacar, que não é anulada a culpabilidade quando for o caso de semi imputabilidade, quando for analisado o caso, a lei dá a opção ao magistrado de decretar medida de segurança ou abater a pena, somente após ela ser proposta, isto é, uma natureza condenatória. O Superior Tribunal de Justiça assim diz:

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminoso.

3. Perícia médica e confirmação da doença

Já é sabido que o Código Penal Brasileiro aderiu a medida biopsicológica, e para provar a enfermidade mental ou crescimento mental incompleto ou retardado, é necessário o laudo médico, e não a apuração direta pelo magistrado, mas poderá ser cabida pelo juiz através da instrução processual, pelas provas. E segundo o artigo 182 do Código de Processo Penal, o juiz não fica apenas preso ao laudo da perícia.

O juiz pode não confiar no laudo da perícia, e deverá exigir uma nova perícia, pois ele não pode contar com sua experiência própria, em razão de não ser médico e não contar com o conhecimento necessário. Sendo assim, caso aja comprovação pericial afirmando a existência de inimputabilidade, o magistrado não poderá desconsiderar o laudo, com base em seus pensamentos próprio.

4 Pena cabível para o psicopata

No nosso atual sistema penal, conforme já tratado, serão impostas a esses autores de infrações penais, como espécies de sanção criminal, a pena ou a medida de segurança (sistema unitário). De acordo com a posição majoritária, o instituto da psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, o qual não afeta a capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito e nem sua capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento. Portanto, resta concluir que o psicopata, a princípio, deverá ser tratado e considerado na esfera penal como um infrator imputável, e a ele deverá ser imposta uma pena como sanção adequada no caso de cometimento de uma infração penal.

No entanto, o estudioso Francisco Garrido, alerta acerca da reincidência criminal ante a falta de aprendizado destes psicopatas com a aplicação das sanções penais. Neste sentido, a pena acaba por não ser um meio coercitivo e preventivo eficaz contra esses psicopatas. Nesta linha de raciocínio, os estudiosos atestam que “é inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre o que possa influir”.

Considerações finais

Diante do contexto atual, a denominada assistência que o direito penal baseia o emprego da medida de segurança ao psicopata, verdadeiramente modifica-se em uma sanção mais severa, já que além de privar o indivíduo de sua liberdade, oneram-o de todos os direitos assegurados aqueles que realizam igual delito. De forma absurda, a periculosidade atua como um requisito subjetivo censurável, enfrentando as condições objetivas empregadas para basear a persecução penal. Já que a apreciação não se fundamenta no delito por si só, e sim no perigo social posterior e a lógica probabilidade de vir a realizar outro crime, para explicação do emprego da medida. No nosso direito, se encontra várias respostas sobre o tema: existem aqueles que, por meio do laudo da Ciência Médica, não julgam psicopatia com enfermidade mental, sendo assim, imputável; e há aqueles que consideram que seja um transtorno da saúde mental, implicando a semi-imputabilidade, e por fim, aqueles que justificam o conceito de enfermidade mental é amplo, segundo o Direito, e a psicopatia acabaria sendo causa de inimputabilidade.

Referências

- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- BALLONE, G. J. **Personalidade Psicótica**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>>. Acesso em: 04 abr. 2019
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARDOSO, Silvia Helena; SABBATINI, Renato M. **Aprendizagem e Mudanças no Cérebro**. Cérebro e Mente [Revista eletrônica], 11, Universidade Estadual de Campinas, out./dez. 2000.
- COSTA, Chirstian. **Curso de Psicologia Criminal**. Belém: Planeja RH, 2008.
- DSM-IV-TR. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. Tradução Cláudia Dornelles; 4. ed. ver. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- FIORELLI, José Osmir, MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GJ, Ballone. **Personalidade Psicopática**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=7>>. Acesso em: 02 abr. 2019.
- HARE, Robert. **Psicopatas no Divã**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/010409/entrevista.shtml>>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- HARE, Robert. **Psicopatia, Teoria e Pesquisa**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S/A, 1973.
- INNES, Brian. **Perfil de uma mente criminoso: a psicologia solucionando crimes na vida real**. 1ª ed. São Paulo: Escala, 2009.
- JESUS, Damásio E. **Direito Penal parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JESUS, Valentina Luiza de. **Ressocialização: mito ou realidade?** 2008. Disponível em: <<http://na1312.my1blog.com/2007/09/12/ressocializacao-mito-ou-realidade/>>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- KIEHL, Kent A. in: **Without Morals: The Cognitive Neuroscience of Criminal Psychopaths**. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, Moral Psychology - The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development, Volume 3, MIT PRESS: Cloth / January 2008.
- LYKKEN, David T. in: **Psychopathic personality: the scope of the problem – Handbook of Psychopathy**, The Guilford Press, Nova York, 2006.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal parte geral: código penal arts.1º a 120**. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2002.
- MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Versão em Português da Escala Hare (PCL-R)**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

NASCIMENTO, Yudice Randol Andrade. Assassinos Seriais: Para Compreender as Ciências Forenses. In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Ensaio sobre a Teoria Geral do Direito**. Belém: CESUPA, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em <www.datasus.gov.br/cid10>. Acesso em: 04 abr. 2019.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADOCK, Benjamin James. **Compêndio de Psiquiatria: Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 9. Ed. São Paulo: Artmed, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Internação por medida de segurança não pode ultrapassar tempo máximo da pena**. STJ. 2012.

SZKLARZ, Eduardo. **O psicopata na justiça brasileira. O passo a passo de um criminoso. O caminho dos antissociais pelos sistemas jurídico e carcerário é um ciclo sem fim de reincidência** Julho de 2009. Edição 267ª. Redação Super. Super Interessante. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. (Orgs.). **Psiquiatria Forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

UGIETTE, Marcellus de Albuquerque. **Seminário Justiça e Doença Mental**. 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=qJ8E1ZrOxG>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZARZUELA, José Lopes. **Semi-imputabilidade: Aspectos Penais e Criminológicos**. Campinas: Julex, 1988.

ZKLARZ, Eduardo. E se...fosse possível prever os crimes dos psicopatas? **SUPERINTERESSANTE: Mentis psicopatas**, São Paulo, n.º 267. Julho de 2009.

WAGNER, Dalila. **Psicopatas Homicidas e sua Punibilidade no Atual Sistema Penal Brasileiro. Universo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/do-utrinhas/default.asp?action=doutrina&coddou=5918>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS IMPACTOS CAUSADOS NO PSIQUISMO: o sistema patriarcal e os direitos das mulheres

Fernanda Espindola Allegretti¹⁴²

Resumo

O artigo trata sobre a violência doméstica dando ênfase para a agressão física e psicológica com fins de esclarecimento sobre o tema, para que seja possível ser pensada a ligação entre estas duas questões. Com isso, podem ser observados os processos sociais que geram estes acontecimentos, sendo possível compreender que a cultura patriarcal que gera o aumento nos números de agressões contra as mulheres.

Considerações iniciais

Com as mídias sociais e os discursos feministas auxiliando no processo de exposição dos casos de violação dos direitos femininos foram feitas correntes de apoio às vítimas, contudo devido a uma sociedade que ainda tende a culpabilizar estas mulheres pelo próprio abuso sofrido as mesmas tem encontrado dificuldades para ressignificar suas histórias e compreender que não são culpadas do sofrimento a elas imposto, nesse sentido este breve estudo se faz importante para explicar como se dão esses processos. Além disso, ainda pode-se ver a dificuldade encontrada por muitas mulheres em compreender que a agressão psicológica faz parte de um relacionamento abusivo, já que é comum que estas acreditem que xingamentos e humilhações não caracterizem violações do sujeito pois não há violência física. Devido à cultura em que as vítimas estão inseridas é visto como normal que o marido tenha poder sobre esposa, controlando sua vida financeira, abalando seu psicológico e até mesmo a agredindo.

O presente trabalho visa abordar a violência doméstica como um processo social resultante da cultura patriarcal vigente, durante o texto dois tipos de agressão à mulher são tidas como principais bases de um relacionamento abusivo e são elas: agressão física e psicológica. Os dados iniciais são referentes ao ano de 2018 já que durante este houve um crescente número de agressões contra a mulher e feminicídio, levando o Brasil para o topo do ranking de países mais perigosos para mulheres viverem. Ao analisar os referidos dados pode-se compreender a importância da psicologia na compreensão deste processo e da intervenção dos profissionais da área visando uma melhoria no auxílio de vida destas mulheres vítimas de agressão. Ainda, nesse processo

142. Graduada em Psicologia pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; Pós-Graduada em Justiça Restaurativa e Mediação pela UNIJUÍ. E-mail: f.allegretti@hotmail.com

é importante buscar esclarecer as razões pelas quais muitas vítimas continuam com os agressores e também os danos causados ao psiquismo da família como um todo, visando entender que os filhos também são vitimizados nesse processo e podem sofrer durante sua infância até a vida adulta.

Tendo em vista a importância da pauta do presente trabalho foi feita revisão bibliográfica a fim de compreender os estudos já existentes sobre o tema da violência contra a mulher para que se pudesse pensar uma possibilidade de uni-los com a psicologia esta que vem a ser auxiliadora no processo de oportunizar a qualidade de vida das vítimas. Nesse sentido o estudo se baseia principalmente nas ideias apresentadas por Bandeira (2017), Saffioti (2004) e Hirigoyen (2005) e utiliza também de informações disponíveis na Folha de São Paulo e dos eventos ministrados pela ONU sobre os dados obtidos no ano de 2018.

1 A violação da mulher e a cultura patriarcal

O ano de 2018 trouxe consigo números crescentes em relação à violência contra a mulher no Brasil, levando o país para o topo dos lugares que mais praticam feminicídio no mundo. Amina Mohammed, vice-secretária-geral da ONU, no fórum Dias Europeus de Desenvolvimento, relata que uma em cada três mulheres ao redor do mundo é ou será vítima de algum tipo de violência durante sua vida, entre elas quase metade é assassinada pelo ex ou atual cônjuge. Segundo a Folha de São Paulo durante o ano foram registrados em média 164 casos de estupro de mulheres por dia. Segundo o Ministério dos Direitos Humanos, de janeiro a julho do mesmo ano foram registrados 27 feminicídios, 51 homicídios, 547 tentativas de feminicídios e 118 tentativas de homicídios.

Bandeira (2017, p. 17) utiliza a conhecida frase de Simone de Beauvoir “ninguém nasce mulher, torna-se” para pensar na situação global de violência contra mulheres, Bandeira cita “Não se nasce mulher, mas se morre por ser mulher”. Com a crescente do feminismo, auxiliado pelas mídias sociais foi possível que durante o ano de 2018 houvesse uma maior exposição dos casos de violação cometidos contra mulheres, estes que envolvem em sua maioria o assédio moral, a agressão física, a difamação e estupro.

A violência contra a mulher é um dos resultados do sistema patriarcal em que a sociedade foi construída e dentro deste campo foram normatizados os atos de violação do outro, segundo Cappellari (2012, p. 34) o patriarcado se configura em uma cultura em que não há espaço para a cooperação e expressão de necessidades, esse sistema “nos remete a agir por meio da linguagem da exigência e da obediência, do poder e da posse, onde os conflitos se tornam confrontos e são resolvidos por meio da disputa e de violência”.

A violência se origina de diversas vertentes, uma delas sendo as construções de gênero, as quais designam papéis a serem interpretados por homens e mulheres, impondo padrões e maneiras de agir designados a cada sexo. O homem é o detentor da sabedoria, dominador, chefe de família e sexo forte, enquanto a mulher cabe à fragilidade, doçura, emoção e fraqueza. Nesse sentido, conforme Saffioti (2004, p. 85) as construções de gênero podem ser consideradas verdadeiras prisões, já que o sistema vigente determina as ações de seus protagonistas, o homem deve agredir, mesmo que compreenda o erro imposto nesse ato e a mulher deverá suportar as agressões pois é sua função social. A partir deste discurso podemos observar que a ideologia sexista parte do pressuposto de que o homem sabe o que é melhor para a mulher e a família de modo geral, sendo o detentor da força e da sabedoria, fazendo com que aqueles que o cercam sejam vistos como menos capazes. Nesse sentido, Bandeira (2017, p. 22) afirma que:

É necessário reconhecer que a violência contra a mulher é uma força social herdada da ordem patriarcal e dotada de capacidade estruturante da realidade social. Essa se torna uma modalidade expressiva em nossa sociedade, posta que está carregada de significados e significações, e cujas relações sociais são permeadas por relações de dominação e de poder, nas quais a carga simbólica é tão determinante quanto as demais. Ou dito de outro modo, esta violência posta como uma força estruturadora das relações de gênero ‘fixa’ ou tem a ilusão de fixar, por um lado, a identidade da agredida e do agressor como se cada um deles tivesse uma ‘essência’ definida

O patriarcado se mantém devido a um acordo não falado onde os homens gozam de seu lugar privilegiado na sociedade e da submissão e passividade das mulheres. É preciso entender que as relações de gênero historicamente sempre foram desiguais entre homens e mulheres, Bandeira (2017, p. 30) cita que “a expressividade da violência masculina não se manifesta frente ao que é visto como seu igual, ou a aquele que está nas mesmas condições de existência e de valor que o perpetrador”. Sendo assim, o regime patriarcal se fortalece mantendo as mulheres como sujeito secundário e sem valor, por isso são com maior frequência vítimas de agressão de todas as formas, já que nesse sistema a submissão da vítima é tida como um prêmio pelos olhos do agressor. Saffioti (2004, p. 105) cita que:

Há, sem dúvida, uma economia doméstica, ou domesticamente organizada, que sustenta a ordem patriarcal [...] Neste regime, as mulheres são objetos da satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também como grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores.

A violação dos direitos das mulheres que se dá por parte dos homens ocorre devido à insubordinação feminina ao desejo do agressor, gerando ódio e descontrole por parte do homem em relação a seus sentimentos, juntamente com raiva, desprezo e perda da crença da própria virilidade e segundo Bandeira (2017, p. 31) esse processo se auto-alimenta com a crescente desses sentimentos e com isso “produzem formas ou expressividades inéditas de degradação da convivência interpessoal e coletiva, e que, sobretudo, se manifestam sobre os corpos físicos das mulheres e sua dignidade moral e emocional”. A mulher ao expor sua opinião ou contrariar o parceiro é tida como transgressora das regras, e esse comportamento é inaceitável na cultura patriarcal pois parte do pressuposto de que a mulher teria vontade própria e seria capaz de decidir por si, fazendo do homem descartável, o que se torna insuportável e abre uma ferida na cultura machista vigente. Ainda, Bandeira (2017, p. 30) afirma que:

Os estudos realizados pela Organização Mundial da Saúde – OMS sobre as consequências da violência conjugal sobre a mulher, independente do país em que ocorrem, destacam como elementos agravantes e causais: desobedecer ao homem/marido; responder-lhe; não preparar a comida a tempo; descuidar dos filhos e dos afazeres domésticos; sair sem avisá-lo [isto quer dizer, sem ter seu consentimento], questionar o homem em relação aos assuntos financeiros; e, por fim, recusar-se a fazer sexo com ele, cuja suspeita de infidelidade da mulher passa ser imediata.

Bandeira (2017, p. 23), no uso das palavras de Grosz (200, p. 58) indica que “o corpo [feminino] é visto como um lugar de posse, propriedade de um sujeito, que dissociado da carnalidade, toma decisões e faz escolhas sobre como dispor do corpo e de seus poderes”. Consequentemente os agressores utilizam da violência para dominar e silenciar suas vítimas (mulheres e filhos), usando do estupro e da agressão física para manter a mulher sob seu domínio e aplicando ameaças verbais como garantia de poder sobre a vítima. Como

os corpos das mulheres são tidos como objetos de posse, os agressores tendem a infringir dor prolongada a seus corpos, sendo o feminicídio somente uma consequência durante esse processo, Bandeira. (2017, p. 26) utilizam dos estudos de Corradi (2009) para mostrar que “A morte é, [...], um dos danos colaterais da ação violenta, uma consequência inevitável, mas a ação se concentra no corpo humano de forma dramática”, conclui a autora (p. 8).

O relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a violência contra a mulher (2013, p. 1003) aponta as seguintes informações:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Com o avanço na luta das mulheres por direitos foram feitas modificações tanto no âmbito público quanto no privado. Atualmente partindo do pressuposto de que se as mulheres podem fazer as mesmas atividades que os homens e não são mais “propriedade” de seus maridos então não existiria mais o machismo, diante disso é preciso dizer que o patriarcado se atualiza conforme a sociedade avança, ele se modifica para caber nos moldes atuais, mas nunca deixa de exercer sua força no inconsciente social, assim Saffioti (2004, p. 46) cita que “se, na Roma antiga, o patriarca detinha poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos, hoje tal poder não mais existe. Entretanto, homens continuam matando suas parceiras, às vezes com requintes de crueldade, esquartejando-as, ateando-lhes fogo, atirando e as deixando tetraplégicas”.

Embora tenham entendimento que o relacionamento que vivenciam seja “errado” muitas mulheres acabam por não conseguir deixar o agressor, já que a violência doméstica caracteriza-se por ocorrer em ciclos, estes onde a mulher tende a acreditar que deve perdoar o companheiro, seja por acreditar em sua mudança ou também por medo de que algo pior venha a acontecer. Além disso, existem questões a serem pensadas antes que a decisão do rompimento seja tomada, como por exemplo, o meio de sustento da mulher, já que ao estar em um relacionamento violento o homem geralmente a isola da participação social e a exclui do convívio com a própria família, fazendo com que caso haja uma separação ela não tenha para onde ir ou como se manter sem o companheiro.

2 O ciclo da violência e os danos causados ao psiquismo da mulher

Segundo Hirigoyen (2005) o ciclo da violência se dá a partir de quatro estágios, sendo eles: a) Fase de tensão: durante este período o homem se mostra irritado, demonstrando sua insatisfação por meio de olhares agressivos e hostis ou pelo timbre de voz. O homem tende a culpar a esposa por todos os sentimentos ruins e estresse durante o período. Nesse momento a agressão física ainda não ocorre de fato. b) Fase de agressão: ocorrem ameaças, gritos e a violência tende a começar com empurrões, puxões de cabelo e insultos, para que depois se utilize de socos, pontapés, armas e afins. Nesse momento poderá ocorrer a violência sexual, pois possuir o corpo da mulher contra sua vontade é um ato de poder exercido sobre ela. c) Fase de desculpas: o agressor tenta justificar seus atos violentos, por vezes fazendo a vítima acreditar que foi culpa dela. O homem

pede desculpas e diz que o ato jamais se repetirá, diz que a vítima é a única capaz de ajuda-lo a melhorar e caso veja que ela está em dúvida sobre manter a relação utiliza de chantagem emocional. d) Fase de reconciliação (lua-de-mel): durante esse período o homem tende a ser carinhoso, gentil, levar flores para a esposa, sair para jantar ou ao cinema, cuidar dos filhos e etc. Aqui a mulher revive suas esperanças de que o agressor irá mudar e que a família possa ser restituída e ela tratada da maneira que merece sem que haja violência novamente.

Conforme ocorre a normatização da violência os períodos de lua-de-mel tendem a diminuir e o agressor torna-se cada vez mais violento, porém, a mulher mantém sua esperança de que tudo irá ficar bem e começa a justificar as atitudes agressivas como sendo sua culpa ou porque o marido está trabalhando demais e por isso acaba por ser sobrecarregado e então fica estressado e ela como mulher deverá compreender a situação, além disso ela se torna experiente em identificar cada um dos sinais de que o agressor a violentará e acaba muitas vezes concordando com atos humilhantes, como práticas sexuais que não deseja, tudo isso para que o parceiro fique calmo. É nesse momento que a violência psicológica se torna cem por cento efetiva e o agressor começará a exercer todo seu poder sobre a vítima fazendo com que se torne quase impossível com que ela consiga sair do relacionamento abusivo.

O Ministério da Saúde no documento “violência intrafamiliar” do ano de 2001 caracteriza violência psicológica como ações que visam causar danos ao sujeito utilizando de práticas violentas e omissas em relação ao sofrimento imposto ao outro, sendo assim inclui: “insultos constantes, manipulação afetiva, humilhação, chantagem, desvalorização, isolamento social, negligência, privação arbitrária de liberdade, omissão de carinho, negar atenção e supervisão, ameaça, críticas pelo desempenho sexual”.

A violência doméstica tende a ocorrer dentro do âmbito familiar e é velada devido à cultura machista onde se constroem barreiras silenciosas em torno das agressões para que imagem dos agressões permaneça intacta e a sociedade não tenha acesso as mulheres vítimas para prestar qualquer tipo de ajuda, além disso, nesse processo de violação do corpo feminino o silêncio é imposto também pela vergonha sofrida pelas vítimas, já que a sociedade tende a culpabilizar as mulheres pelas agressões sofridas, utilizando de um discurso carregado de preconceitos e que desloca a culpa, sempre duvidando do discurso da mulher e fazendo com que sua credibilidade seja posta em jogo, buscando a colocar em um lugar duvidoso onde é lhe atribuída a responsabilidade pela própria violação. Saffioti (2004, p. 64) refirma essa ideia citando:

As mulheres são culpabilizadas por quase tudo que não dá certo. Se ela é estuprada, a culpa é dela, porque sua saia era muito curta ou seu decote, ousado. Embora isto não se sustente, uma vez que bebês e outras crianças ainda pequenas sofrem abusos sexuais que podem dilacerá-las, a vítima adulta sente-se culpada. Se a educação dos filhos do casal resulta positivamente, o pai é formidável; se algo dá errado, a mãe não soube educá-los. Mais uma vez, a vítima sabe, racionalmente, não ter culpa alguma, mas, emocionalmente, é inevitável que se culpabilize.

A falta de conhecimento em relação à violência psicológica se faz um problema significativo já que induz as vítimas a pensarem que se não existe a agressão física então não ocorre nenhum tipo de abuso. Devido à romantização da instituição familiar ocorre uma normatização das ofensas verbais por parte do homem já que dentro da lógica patriarcal ele como “chefe” da família possui direito de fazer valer seus ideias e decidir como a mulher e os filhos deverão ser tratados. Dentro deste sistema as mulheres são levadas a não se oporem as violações já que isso seria uma desestruturação da norma imposta. Hirigoyen (2005) chama atenção para o fato de que a violência física e psicológica andam juntas, sendo o sofrimento psíquico a forma de abuso mais

difícil de ser suportada, ainda a autora diz que a maior parte dos agressores inicia o ciclo de abusos utilizando do medo para colocar a vítima em uma situação de fragilidade e só após utilizará a força física.

As práticas de violência psicológica começam de maneira sutil, sendo difíceis de serem percebidas visto que por vezes são tidas como críticas “construtivas” em relação à aparência ou intelecto da vítima, ainda nesse estágio a ironia e tons de ameaça são muito comuns, fazendo-se valer o medo por meio de olhares e frases carregadas de violência velada. Hirigoyen (2005, p. 42) explica que “a violência psicológica constitui um processo que visa a implantar ou manter um domínio sobre a parceira ou o parceiro. Ela se repete e se reforça com o tempo. Começa com o controle sistemático do outro, depois vem o ciúme e o assédio e, por fim, as humilhações e a objeção. Tudo para um se engrandecer rebaixando o outro”. Os ataques conforme aumentam tendem a atingir as práticas de comportamento da mulher, sua auto-estima e saúde mental, utilizando de injúrias em relação à sexualidade para causar constrangimento, desvalorizando a vítima com expressões degradativas e depreciativas e por fim a colocando numa posição de dúvida em relação aos próprios julgamentos situacionais, nesse caso o agressor tenta fazer com que a vítima acredite que está ficando louca ou depressiva e desta forma a ele caberia a tomada de decisão, alegando saber o que é melhor para ela.

Com o avanço da violação o agressor utiliza da repetição da agressão a auto-estima da vítima fazendo com que ela acabe por acreditar nas verbalizações por ele proferidas, havendo uma perda do amor próprio e desvalorização do próprio eu, reafirmando o poder do homem sobre a mulher e fazendo com que ela acabe por ser colocada em uma posição onde precisa sempre “fazer mais” para que a constante insatisfação do agressor seja suprida de forma positiva, a partir disso ocorrerá uma incorporação das práticas violentas ao psiquismo da mulher e ela não será mais capaz de se sentir amada e merecedora de uma vida digna. Durante esse estágio também ocorre a retirada da mulher dos meios sociais pelo agressor em uma tentativa de que ele seja o único ponto de apoio que ela possua, nessa prática muitas mulheres são levadas a acreditar que seus familiares e amigos são insuficientes, indignos, más influências e que tentam separar a mulher de seu cônjuge por pura “inveja”. Nesse sentido, Hirigoyen (2006, p. 31-32) afirma:

Para que a violência possa perdurar é preciso isolar progressivamente a mulher de sua família, de seus amigos, impedi-la de trabalhar, de ter uma vida social. Isolando sua mulher, o homem faz com que sua vida fique voltada unicamente para si. Ele precisa que ela se ocupe dele, que só pense nele. Age de modo a que ela não seja demasiadamente independente, para que não escape a seu controle. As mulheres dizem muitas vezes que se sentem prisioneiras.

Muitas mulheres em situação de violação de seus direitos temem dar fim ao relacionamento e prestar queixa contra o agressor, pois como já citado existe um ciclo de violência onde a vítima tende durante o período de “lua-de-mel” a acreditar em uma mudança comportamental por parte do cônjuge e apegar-se aos momentos bons que vivenciou com o mesmo, sendo extremamente difícil cortar os laços amorosos. Além disso a essa equação são somadas outras questões como a falta de condições financeiras por parte da mulher, já que por vezes a mesma é proibida de trabalhar e não teria condições de se manter sozinha ou com seus filhos sem o auxílio financeiro de seu marido. A questão “filhos” é uma das principais causas da permanência de milhares de mulheres dentro de um relacionamento abusivo, já que o agressor exercendo pleno domínio da vítima utiliza dos filhos como meio de chantagem para manter a esposa dentro de casa, fazendo ameaças à vida das crianças ou até mesmo as agredindo física e psicologicamente para atingir a mãe como uma forma de tortura. Utilizando dos estudos de Saffiotti (2004, p. 88) é possível afirmar que:

Na maioria das vezes, o homem é o único provedor do grupo domiciliar. Uma vez preso, deixa de sê-lo, configurando-se um problema sem solução, quando a mulher tem muitos filhos pequenos, ficando impedida de trabalhar fora. Entre outras muitas razões, cabe mencionar, a pressão que fazem a família extensa, os amigos, a Igreja etc., no sentido da preservação da sagrada família. Importa menos o que se passa em seu seio do que sua preservação como instituição. Há, pois, razões suficientes para justificar a ambiguidade da mulher, que num dia apresentava a queixa e, no seguinte, solicitava sua retirada.

É importante ressaltar que vivenciar a saída do lar ou a prisão do agressor pode também gerar sofrimento a vítima, embora a mesma esteja sofrendo com suas próprias questões e buscando assimilar a situação violenta que vivenciou. Não será fácil para a mulher enfrentar uma sociedade que a julgará mesmo quando a culpa do homem tenha sido provada perante a justiça e durante esse percurso sentimentos de desvalorização poderão ser experimentados pela vítima, já que a sociedade tende a lançar seu olhar de julgamento sem buscar compreender a dor da mulher, esta que terá de continuar sua vida e carregar consigo os danos a ela impostos, os quais são resultantes de situações de humilhação e rebaixamento, além do total descaso por parte de um sistema falho que não consegue dar conta de proteger as mulheres que nele habitam.

A partir da percepção de como se dão os relacionamentos abusivos pode-se compreender a importância da psicologia no auxílio de mulheres agredidas, já que as mesmas encontram-se fragilizadas em diversos campos da vida psíquica. O debate das questões que envolvem a violação do sujeito são complexas, pois envolvem situações sociais e não só as relações íntimas de cada pessoa, mas na busca do saber sobre os danos gerados a vítimas de violência doméstica é preciso ressaltar o sofrimento imposto no silenciamento destas mulheres, onde seu sofrer é deslegitimado e as mesmas são proibidas de falar sobre a própria história, já que podem ser desacreditadas e julgadas.

Nesse sentido ressalta-se o grande número de mulheres que entra em colapso devido a estas situações de desigualdade e se de um lugar de importância a depressão gerada a partir do estado de impotência vivenciado pelas vítimas, além disso situações fóbicas, sentimento de desvalorização, ansiedade, pesadelos e tendências suicidas, são comuns nos sujeitos que tem seus direitos violados. Dentro desse processo é preciso que a situação seja pensada de diversas maneiras a fim de auxiliar a mulher para que haja uma melhoria da qualidade de vida, assim o tratamento requer paciência, pois a inserção em um relacionamento abusivo tende a deixar marcar profundas e dolorosas na mulher, fazendo com que seja um caminho árduo a percorrer até que se chegue em uma melhora em sua vida, é preciso também estar ciente que poderão haver recaídas dentro deste processo, pois durante muito tempo o agressor reafirmou a ideia de que a vítima não seria capaz de viver sem ele e assim durante a retomada da própria vida a mulher poderá exitar durante o processo, voltando para o cônjuge até que consiga compreender os danos causando e decidindo por romper os vínculos totalmente.

O empoderamento é um dos pilares na busca da melhoria de vida e entendimento sobre a condição de mulher da vítima de violência. Esta busca pode ser dividida em duas áreas: pública e privada, sendo a pública referente a ocupação de espaços onde tenham acesso a condições dignas de trabalho, atendimentos públicos satisfatórios, no caso da agressão pode-se pensar na melhoria do atendimento as vítimas que ainda precisam se deparar com profissionais ineficientes e contaminados de julgamentos machistas que tendem a humilhar as mulheres em situação de vulnerabilidade. Em relação à questão privada é preciso que a mulher compreenda seu valor, embora tenha sido destituída do mesmo, é importante que a mesma saiba que está inserida dentro de uma cultura patriarcal e desta forma ela não possui culpa das agressões a ela imposta. Estas mulheres precisam

redescobrir o amor próprio e o amor de seus pares, além da recuperação da auto-estima e somente assim será possível que vivenciem relacionamentos saudáveis tanto com suas famílias, filhos e meio social.

Por fim é importante ressaltar que vivenciar a violência acaba produzindo consequências nefastas não só na mulher, mas também em seus filhos que são expostos de forma direta a agressões físicas e psicológicas todos os dias, ocorrendo nesse processo a normatização da violência e podendo fazer com que as vítimas sejam levadas a acreditar que estes comportamentos são corretos e normais já que comportamentos aprendidos quando criança são internalizados e levados no psiquismo humano durante toda a vida. Ainda, Capellari (2012, p. 25 – 27) afirma que:

Uma pessoa que sofreu maus-tratos e abuso físico na infância tem cerca de 300% de probabilidade de precisar de tratamento psicológico ou psiquiátrico na idade adulta. As violências sofridas pela criança causam um enorme impacto no seu desenvolvimento futuro. Assim, a agressividade, a insegurança, a timidez e baixa autoestima tornam-se respostas evidentes ou reativas [...] Se a pessoa em determinado momento é maltratada, abusada, isso faz com que certos circuitos de emergência sejam criados e ativados, podendo permanecer na forma de trauma para toda a vida [...] É surpreendente comprovar o grande número de crianças que, ao crescerem, tornam-se depois abusadores.

Considerações finais

Com o presente estudo pode-se perceber que o sofrimento vivido por milhares de mulheres nos dias atuais, o que vai em via contrária do pensamento social que muitas vezes tende a acreditar que devido a conquista dos direitos das mulheres o sistema patriarcal já não se impõe mais sobre as relações. Durante este processo muitas questões precisam ser levadas em conta, como por exemplo os alarmantes números de feminicídio e agressões físicas relatadas nos documentos do ano de 2018, que reafirmam as condições precárias em que vivem as mulheres do Brasil.

A violência doméstica se dá a partir de uma cultura que valida e incentiva que o homem detenha o poder em suas relações, fazendo das mulheres objetos sem valor. Nesse processo a agressão imposta ao corpo feminino se dá para que o poder masculino seja reafirmado e se torna inaceitável para ele que a mulher tenha vontade própria, fazendo com que a virilidade do cônjuge seja colocada a prova no momento em que decide tomar decisões por si só.

A busca do empoderamento destas mulheres auxilia no processo de cura e melhoria da qualidade de vida, durante este percurso se procura que a mulher se conecte consigo mesma, reconstruindo sua auto-estima, o amor próprio e o sentimento de valorização da própria vida, ela precisará compreender que embora tenha passado por momentos de dor é possível reestruturar sua vida e criar novos laços sociais, estes que sejam saudáveis e não abusivos. É preciso que ela entenda que por muito tempo foi privada de seus direitos e que uma relação saudável não se baseia em violação do outro, mas sim em respeito e respeito.

Referências

- AMÂNCIO, Thiago. **Brasil registra 606 casos de violência doméstica e 164 estupros por dia**. Folha de São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/brasil-registra-606-casos-de-violencia-domestica-e-164-estupros-por-dia.shtml> Acesso em: 05/03/2019.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. **Violência, gênero e poder: múltiplas faces**. In: STEVENS, C; OLIVEIRA, S; ZANELLO, V; SILVA, E; PORTELA, C. (Org). Mulheres e violências: interseccionalidades. Brasília, DF: Technopolitik. 2017. P. 15 – 35.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. (Caderno de Atenção Básica, 8). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_19.pdf Acesso em: 12/03/2019.
- CAPELLARI, Jéfferson. **ABC do Girafês: aprendendo a ser um comunicador emocional eficaz**. – Curitiba: Multideia, 2012.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **A Violência no Casal – Da Coação psicológica à agressão Física**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 2005.
- MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Dados sobre o feminicídio**. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em: 25/03/2019.
- ONU. **Fórum Dias Europeus de Desenvolvimento**. Bruxelas. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/vice-chefe-da-onu-denuncia-pandemia-global-de-violencia-contra-as-mulheres/> Acesso em: 12/03/2019.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B.. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2004.
- SENADO FEDERAL. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher**. Relatório Final. Brasília. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em: 10/03/2019.

A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E O SEU ENFRENTAMENTO PELA LEI E O ESTADO¹⁴³

Matheus do Nascimento Barcellos¹⁴⁴

Gabriela Beltrão¹⁴⁵

Ângela Simone Pires Keitel¹⁴⁶

Resumo

O objetivo central deste trabalho é traçar uma contextualização da violência doméstica contra a mulher, notadamente, a violência psicológica e os danos por ela gerados. Para atingir tal objetivo foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, alicerçado em uma pesquisa qualitativa bibliográfica. O estado somente poderá obter uma efetiva tutela da mulher no âmbito familiar quando a violência for enfrentada e debatida em todas as suas formas, isto é, física e, também, psicológica.

Considerações iniciais

No Brasil, a violência contra a mulher no âmbito doméstico demorou a receber a devida atenção legislativa e judiciária, visto que na esfera jurídica a questão foi negligenciada e relativizada por anos, com penas alternativas e pagamento de fianças. Essa realidade só mudou, com a condenação do país pela Organização dos Estados Americanos (OEA) após denúncia de uma farmacêutica cearense, vítima de violência doméstica por parte do marido.

Em razão dessa condenação, o Brasil editou uma legislação específica, qual seja a Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente como “Maria da Penha”. Com o advento desta lei, foram estabelecidos mecanismos para impedir, prevenir e punir a violência doméstica com mais rigor, além de tipificar a violência contra a mulher em suas diferentes formas de manifestação.

143. O presente artigo, pertinente à área do Direito, contempla a linha de pesquisa República, Estado e Sociedade Contemporânea do GPJUR da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ.

144. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: matheusnbk@hotmail.com.

145. Acadêmica do 10 ° Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta/RS – UNICRUZ. E-mail: gabi.beltrao8@gmail.com

146. Orientadora do artigo. Mestre em Direito pela URI Santo Ângelo. E-mail: angelakeitel@unicruz.edu.br.

Embora os atos físicos de violência sejam mais facilmente reconhecidos, enquadrados, punidos e repudiados pela sociedade, as demais manifestações, principalmente a psicológica, são encaradas de forma mais tolerante, ainda que em muitos casos cause danos mais graves à saúde e bem-estar da mulher.

Apesar de a referida lei penalizar a violência doméstica em todas as suas manifestações, no entanto, diversas circunstâncias levam a um “silenciamento” da vítima. Nesse viés, cabe salientar de que a violência psicológica se encontra presente em todas as formas de manifestação, mesmo que de forma mascarada.

Diante desse panorama, indaga-se: a Lei nº 11.340/2006 e todos seus mecanismos de enfrentamento contribuem para que a violência psicológica seja efetivamente punida?

Considera-se como hipótese norteadora da presente pesquisa a pressuposição de que a Lei 11.340/2006 tem sim, de fato, contribuído de forma significativa para a punição da violência psicológica, visto que se trata de uma legislação específica para o enfrentamento deste tipo de violência, bem como diversos mecanismos a disposição para tutelar o bem-estar e a integridade da mulher.

No que tange à metodologia do presente trabalho, o método de abordagem adotado é o hipotético-dedutivo, tratando-se de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, apoiado em livros, doutrinas, reportagens e artigos veiculados em jornais, revistas jurídicas e científicas, bem como também o ambiente virtual (internet) e dado estatísticos a partir da divulgação de pesquisas realizadas pelos institutos a respeito do tema.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em três subtítulos, sendo que o primeiro visa fazer um breve contexto acerca da Lei Maria da Penha. O segundo trata das formas de manifestações da violência doméstica elencadas na lei vigente. No último, por fim, abordar-se-á o contexto da violência psicológica e as ofensas simbólicas, a fim de demonstrar a gravidade e as consequências das mesmas.

Por fim, ressalta-se que o presente trabalho se enquadra na linha de pesquisa República Estado, Direitos Humanos e Sociedade Contemporânea do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania da Universidade Cruz Alta, em virtude de se tratar de um tema que ressalta a violência contra a mulher na contemporaneidade, perpassando todas as classes sociais, o que carece de ser discutido para o conjunto Estado e Sociedade possam traçar estratégias de enfrentamento através de políticas públicas.

1 Evolução história da legislação de combate a violência contra a mulher

Após anos de omissão em relação à igualdade de gênero e garantia de direitos fundamentais à mulher, conta o país hoje com uma legislação específica para o enfrentamento da violência contra mulher. Contudo, busca-se ainda um olhar mais atencioso da sociedade a este problema.

A primeira responsabilização penal no Brasil nos casos deste tipo de violência, foi através da Lei 9099/95¹⁴⁷, que instituiu os Juizados Especiais. Neste sentido, a violência contra a mulher era julgada como crime de menor potencial ofensivo, cuja pena não excedia 2 anos.

O surgimento desta lei representou grande avanço ao Brasil em relação ao sistema processual Penal, porém, com relação a questão da mulher, poderia se dizer que havia um menosprezo quanto à gravidade e as consequências desse tipo de violência, pois mesmo proporcionando um trâmite processual célere, ainda considerava antes mesmo do julgamento a diminuição de pena, medidas despenalizadoras e ignorava a

147. Lei dos Juizados Especiais 9099/95: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

culpabilidade do réu, como se a aplicação de uma multa cessasse toda dor e pudesse proporcionar o bem estar da mulher agredida fazendo ainda prevalecer um sentimento de impunidade, pois se decidia com base na legislação vigente onde ainda tratava o homem como “chefe da relação conjugal”¹⁴⁸.

Entretanto, nos anos de 2002 e 2004 com a criação da Lei 10.455/2002¹⁴⁹ e Lei 10.886/2004¹⁵⁰, foi criado o tipo especial denominado “Violência Doméstica”, bem como determinou a medida cautelar que permitia o afastamento do agressor da vítima e colocava agora essas agressões no rol de lesão corporal leve.

Como marco da violência contra a mulher, tem-se o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, cearense de classe média, que deu origem a lei que leva seu nome, publicada em 2006. A sina de dor começou em 1893, quando foi vítima de disparo de arma de fogo do então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, que a deixou paraplégica. Inconformada com a ineficácia da justiça brasileira, Maria entrou com uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que condenou o Brasil por negligência na penalização e punição do agressor.

Segundo o Relatório nº 54/01, caso Maria da Penha, nº 12.051, o Brasil foi recomendado a reparar sua omissão perante a violência contra a mulher até então ignorada, sendo recomendada a criação de uma legislação voltada à proteção e prevenção da violência doméstica contra a mulher, ou seja, seria uma maneira de educar e prevenir a violência contra a mulher, proporcionando a mesma o bem-estar e sua proteção, distribuindo entre o Estado e Judiciário, o amparo e recuperação das vítimas. O estudo para criação da Lei foi realizado por juristas e ONGs, contando com várias audiências públicas, e com aprovação do Congresso.

Nesse contexto, foi instituída, a Lei 11.340/06, a qual em suas disposições assegura maior proteção a mulher, através da garantia policial, prestação de socorro, ampara de modo que a ofendida não tenha medo e possa se deslocar para um lugar seguro portando seus bens, se necessário, além de informar a mesma sobre seus direitos, instituindo também a atuação do Ministério Público e incumbência a defesa da ordem jurídica.

Conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340/06, expõe em seu art. 7º as formas de violência doméstica, tais como, a agressão física, moral, psicológica, patrimonial e sexual. Contudo, após a entrada em vigor da referida lei, pesquisas apontam que mulheres continuam sendo vítimas de violência doméstica e, quando não sofrem de forma física, são alvo de agressões psicológicas e outras formas de agressão relacionadas a esse tipo de violência.

Referida lei recebeu ainda um reforço legislativo em prol da proteção da mulher, através da Lei 13.104/2015, intitulada Lei do Femicídio, que em seu contexto inclui os crimes dessa natureza no rol de crimes hediondos, o que significa um aumento de um terço da pena, e elimina a possibilidade de pagamento de fiança.

148. Lei nº 3.071/16 – Código Civil Brasileiro, de 1916. Art. 233 O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

149. Lei nº 10455/2002: Modifica o parágrafo único do art.69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar a seguinte redação: Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (NR)

150. Lei nº 10.886/2004: Acrescenta parágrafo ao art.129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”.

Art. 1º O art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 9º e 10: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).” (NR)

Realizado o contexto normativo, será analisada a violência doméstica propriamente dita, e as suas diferentes formas de se manifestar.

2 A violência doméstica e suas formas de manifestação

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como “o uso intencional de força física ou poder, ameaçados ou reais, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, que resultem ou tenham grande probabilidade de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, mal desenvolvimento ou privação”, embora o grupo reconheça que a inclusão de “uso do poder” em sua definição expande a compreensão convencional da palavra.

A violência está presente nos mais diversos meios, sem distinções e surge pelas mais variáveis circunstâncias o que é divulgado diariamente pelos meios de comunicação. Neste sentido, Who (2010, [s.p]) destaca:

A violência em muitas formas é evitável. Existe uma forte relação entre os níveis de violência e os fatores modificáveis, como a pobreza concentrada, a desigualdade de renda e de gênero, o uso nocivo do álcool e a ausência de relações seguras, estáveis e estimulantes entre as crianças e os pais. As estratégias que abordam as causas subjacentes da violência podem ser eficazes na prevenção da violência.

Assim percebe-se que a violência é um problema social e de saúde pública mesmo quando ocorre dentro dos lares da sociedade, nesse sentido Violência Intrafamiliar é aquela se refere a todas as formas de abuso que acontecem entre os membros de uma família, caracteriza as diferenças de poder entre estes, e podem envolver a relação de abuso que incluem condutas de uma das partes em prejudicar o outro (SELDES, et.al. 2008, [s.p.]).

Corroborando o acima exposto, é pertinente mencionar as palavras do Ex-secretário Geral da ONU, Kofi- Annan (2016 [s.p.]), do Centro Regional de Informação das Nações Unidas (UNRIC) em face da violência contra a mulher:

A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere a violência contra as mulheres, não há sociedades civilizadas.

Já em se tratando especificamente da violência doméstica, Safiotti (1999, p.85) menciona que “a violência doméstica ocorre em uma relação afetiva, cuja ruptura demanda, via de regra, intervenção externa. Raramente uma mulher consegue desvincular-se de um homem violento sem auxílio externo”.

Nesse contexto, a Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, dispõe, nos termos do seu art. 7º¹⁵¹, diversos tipos de violência, que podem ser de ordem física, moral, patrimonial, psicológica, sexual e em casos extremos podem resultar na morte da vítima. Neste sentido, Dias (2007, [s.p]) explica que:

A violência moral encontra proteção penal contra os delitos que ofendam a honra como calúnia, difamação e injúria. Eles levam o nome de delitos contra a honra, porém se são praticados na esfera de natureza familiar ou afetiva passam a configurar a violência moral. Na calúnia o fato que o ofensor atribui à vítima é um crime; na injúria não existe um fato determinado atribuído. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva e se consumam quando terceiros tomam conhecimento da imputação e a injúria atinge a honra subjetiva e se consuma quando o ofendido tem conhecimento da imputação. Quando esses delitos são cometidos contra a mulher no âmbito familiar ou afetivo, eles devem ser reconhecidos como violência doméstica.

No que diz respeito à violência física, está é definida sucintamente pela lei como a conduta que ofende a integridade a integridade ou saúde corporal, retratada e constante na cultura da humanidade desde o princípio. Neste viés, Guerra (2011, p.47):

A violência física é uma das formas mais frequentes de violência intrafamiliar, pois se origina de várias formas, através de punições e disciplinamento, costume que foi introduzido no Brasil pelos jesuítas, que puniam quem ousasse faltar à escola jesuítica com palmadas e o tronco (forma de tortura).

A violência física compromete a integridade corporal da mulher, com o mesmo viés que a violência sexual impõe a mulher a pratica de relações sexuais contra sua vontade, anula os direitos da mulher sobre seu corpo, sexualidade e direitos reprodutivos, como forçar o aborto ou uso de método contraceptivo. Nesta linha, Dias (2007, [s.p]) menciona:

Esta forma de violência sempre foi muito confundida, pois a tendência é confundir a sexualidade como um dos deveres do casamento, e seria legítima a insistência do homem, como se ele estivesse a exercer um direito. Por isso, houve certa resistência da doutrina e da jurisprudência em admitir a possibilidade da ocorrência da violência sexual nos vínculos familiares, especialmente entre marido e mulher.

A violência sexual também é prevista no Código penal Brasileiro em seu artigo 213¹⁵², classificando como ato sexual praticado mediante emprego de violência e grave ameaça, esta forma de violência além de danos psicológicos imensuráveis, pode ser acompanhada de consequências físicas como gravidez, e doenças sexualmente transmissíveis. No âmbito doméstico muitas vezes atos como estes são ocultados pela família,

151. Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

152. Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

por medo, vergonha, ou por acreditar que é uma obrigação da mulher se submeter aos desejos sexuais do companheiro.

A última abordagem quanto aos tipos de violência elencadas pela Lei Maria da Penha é a Violência patrimonial, embora essa cause prejuízo com relação aos bens, sua tipificação é considerada um avanço legislativo, tendo em vista ser comum que o companheiro fique com os bens em seu poder e acabe usando-os para intimidá-las por meio de obstrução, retenção e destruição de instrumentos de trabalho, documentos, bens ou qualquer outro material de propriedade ou necessidade da vítima. Ademais o art. 24¹⁵³, dispõe como medida protetiva limitar os direitos do companheiro de comprar e vender os bens da vítima ou do casal, e institui que o mesmo restitua o bem subtraído.

No mesmo conceito da violência patrimonial se encaixa o não pagamento dos alimentos, ou seja, deixar o alimentante de atender a obrigação alimentar, quando dispõe de condições econômicas, além de violência patrimonial tipifica delito de abandono material disposto no art.244¹⁵⁴, *caput*. Código Penal.

A partir das considerações acerca das definições dos tipos de violência destaca-se que estas definições têm contribuído para uma compreensão mais ampla e aprofundada da violência expressada nas relações conjugais e familiares que por muito tempo não foram enxergadas como tal ou não recebiam a devida atenção.

Neste viés, porém, é imperativo afirmar-se de que raramente uma forma de violência ocorre de maneira isolada das demais, visto que, independente da violência praticada pelo agressor, a violência psicológica e moral vão estar sempre presentes. A violência psicológica pode ser entendida como a mais recorrente, contudo, é uma forma de violência difícil de ser denunciada, visto que não deixa marcas aparentes, todavia, trazem consequências devastadoras as vítimas.

Sendo assim, a próxima seção fará uma abordagem específica acerca da violência psicológica a qual se faz presente nas demais formas de violência praticadas contra a mulher.

3 Violência silenciosa: das ofensas simbólicas e psicológicas

Como já destacado inicialmente, qualquer dos tipos de violência raramente ocorre de forma isolada e, dessa forma, a violência psicológica se faz presente ou é mascarada pelas demais formas. O sociólogo francês Bourdieu (1989, p.7-8) define a prática de atos dessa natureza como o uso do poder simbólico ou de subordinação, pois, ainda que passando despercebido, há o consentimento da vítima.

Nesta mesma linha, Bordieu (1997, p.22) faz ainda uma alusão de que “a violência simbólica consiste em uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la”. Nery Junior (2011, p. 19) define que:

153. Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

154. Art.244, caput: Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou do filho menor de 18 (dezoito) aos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Violência Psicológica é qualquer ação ou omissão destinada a controlar ações, comportamentos, crenças e decisões de uma pessoa, por meio de intimidação, manipulação, ameaça, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à sua saúde psicológica. É muito comum nesses casos, a pessoa ter a sua autoestima ou sensação de segurança atingida por agressões verbais, ameaças, insultos e humilhações. Essa violência acontece também quando, por exemplo, a pessoa é proibida de trabalhar, estudar, sair de casa ou viajar, de falar com amigos e familiares, ou então quando alguém destrói seus documentos ou outros pertences pessoais.

Miller (1999, p. 9) aborda que os atos de abuso e submissão, praticados diariamente entre quatro paredes são protegidos pelo lar, e repousa no seu maior mérito que se trata do invisível, e da pouca consideração social dada a violência expressa pelo abuso psicológico, emocional e da restrição social. Fonseca et al. (2006, p.14) reitera que:

Os sintomas psicológicos frequentemente encontrados em vítimas de violência doméstica são: insônia, pesadelos, falta de concentração, irritabilidade, falta de apetite, e até o aparecimento de sérios problemas mentais como a depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos como o uso de álcool e drogas, ou mesmo tentativas de suicídio.

No Brasil de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) o índice de mulheres que morreram por suicídio em 2015 foi de 2,7 /100 mil, a mesma fonte traz que no período de 2011 a 2016, 69% das tentativas foram de mulheres que atentaram contra a própria vida, um terço desse número foram reincidentes, a violência doméstica é apontada como principal causa. A depressão marca a vida das vítimas de violência, atingindo cerca de 83% das mulheres em relacionamentos abusivos, chegando a ter um risco de suicídio cinco vezes maior do que as mulheres que não vivem tal realidade (HUSS, 2011, p. 251).

Esses dados comprovam o enfraquecimento da mulher perante o rompimento do convívio doméstico saudável e acolhedor, o sentimento da agredida não afeta apenas o seu íntimo, mas se estende as relações sociais pessoais ou coletivas, salientando as características da vítima, como dificuldade para manifestar seus sentimentos, autocrítica precária, déficits em relacionamentos, características de desamparo, sentimento de culpa e uma sobrecarga de estresse situacional. Nessa linha, Sá (2011, p.10) refere que a violência psicológica fere diretamente os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, impede o desenvolvimento pleno da cidadania, o convívio familiar e social. Corroborando este pensamento Evans (2015, p.15):

O abuso verbal é o tipo de violência que não deixa provas, ao contrário da agressão física, que apresenta marcas visíveis. Ele pode ser igualmente doloroso e sua recuperação, mais demorada. A vítima de abuso vive num mundo que fica cada vez mais confuso. Em público ela está com um homem; em casa ele pode se tornar outro. Menosprezo sutil ou ataques de raiva, indiferença, ou demonstrações de superioridade, sarcasmo espirituoso ou distanciamento silencioso, coerção manipulativa ou exigências irracionais são ocorrências comuns. Todas essas atividades ocultas em comentários como “Qual seu problema?” ou “Você está fazendo escândalo por nada.”

Evans (2015 p.88-91) destaca ainda que o abuso verbal é a forma mais nociva de manifestação da violência psicológica, pois lida com a percepção e habilidades reduzidas da parceira devido ao elo afetivo, se manifesta de forma evidente ou dissimulada, manipulando, controlando e culpabilizando a vítima e costuma se agravar em intensidade, tipo e frequência ao longo do ciclo.

No que se refere à violência psicológica elencada na Lei Maria da Penha, segundo dados da Central de Atendimento a mulher (Ligue 180/SPM) no ano de 2016, foram registradas 19.182 denúncias de violência psicológica (30,40%), 4.627 de violência moral, que representam uma ascensão em relação aos anos anteriores, salientando-se assim que a violência psicológica é tão nociva quanto às demais. A sociedade necessita se desprender da imagem de uma mulher ensanguentada para representar uma vítima de violência, posto que nem todas as formas de violência se transparece no corpo, embora as demais não representem marcas visíveis, contudo, repercute na vida da mulher.

Evans (2015, p.51) menciona que a “angústia e a confusão que a parceira sente por causa do abuso verbal é uma combinação da negação do agressor e da não validação tanto do abuso quanto de suas consequências”.

Para algumas mulheres, as ofensas constantes e tirania constituem uma agressão emocional tão grave quanto às físicas, porque abalam a autoestima, a confiança em si mesma, prevalecem a depressão e a ansiedade, um único episódio de violência física pode intensificar o impacto e significado da violência psicológica. A OMS considera a agressão psicológica como a mais presente agressão intrafamiliar a mulher, e aponta sua naturalização como estímulo a uma espiral de violências (Relatório Mundial Sobre Violência e Saúde de 2002).

Os efeitos emocionais e mentais da experiência do abuso podem demorar a passar ou gerar reflexos por toda a vida. Miller (1999, p. 234), em sua pesquisa com centenas de mulheres atuando como assistente do Tribunal da Vara da Família, conselheira e escritora sobre o abuso não físico, em contato com profissionais da área da saúde psicológica menciona em seu livro que mulheres sujeitas ao abuso não-físico podem acabar desenvolvendo estresse pós-traumático (TEPT), caracterizado por:

Hiperalerta: a mulher esta constantemente alerta ao perigo, não consegue dormir, vive mal-humorada e tem súbitos ataques de raiva.

Intrusão: a mulher revive o seu relacionamento abusivo por meio de lembranças e pesadelos constantes.

Constrição: A mulher não sente mais nenhuma emoção e elimina os contatos e as atividades sócias.

Esses dados podem ser confirmados através de em um estudo com 369 mulheres vítimas de violência, o qual verificou que 40% das mulheres da amostra desenvolveram estresse pós-traumático, e que 24% apresentaram sintomas moderados a severos do transtorno (COKER, 2005). Cassado, Gallo e Albuquerque (2003, [s.p]), em um estudo realizado no Brasil com avaliação de estresse pós-traumático na população, constatou sintomatologia para o transtorno em 3 a cada 5 mulheres pertencentes à pesquisa.

A pesquisa “Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil”, fruto de uma parceria entre o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e o Datafolha no ano de 2016 apontou que a cada hora 503 mulheres sofreram algum tipo de violência, e que o abalo emocional da vítima já se pressupõe de efetivação de qualquer das formas elencadas na Lei 11340/2006. A Especialista na questão da violência doméstica contra mulheres, a médica Ana Flávia D’Oliveira, pesquisadora da Faculdade de Medicina da USP, em entrevista a Campanha Compromisso e Atitude Lei Maria da Penha (2014 [s.p]) defende a tese de violência psicológica pode ser interpretada como:

As agressões psicológicas também denunciam uma desigualdade na relação que pode evoluir para violência física ou sexual ou homicídios. Então, ter um diagnóstico precoce é bastante importante para

evitar dano, morte ou outros crimes posteriores. E a própria violência psicológica já é crime: calúnia, injúria, difamação e ameaça de morte estão previstas no Código Penal.

A pesquisadora, ainda aponta a banalização social dos comportamentos violentos, como razão pela qual as mulheres sentem dificuldades de visualizar as agressões de cunho psicológico sofridas. Em entrevista, Chakian (2016, [s.p]), Promotora de Justiça e Coordenadora do Grupo Especial de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (GEVID) apontou que:

Vejo diariamente vítimas sendo desacreditadas em juízo e questionadas exaustivamente nas delegacias. Como se a mulher, por ser mulher, não fosse digna de crédito. Ela é confrontada, questionada e cobrada com uma coerência absurda e impossível de ser conhecida. O depoimento de quem sofre esse tipo de violência é muito marcado por incoerências, lapsos de memória, falas entrecortadas – próprios do pós-trauma. Deparamo-nos então com a recorrente revitimização e descrédito.

Dias (2007 p.18) define o ciclo de violência doméstico como o mais perverso devido ao elo de afetividade, e ainda defende que o consentimento da violência psicológica é o primeiro passo para a manifestação das demais formas. A autora ainda cita que (2007 p.19):

Primeiro vem o silêncio seguido da indiferença. Depois surgem as reclamações, reprimendas, reprovações e começam os castigos e as punições. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim. As agressões não se cingem a pessoa da vítima, o varão destrói seus objetos de estimação, a humilha diante dos filhos. Sabe que estes são seus pontos fracos e os usa como massa de manobra, ameaçando maltratá-los.

Nesse sentido, não basta tão somente uma lei que pune os atos de violência física contra a mulher, mas que forneça um atendimento adequado nos casos de violência não visíveis. Os órgãos públicos deveriam dar mais atenção a esse problema fortalecendo as políticas públicas a fim de garantir tanto o bem-estar da vítima, quanto das vítimas secundárias, como as crianças, por exemplo, ou qualquer outro membro familiar que é prejudicado pela conturbação do meio familiar, como aponta a revista online, Sua Mente é Maravilhosa, coluna de psicologia (2015 [s.p]).

Adotando esse entendimento, Dias (2007 p.107) defende ainda que medidas de natureza terapêuticas deferiam ser impostas ao agressor também, assim a vítima sabendo que o agressor poderá ser obrigado a submeter-se a um acompanhamento psicológico, pode encorajá-la na busca de auxílio jurisdicional.

A vítima que se encontra fragilizada, necessita de alguém que a escute de forma compreensiva, uma capacitação em relação a isso se torna essencial, tendo em vista toda a opressão feminina que corre sobre esses casos, é necessário se romper com paradigmas de gênero estabelecidos habitualmente, garantindo assim uma realidade de completa isonomia de direitos.

A criação de políticas públicas que auxiliem a minimizar as consequências da violência para com vítima de violência doméstica é imprescindível, não só no contexto emocional, mas em um todo, não só na rede de atendimento, como em reinserção da mulher agredida a sociedade e ao mercado de trabalho, desvinculando assim a vítima da dependência econômica e do sentimento de estar só para aceitação de um ciclo de dominação.

Nery Júnior (2011, p. 28) defende de forma sucinta que:

A linha central é o princípio da articulação, sendo estabelecida uma política pública dirigida para a prevenção, assistência e atendimento à mulher em situação de violência doméstica ou familiar. Dessa forma, a prevenção a essa modalidade de violência deve ser exercida em conjunto entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e outras instituições do Estado, devendo promover campanhas educativas voltadas ao público específico e para a sociedade em geral, bem como a capacitação permanente dos servidores públicos que vão atuar nessa área.

A campanha Livre de Abuso (2015) defende que o primeiro passo para recuperação vítima do abuso não-físico, é restabelecer o senso de segurança, deixando a vítima confiante de que o agressor não poderá mais lhe fazer mal se necessário por ordem de restrição, e proporcionar estabilidade na sua vida cotidiana, incluindo a mesma em uma rotina de estudo ou um emprego.

As ofensas simbólicas e o abuso psicológico se disseminam de modo invisível na vida e cotidiano da sociedade, por meio dos discursos e da comunicação de modo geral, são reproduzidas de forma automática, por meio de músicas, brincadeiras, ditos populares, transmitidos de geração para geração, fortalecendo relações violentas de poder e submissão.

Necessita-se de mudanças nas relações sociais, políticas, econômicas, de poder e principalmente culturais, a igualdade de gênero e o empoderamento feminino deve ser impostos como novos paradigmas culturais em busca diminuição dos índices de violência contra a mulher (VITANGELO, 2018, [s.p]).

Depreende-se, portanto, que essa é uma luta de todos, ou seja, do Estado, das organizações não governamentais, pelo Direito e pela Sociedade Civil, sendo fundamental que trabalhem de forma conjunta para o fortalecimento e autonomia feminina, a fim de que esse ciclo traumático para a mulher seja rompido, bem como a tutela, pela norma, do aspecto físico e moral da mulher vítima de violência doméstica.

Considerações finais

A Lei nº 11.340/06 foi criada para garantir direitos às mulheres vítimas de violência doméstica. Contudo, a referida lei somente foi editada após o Estado brasileiro ser responsabilizado, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, por negligência, omissão e tolerância à violência doméstica contra as mulheres.

A violência doméstica tem diversas formas de manifestação, podendo ser de cunho físico, patrimonial, sexual, moral e psicológica. A legislação tutela esses bem jurídicos, prevendo punição ao agressor. Em que pese as disposições normativas, a violência psicológica e simbólica, de forma isolada ou acompanhada das demais, tende a ser silenciada, ou mascarada, por não apresentar marcas visíveis, isto é, não é vislumbrada *prima facie*, se tratando de um problema de dimensões alarmantes e de saúde pública, pois as consequências para a mulher ultrapassam as barreiras do lar, se estendendo a qualquer relação e podendo, assim, dessa forma, chegar a marcas visíveis, visto que o consentimento da mesma pode ser visto como uma porta de entrada a manifestação de outras formas de violência.

Dessa forma, após a finalização deste estudo, constata-se que a violência psicológica pode acarretar danos à autoestima feminina podendo ocasionar sérios danos à saúde da mulher, contudo, percebe-se que,

ainda, não há um olhar mais cuidadoso acerca do tema. É necessário um maior debate sobre a violência de ordem moral e suas consequências, para que a mulher possa tomar conhecimento da gravidade e, assim, denunciar os agressores para que sejam devidamente punidos na forma da lei, visto que através da Lei Maria da Penha é possível que este tipo de violência seja devidamente punido.

Instituir políticas de enfrentamento a violência doméstica, rever os mecanismos de atendimento, através de delegacias especializadas, dar voz e credibilidade a vítima do abuso não-físico é o caminho para se concretizar os objetivos propostos na legislação vigente que visa prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

Entretanto, faz-se necessário que, na ausência de recursos do Estado e do sucateamento de políticas públicas de enfrentamento, a sociedade, através de organizações não governamentais, instituições filantrópicas, movimentos sociais, universidades e comunidades forneçam, apoio e esclarecimento a vítima, fortalecendo a rede de apoio, mobilizando a todos de forma articulada, estimulando a denúncia, monitorando e fiscalizando esse sério problema social.

Finalmente, é imprescindível que este problema não seja visto apenas a nível individual e privado, mas sim como uma demanda de direitos humanos e fundamentais, pois, além de ferir a dignidade da mulher como pessoa humana, impede o desenvolvimento pleno da cidadania da mulher.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulher [...]. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei dos Juizados Especiais nº 9099, de 26 de setembro de 1995: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm > Acesso em: 02 abr 2019.

_____. Lei nº 10455, de 13 de maio 2002: Modifica o parágrafo único do art.69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10455.htm > Acesso em: 02 abr de 2019.

_____. Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004: Acrescenta parágrafo ao art.129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 02 abr 2019.

_____. Lei nº 13.104, de 9 de maio de 2015: Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em: 02 abr 2019.

_____. Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017: Acrescenta dispositivos à Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm> Acesso em: 02 abr 2019.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. 314 p. Disponível em: <http://lpeqi.quimica.ufg.br/up/426/o/BOURDIEU__Pierre._O_poder_simb%C3%B3lico.pdf>. Acesso em: 04 abr 2019.

CASSADO, Desirée da Cruz.; GALLO, Alex Eduardo ; ALBUQUERQUE, Lúcia Cavalcanti de. **Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mulheres vítimas de violência doméstica: um estudo piloto**. 2003. Disponível em: <<http://www.assis.unesp.br/revpsico/index.php/revista/article/viewFile/18/36>>. Acesso em: 04 abr 2019.

CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, por ocasião do Dia Internacional para Eliminação da Violência contra as Mulheres (25 de Novembro de 2006)**. 2017. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/7453>>. Acesso em: 04 abr 2019.

_____. **Violência contra mulheres é uma ameaça à democracia**. 2017. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/7453>>. Acesso em: 04 abr 2019.

CHAKIAN, Silvia. **Elas resistem Onze anos após a Lei Maria da Penha, violência contra a mulher persiste**. Semana On, Campo Grande MS - Brasil, [s.p], 9 ago. 2017. Disponível em: <http://www.semanaon.com.br/conteudo/6259/elas-resistem>. Acesso em: 9 jan. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Anual 2000**. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 04 abr 2019.

COKER, Ann L. et al. **PTSD Symptoms Among Men and Women Survivors of Intimate Partner Violence: The role of risk and protective factors**. 6. ed. Nova Iorque: Springer Publishing Company, 2005. 643 p. v. 20. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/086472bf12ac9c85658884af07c387af/1?pq-origsite=gscholar&cbl=45619>>. Acesso em: 05 abr 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EVANS, Patricia. **Como enfrentar a violência verbal: Aprenda a se defender de relações abusivas**. Rio de Janeiro: GMT Editores Ltda, 2015. 256 p.

FONSECA, Paula Martinez da. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação de Psicologia) – Fundação e Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, Bahia, 2006.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 7ed. São Paulo: Cortez, 2011.

HUSS, Matthew T. **Psicologia forense: Pesquisa, prática clínica e aplicações**. Tradução: Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

MILLER, Mary Susan. **Feridas Invisíveis: abuso não-físico contra mulheres**. São Paulo: Summus, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. **Dia Internacional para a Eliminação da Violência contra as Mulheres 25 de novembro**. 2017. Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/endviolenceday/>>. Acesso em: 19 maio 2018.

NERY JÚNIOR, José Carlos Miranda. **Violência doméstica: uma superação coletiva**. Edição revista e atualizada. ed. Goânia: [s.n.], 2011. 53 p. Disponível em: <http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2013/04/29/10_50_58_269_Cartilha_Maria_da_Penha_em_baixa.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

SÁ, Samantha Dubugras. **Características sociodemográficas e de personalidade de mulheres vítimas de violência doméstica**. 2011. 93 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

VINTAGELO, Maria Tereza. **A violência psicológica contra as mulheres e o empoderamento feminino como forma de quebrar as barreiras da discriminação de gêneros**. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275773,61044-A+violencia+psicologica+contra+as+mulheres+e+o+empoderamento+feminino>>. Acesso em: 04 abr 2019.

WELTER, Belmiro Pedro. A norma da Lei Maria da Penha apud DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Violence prevention the evidence: Series of briefings on violence prevention**. Suíça: WHO Publications, 2010. 134 p. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77936/9789241500845_eng.pdf;jsessionid=BA921FB53824DB832D815E33F741450B?sequence=1>. Acesso em: 04 abr 2019.

O TRÁFICO DE DROGAS NA CASERNA À LUZ DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Gustavo Viana do Nascimento¹⁵⁵

Thiago Vicenci Wildgrube¹⁵⁶

Moisés de Oliveira Matusiak¹⁵⁷

Resumo

O presente estudo apresenta uma comparação entre a lei 11.343/06 e o Código Penal Militar no que se refere ao crime de tráfico de drogas. Uma das ideias destacadas diz respeito a necessidade de discriminação entre os conceitos de usuário e traficante no Código castrense. Além disso, a pesquisa em questão mostra o quanto o comércio de entorpecentes é organizado, sustentável e promissor, se fazendo necessária a reformulação do art. 290 do Código Penal Militar, para que a legislação militar esteja simétrica à lei nacional de drogas.

Considerações Iniciais

O presente artigo tem por objetivo principal apresentar a necessidade de alteração do art.290-CPM, o qual trata dos crimes contra a saúde, tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar.

Para que o mencionado objetivo seja atendido serão utilizadas 02 (duas) legislações especiais, são elas: Lei 11.343/06 e o Código Penal Militar. A Lei nacional de drogas traz em seu art. 33º, *caput* da Lei 11.340/06, o seguinte texto:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa

155. Acadêmico do 7º semestre do curso de Direito da UNICRUZ. E-mail: gustavovdonascimento@gmail.com;

156. Acadêmico do 7º semestre do curso de Direito da UNICRUZ. E-mail: thiagowildgrube@gmail.com; e

157. Orientador do artigo. Mestre em Direito pela Universidade UNIRITTER. E-mail: mmatusiak@unicruz.edu.br

Já o Código Penal Militar trouxe o mencionado delito *in verbis*:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.

Em função dos dispositivos legais apresentados acima, o corrente artigo científico tem como escopo apresentar a necessidade de alteração do Código Penal Militar no que tange o cometimento do crime de tráfico de drogas na caserna, haja vista o Código castrense não distinguir o tráfico, a posse ou o uso de entorpecentes, diferentemente da Lei 11.343/06 que trata sobre o tráfico de entorpecentes em um dispositivo próprio.

Com o intuito de atingir o objetivo mencionado, o presente estudo apresentará em sua primeira subseção, aspectos relacionados ao negócio das drogas no mundo. Em segunda subseção serão trazidos dados no que diz respeito ao possível surgimento de tal delito na esfera militar. Na terceira subseção serão feitas breves comparações dos dispositivos legais apresentados anteriormente e por último será demonstrado a necessidade de alteração do art.290 do Código Penal Militar.

A metodologia empregada para a produção do texto, em relação a sua natureza, será caracterizada através de uma pesquisa teórica. No que tange ao método de procedimento, buscou-se uma pesquisa bibliográfica e, em relação a análise dos dados coletados, foi utilizado o método de abordagem dedutivo. Além disso, tem-se como método auxiliar, o método histórico-evolutivo.

2 O negócio das drogas

Atualmente, verifica-se que o tráfico de entorpecente, ainda é visto como uma atividade extremamente rentável desenvolvida por diversas organizações criminosas ao redor do mundo, pois o presente delito é responsável por movimentar bilhões de dólares em todo o planeta. Em função do exposto acima, merece destaque o comentário que Luiz Flávio Gomes proferiu a respeito do assunto:

O tráfico de drogas não só é economicamente muito rentável como consegue ter uma invejável sustentabilidade. Consumidores nunca faltaram nem faltarão. Jamais existiu um período histórico em que parcela considerável da sociedade não consumisse drogas. O mercado das drogas é, e continua bastante promissor porque tem clientes certos.

A partir dos breves comentários acima serão apresentadas algumas informações que justifiquem a alta rentabilidade da comercialização das drogas pelo mundo afora. Assim, merece destaque o exemplo apresentado por Naín (2006), o qual mencionou que os Estados Unidos despendem aproximadamente 20 bilhões de dólares por ano no combate ao uso e ao comércio de drogas. Além disso, essa batalha é responsável por mais de 1 milhão de detenções a cada ano.

Outro dado de suma relevância diz respeito a produção de drogas no Afeganistão, país o qual se destaca quanto à produção de papoula, planta que serve como base para a produção do ópio. Conforme elucidou Naín (2006), em 2004, o Afeganistão produziu aproximadamente 4.000 toneladas do ilícito mencionado

anteriormente em uma área de 323.700 hectares. Em conformidade com os dados apresentados, verifica-se o frutífero mercado dos entorpecentes.

Um outro dado alarmante quanto à comercialização das substâncias entorpecentes foi destacado pelo autor mencionado acima, o qual mencionou o seguinte:

Em meio ao significativo aumento do comércio mundial de drogas, as três principais – maconha, cocaína e opiáceos – perderam fatias desse mercado para a metanfetamina – mais bruta, potente e passível de dependência que a heroína. Além disso, outros compostos como, ecstasy, quetamina, GHB e rohypnol – também estão em alta. Como são produtos químicos que não dependem de matéria – prima agrícola, essas drogas podem ser produzidas virtualmente em qualquer lugar onde certos suprimentos básicos possam ser obtidos (NAÍN, 2006, p.71)

Como consequência (desses dados) dos fatos mencionado acima, torna-se cada vez mais difícil conter as fontes de substâncias ilícitas, razão pela qual enfatiza a crescente preocupação mundial quanto ao comércio das drogas.

Merece destaque também alguns dados referentes ao território nacional, pois de acordo com o relatório das Nações Unidas (escritório contra drogas e crimes – 2007), o Brasil é o maior mercado de opiáceos na América do Sul (600.000 pessoas, ou 0.5% da população geral entre 12-65 anos). Também utilizando como base o Relatório mundial de drogas – ONU/2007, o país obteve a sexta colocação de apreensão de cocaína no mencionado ano. Além disso, é possível destacarmos, conforme previsão no relatório das Nações Unidas, que o Brasil é mencionado como uma das principais rotas de tráfico de drogas para a Europa.

Por último, é interessante ressaltar uma comparação exposta por Gomes, 2010, o qual destacou, que no ano de 2004 a incidência do delito de drogas, no Brasil, foi estimado em aproximadamente onze mil casos, já no ano de 2009, foram registrados mais de vinte mil denúncias referentes ao tráfico de entorpecentes, comparação que representa um aumento de quase 90 (noventa) por cento do mencionado crime em um período de apenas 06 (seis) anos.

Diante dos fatos expostos no presente capítulo, verifica-se o quanto é alarmante a incidência das drogas no cenário nacional. Desta forma, apura-se que as Organizações militares estão plenamente suscetíveis à incidência dos crimes de tráfico de entorpecentes, haja vista que essa é uma realidade vivenciada pelo nosso país.

3 O crescimento do tráfico de drogas na caserna

O capítulo em questão visa apresentar a possível incidência do crime de tráfico de drogas executados no meio militar. Desta maneira, é importante ressaltar alguns aspectos elencados na Pesquisa Institucional sobre Condutas Criminosas de Maior Incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM - 2015), a qual previu o seguinte:

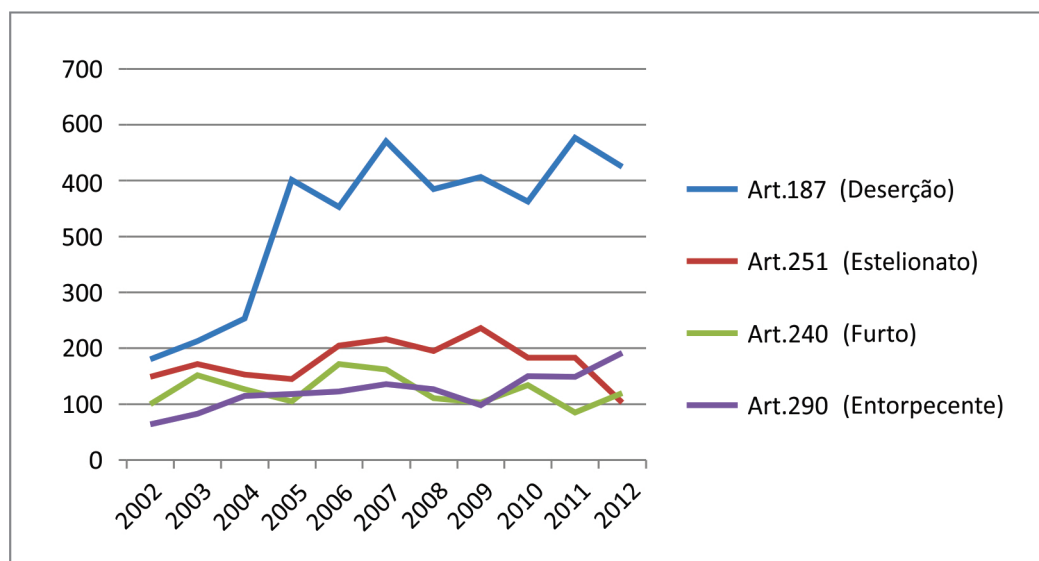
O número de crimes relativos a substâncias entorpecentes ou de efeito similar teve uma evidente elevação. Sua taxa de crescimento é da ordem de 18,5% ao ano, saindo de 64 crimes no ano de 2002 para 192 casos em 2012. O aumento percentual foi neste período foi de 200%.

Assim, é interessante elucidar o assunto em questão através das seguintes figuras retiradas do PCCRIM – 2015:

Tabela 1. Total de crimes por ano de autuação na 1ª instância, segundo o tipo penal, 2002 – 2012.

TIPO PENAL	ANO DE AUTUAÇÃO NA 1ª INSTÂNCIA											TOTAL
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Art. 187 (Deserção)	180	212	253	501	452	570	484	506	462	576	524	4.720
Art. 251 (Estelionato)	149	172	153	145	205	216	195	236	183	183	103	1.940
Art. 240 (Furto)	100	152	127	105	172	162	111	103	134	85	120	1.371
Art. 290 (Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar)	64	83	115	118	123	136	127	98	150	149	192	1.355
Art. 303 (Peculato)	32	72	92	91	140	75	134	123	72	91	94	1.016
Art. 209 (Lesão leve)	75	68	66	92	80	57	82	79	49	105	72	825
Art. 195 (Abandono de posto)	38	44	57	84	62	75	88	48	55	52	72	675
Art. 210 (Lesão culposa)	42	51	37	53	33	43	36	38	27	26	27	413
Art. 315 (Uso de documento falso)	13	24	45	88	38	30	29	26	29	21	22	365
Art. 299 (Desacato a militar)	13	13	16	14	31	20	27	17	19	109	41	320
Art. 312 (Falsidade ideológica)	20	24	33	14	39	28	18	25	36	27	22	286
Art. 311 (Falsificação de documento)	30	13	28	37	46	29	28	15	21	10	22	279
Art. 223 (Ameaça)	17	17	13	36	29	19	30	21	21	27	19	249
Art. 254 (Receptação)	8	34	15	23	43	17	13	18	31	19	9	230
Art. 248 (Apropriação indébita)	7	15	27	38	48	35	24	3	6	9	9	221
Outros	461	472	303	361	450	429	441	480	298	434	276	4.405
Missing	56	47	56	36	26	16	9	4	8	19	7	284
TOTAL	1.305	1.513	1.436	1.836	2.017	1.957	1.876	1.840	1.601	1.942	1.631	18.954

Fonte: Relatório da 1ª Fase da PCCRIM.

Figura 2. Total dos Crimes de Maior Incidência na Justiça Militar, por ano de autuação, no período 2002-2012.

Relatório da 1ª Fase da PCCRIM.

Conforme exposto na própria PCCRIM – 2015, verifica-se a possibilidade aumento de incidência do tráfico de drogas na esfera militar, pois de acordo com a mencionada fonte de pesquisa é viável destacar que:

Os feitos atualmente envolvem com mais frequência o concurso de agentes, e não somente usuários de maconha, mas também de cocaína e crack. Em alguns processos inclusive, há evidências de uma possível comercialização de entorpecentes no âmbito militar, o que denota uma periculosidade social elevada em razão da natureza da atividade militar.

Em função do exposto, é possível verificar que o tráfico de drogas na esfera militar já não deve ser encarado como algo remotamente impossível de acontecer, pois de acordo com Figueiredo (2012), o tráfico de entorpecentes tem ganhado destaque no meio dos pesquisadores e estudiosos como a principal atividade ilícita desencadeada pelas organizações criminosas e, em determinadas situações podendo até mesmo estar ligado à outras atividades do crime organizado.

4 Comparação do Tráfico de drogas previsto no art.33, caput da Lei 11.343/06 e do artigo 290 do Código Penal Militar

A presente subseção visa abordar o crime de tráfico de drogas sob a ótica da Lei nº 11.343/06, bem como através do espectro do Código Penal Militar. Na Lei de drogas, por conseguinte, encontra-se o crime de tráfico, que tem previsão nos artigos 33, caput, no §1º, 34, além do art.36 da mesma lei. Assim, é possível verificarmos que o legislador trouxe uma série de restrições ao presente delito, sendo uma delas a própria equiparação da referida infração penal a crime hediondo (art. 2º - Lei 8.072/90).

Também é de extrema importância destacarmos a não aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto na lei de drogas, e desta forma, merece destaque a abordagem de Brasileiro (2016, p. 729):

Por mais que alguém seja flagrado entregando ínfima quantidade de drogas a terceiros para fins de consumo, como se trata de crime de perigo abstrato, subsiste a relevância penal da conduta, já que o tipo do art. 33 está voltado para o combate à divulgação e propagação do uso de drogas. Afinal, cuida-se, o tráfico de drogas, de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crime gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

No que tange a sanção penal prevista, por exemplo, para o crime de tráfico de drogas do art.33 da Lei em questão, constata-se que a pena mínima a ser aplicada ao agente é de 05 (cinco) anos de reclusão, assim como a pena máxima prevista é de 15 (quinze) anos. No que se refere ao crime de tráfico de drogas previsto no Código Penal Militar, é possível averiguarmos que o CPM, em um único dispositivo, tratou tanto do tráfico de drogas como do uso de entorpecentes, abordando de forma igualitária o viciado ao traficante.

O delito previsto no art.290 do Código Penal Militar é tratado como um crime militar impróprio, ou seja, somente terá incidência caso o fato delituoso ocorra em local sujeito à Administração Militar, exceto os casos previstos no § 1º do mesmo artigo. Quanto a sanção prevista no preceito secundário do art.290, verifica-se a não existência de pena mínima, mas apenas o emprego máximo da mesma, que tem previsão de

4 Lei 8.072/90, Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. reclusão de até 05 (cinco) anos.

No que diz respeito a hipótese do tráfico de drogas na esfera do CPM, é possível constatar a não incidência do princípio da bagatela.

5 Necessidade de alteração do artigo 290 do Código Penal Militar

Verifica-se na segunda e terceira subseções deste estudo, que ocorreu um crescimento do delito de tráfico de drogas no meio civil, assim como no meio militar. Deste modo, nota-se um menor crescimento da conduta na caserna, se comparado ao crime em questão, regido pela Lei 11.343/06. Apesar das instituições militares serem alicerçadas sob o manto da hierarquia e disciplina, bem como por estarem inseridas em uma justiça especializada de viés predominantemente legalista, mesmo assim, é possível a constatação da ocorrência de certo crescimento de crimes associados aos entorpecentes, fator que gera a necessidade de atualização do CPM quanto ao enquadramento do presente delito.

Diante do exposto acima, verifica-se que o Código Penal Militar (Decreto-lei 1001/69), em especial o artigo 290, que trata do consumo, porte e tráfico de drogas dentro das unidades militares, está obsoleto em comparação com a legislação vigente do meio civil (Lei 11.343/06). O CPM foi sancionado no final da década de sessenta, momento histórico em que a incidência de drogas na sociedade era pequena e praticamente inexistia dentro das fileiras militares. A Lei de Drogas por sua vez foi criada no ano de 2006, em consonância com as evoluções sociais, coerente ao momento atual.

Na subseção anterior deste trabalho apresentou-se a comparação entre o artigo 290, CPM e o artigo 33, *caput* da Lei 11.343/06, onde observam-se diferenças expressivas, em relação ao tempo máximo de aplicação

da pena, de até 5 anos (CPM), e de até 15 anos (Lei 11.343/06). Cabe evidenciar a ausência da distinção entre o usuário e o traficante de drogas na carreira bélica, sendo enquadrados no mesmo artigo 290, ou seja, o usuário militar possui pena muito pesada, em comparação com advertência verbal, prestação de serviços à comunidade ou comparecimento em cursos sobre entorpecentes, como prevê a Lei de Drogas, para o mesmo caso na esfera civil. A Ministra Maria Elizabeth Rocha do Superior Tribunal Militar (STM), em entrevista ao Anuário da Justiça 2010, ressaltou que:

[...] Um dos pontos que entrarão na pauta de discussões é o artigo 290, que não distingue entre portar, consumir ou traficar drogas dentro do quartel. A pena varia de um a cinco anos e sua valoração é estabelecida de acordo com o critério do magistrado. Para mim, um ano é demais para quem consumiu um cigarro de maconha e cinco anos muito pouco para quem traficou drogas dentro do quartel. [...]

O agente que pratica o tráfico de drogas, sob a égide do CPM, dentro de uma Organização Militar, receberá uma pena máxima de 5 anos, enquanto o mesmo caso à luz da Lei 11.343/06, o agente delitivo poderá receber uma a pena de até 15 anos.

Em função do exposto, intensifica-se a necessidade de atualização da Legislação Militar, pois o sujeito ativo que praticar a conduta delituosa dentro de uma organização militar, sua pena máxima na caserna equivalerá a pena mínima da Lei de Drogas ao cometer o mesmo delito.

Na tabela 01, exposta na terceira subseção desse estudo, apresentou-se uma comparação em dez anos, do quantitativo de crimes ocorridos dentro dos quartéis. Como já tratado nesse trabalho, na justiça militar não há divergência entre os crimes de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, são enquadrados no artigo 290, CPM. Desta maneira, verifica-se a necessidade da realização de um estudo mais aprofundado no que tange ao crime de tráfico de drogas no meio militar, para melhor avaliar a evolução especificamente quanto à ocorrência de tráfico de drogas na caserna.

Considerações Finais

Diante dos fatos discorridos nesse artigo, se faz necessário um aprofundamento no que tange a distinção dos dados estatísticos dos delitos de consumo, bem como de tráfico de drogas no meio militar, para que seja possível coletar, de forma mais clara, os dados referentes ao consumo (usuários) e ao tráfico de entorpecente. O estudo mencionado servirá como alicerce para que haja a possibilidade de se apresentar uma proposta de alteração do Código Penal Militar.

Além disso, o Código Penal Militar, apesar de sua extrema importância, deve ser atualizado no que diz respeito à aplicação da pena e diferenciação de usuário e traficante, art. 290 – CPM, para que a presente legislação castrense se harmonize com a Lei 11.343/06, pois o Código Militar deve ser tão rígido quanto a Lei de Tóxicos, certamente, no que tange a aplicação da pena para o crime de tráfico de entorpecentes.

Por último, vale mencionar que a sanção penal para o cometimento do tráfico de drogas torna-se mais branda quando ocorrida entre as fileiras militares, fator que corrobora o ponto central desse artigo científico.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Justiça Militar da União. **Pesquisa Institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a justiça militar na União**, Brasília, Distrito Federal, 2015. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/enajum/pccrim/item/download/925_5cabcl89e0bd2dde8e19d39640f46dd5>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CONJUR. **A Justiça a serviço da hierarquia e da disciplina**. 31 jan. 2010, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jan-31/entrevista-maria-elizabeth-rocha-ministra-superior-tribunal-militar>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Tráfico de drogas: aumento de 88% nos processos**. Jusbrasil. 2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922958/trafico-de-drogas-aumento-de-88-nos-processos?ref=serp>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

LIMA, Renato brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada – 5ª Edição**. Volume único, Ed. Juspodivm, 2017.

NAÍN, Moisés. **Ilícito, o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global – 1ª Edição**, Ed Jorge Zahar, 2006.

UNODC. **Relatório mundial sobre drogas. Escritório de ligação e parceria no Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/06/24-unodc-lanca-relatorio-mundial-sobre-drogas-2009.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DE CHAIM PERELMAN E HANS KELSEN E O CARATER ARGUMENTATIVO DA PRÁXIS JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Janaína Ribas Côrtes¹⁵⁸

Paulo Jair Pereira Gonçalves¹⁵⁹

Vanessa Steigleder Neubauer¹⁶⁰

Resumo

Explanação acerca do neopositivismo de Hans Kelsen e do raciocínio jurídico e a argumentação de Chaïm Perelman como busca por decisões judiciais mais justas e maior aproximação do direito com a realidade. Conclui-se pela constatação de que através da argumentação é possível a elaboração de um raciocínio jurídico mais democrático que possa, enfim, promover a aplicação equitativa do Direito.

Considerações iniciais

A discussão entre o juspositivismo e jusnaturalismo continua sendo um assunto muito debatido entre os teóricos do direito, de um lado, os jusnaturalistas defendendo que cada norma deve aplicada ao caso concreto, pois todo o ser humano tem um direito natural, pertencente a todos, para que se possa alcançar a justiça. Já os jus positivistas acreditam que apenas a lei que está escrita poderá ser utilizada e de forma literal, uma vez que a lei sozinha tem o poder de resolução. Para Perelman (PERELMAN, p. 386) “A antítese ‘Direito positivo – direito natural’ opõe o respeito à lei ao respeito à justiça concebida de outro modo do que a de conformidade à lei.” Na modernidade não se cogitava a possibilidade de que a lei poderia ser aplicada de outra forma, porém para Aristóteles (PERELMAN, p. 386) a lei estabelece um padrão universal, mas quando algo foge este padrão é plausível a idéia de adotar uma medida mais adaptável e equitativa, pois se possível, o legislador sempre mudaria a lei de última hora para adaptar ao caso concreto, sem tornar-se arbitrário.

Neste trabalho estudaremos sobre o positivismo de Hans Kelsen e a argumentação e a raciocínio jurídico, de Chaim Perelman. A Teoria Pura do Direito, tal como, a Teoria da Argumentação são fundamentais

158. Janaína Ribas Côrtes acadêmica do curso de Direito do 7º semestre: janainaribas@msn.com

159. Paulo Jair Pereira Gonçalves acadêmico do curso de Direito do 8º semestre: paulojairpg@hotmail.com

160. Orientadora, Graduada em Artes Especificidade em Dança pela Unicruz, Mestre em Educação nas Ciências Unijui, Doutora em Filosofia Unisinos. Docente da universidade de Cruz alta. E-mail:borbova@gmail.com

para o estudo das Ciências Jurídicas. O primeiro fruto de Hans Kelsen, trouxe o conceito de Ciência Jurídica independente e ‘Pura’. A segunda, cujo escritor, Chaim Perelman, retrata a importância de o jurista apresentar argumentos lógicos e coerentes nos debates jurídicos levando em consideração os juízos de valores.

Primeiramente não podemos deixar claro que, Hans Kelsen, jurista judeu nascido em 1881, cujo livro *Teoria Pura do Direito*, escrito em 1934 será objeto de análise no atual texto, faz parte do movimento positivista, por isso traz o Direito como uma matéria independente, não sofrendo, portanto, influência de outras Ciências Sociais. Por isso, o conceito de Direito e Justiça não podem se confundir. O conceito de Justiça está condensado nos valores de quem a invocar, portanto, flexível, enquanto o Direito é algo rígido e deverá ser aplicado ao caso concreto. Kelsen considera a justiça uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social.

Já o pensamento jurídico-filosófico desenvolvido pelo polonês Chaïm Perelman tornou-se reconhecido e aclamado em todos os sistemas judiciários do mundo graças ao seu caráter democrático e social, o qual também lhe fez encontrar âmbito de atuação em diversas ciências sociais que pouca relação guardam com o Direito. Sua teoria da argumentação, ao inspirar-se na retórica de Aristóteles, resgatou o sentido original do termo dialética e possibilitou a inserção da democracia na própria efetivação da justiça, demovendo todos os obstáculos à tolerância racional que se faz necessária à convivência harmoniosa entre os vários pensamentos jurídicos, com fundamentação filosófica, que se contrapõem no Direito.

Ao desenvolver seus estudos, Perelman cuidou em demonstrar, filosoficamente, que o Direito não se limitava à lei, e que a função do julgador, por sua vez, não se limitava ao papel de dizer a lei (*boca da lei*), concepções propostas pelo silogismo positivista que imperava nos diversos sistemas judiciários desde a Revolução Francesa de 1889, o qual foi amplamente analisado e questionado por ele. Os fatores históricos e políticos registrados no continente europeu, durante a década de 1940 (2ª Guerra Mundial) forneceram importante contribuição para a elaboração da nova metodologia (raciocínio) que propôs aplicá-la à lógica jurídica.

Nosso objetivo consiste em realizar as reflexões que objetivam responder aos seguintes questionamentos: É possível a aplicação equitativa do Direito de forma positivista sem a efetivação da justiça, da moral e da ética? Em que circunstâncias? A teoria de Chaim Perelman vai de encontro com o que a sociedade busca como justiça?

Com o presente estudo, esperamos contribuir efetivamente para o aprofundamento desta reflexão enquanto aspirantes de operadores do Direito, junto à sociedade.

1 O dualismo existente entre “A Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen e os conceitos de Chaïm Perelman

O Positivismo jurídico diante das muitas críticas sofridas no final do século XIX chega ao século XX quase que descaracterizado, sendo essa a grande razão motivadora para Hans Kelsen tentar *purificar* o objeto da ciência do Direito de tudo aquilo que a ela fosse considerado estranho, pois, segundo esse autor, uma “... das tarefas mais importantes de uma teoria geral do Direito seria determinar a realidade específica do seu objeto” (KELSEN, p. 1).

Em sua notável obra “*Teoria Pura do Direito*”, Hans Kelsen tenta construir uma ciência do direito livre de toda interferência de considerações não jurídicas e ideológicas provocando uma das maiores controvérsias entre os teóricos do direito na última metade do século passado. O princípio metodológico fundamental da sua obra Teoria Pura do Direito é libertar a ciência jurídica de todos os elementos que não lhe são próprios. Sua teoria, então, se baseia no positivismo. Neste sentido, discorre o autor:

Quando a si própria se designa como “Pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1999 pág. 1).

De acordo com essa visão, uma norma que não seja justa não é considerada como Direito, já que as normas devem corresponder a valores morais. Já para uma mais fraca, tal norma pode até ser Direito, porém, não deve ser respeitada, frise-se, tanto pelos aplicadores dessa norma, quanto para aqueles que irão suportá-la.

A doutrina kelseniana, prega que quando há a confrontação do “ser” com o “dever ser”, ou seja, os fatos com as normas jurídicas, é que se poderá julgá-los, frise-se, de acordo com a norma, portanto uma norma criada por um ato da conduta humana é uma norma positiva, que traz em seu bojo a prescrição ou permissão de determinada conduta ou se algo deve ou não deve ser feito.

Na concepção Kelseniana, aplicar o Direito é interpretá-lo, assim pode-se compreender que:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”. (KELSEN, 1999 pág. 08).

Na percepção do autor a interpretação das normas refere-se à dedução das normas gerais, ou seja, das leis para aplicar a um fato concreto. Sendo assim, KELSEN:

[...] apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original. Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior. (KELSEN, p. 21).

A separação entre direito e moral decorrente da relatividade desta última é um traço característico do positivismo jurídico lapidado no século XX. No entanto, a barbárie do nacional-socialismo, feita em nome da lei, levou a um sério questionamento da tese positivista por ocasião do restabelecimento da ordem democrática e do *Estado de Direito* em face da derrocada do fascismo. A idéia kelseniana de que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo, foi duramente combatida no pós-guerra, tendo sido atacada como responsável pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX.

Essa circunstância trouxe novamente à tona aquilo que a teoria de Kelsen tinha posto em estado de latência: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça.

Assim como Kelsen outro grande pensador do mundo do direito foi Chaim Perelman, que desenvolveu uma extensa obra literária sobre argumentação, raciocínio jurídico, lógica jurídica etc. Embora as teorias Kelsen e Perelman tenham bastantes pontos em comum elas divergem em vários outros principalmente sobre os juízos de valores como veremos agora.

Após o término da 2ª Grande Guerra o raciocínio judiciário que se desenvolveu constituiu uma verdadeira reação ao dogmatismo jurídico que predominava nos países europeus. As escolas positivistas constituíram esse dogmatismo ao não reconhecer o Direito Natural e aliar-se ao positivismo filosófico almejando transformar o Direito em uma ciência objetiva, atemporal e impessoal. O positivismo pregou a exclusão de qualquer referência à idéia de *justiça* e aos demais valores sociais e políticos, dentre os quais a *ética* e a *moral*, como forma de eliminar todo e qualquer elemento que pudesse torná-la variável.

Já as concepções contemporâneas do Direito, por sua vez, propunham que o Direito não mais poderia ser compreendido como um sistema estático e formal de normas (positivismo jurídico), mas sim como um sistema dinâmico, no qual a autoridade que detém o poder (legislativo, executivo ou judiciário) possui liberdade de escolher a linha de conduta que melhor se adequar aos limites fixados pela norma superior. De acordo com Perelman (2004, p.81):

O positivismo jurídico, tenta criar um sistema puramente lógico e sem contradições. Todavia, não leva em conta que não há julgamento feito com exclusão dos valores e que, sob este prisma valorativo, o que se mostra necessário não é um raciocínio formal e lógico-dedutivo a ser realizado pelo aplicador da lei, mas, sim, um acordo acerca da hierarquia dos valores que serão aplicados no caso concreto a ser julgado. Desse modo, a aplicação dos juízos de valor tornam-se imprescindíveis à solução das controvérsias e só poderiam se dar, pois, mediante um acordo a ser realizado por meio de um processo argumentativo, e não, porque é impossível por um processo lógico formal, como pretendiam os positivistas.

Segundo Perelman, o rompimento com a concepção legalista do Direito nos diz: “O juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor desta decisão, e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata”. (Perelman, 2004, p. 96). No entanto, a grande mudança na percepção da lógica jurídica, Perelman (2004) enfatiza, realmente ocorreu em face da divulgação dos atos realizados pelo Estado Nacional Socialista Alemão, durante a 2ª Guerra Mundial e após o seu término, com a instauração do Processo de Nuremberg (Processo de Nuremberg: instaurado em 20 de novembro 1945, na cidade alemã de Nuremberg, cuja finalidade foi apurar e julgar os crimes de guerra praticados pelos dirigentes do Estado Nacional Socialista Alemão nazismo), visto que, a partir de tais eventos os tribunais passaram a aplicar, com maior frequência, os princípios gerais do direito aos seus julgados. Isto ocorreu por que o Processo de Nuremberg originou-se sob a tônica de que os atos abomináveis cometidos por Hitler, e seus colaboradores diretos, não poderiam permanecer incólumes a um julgamento. Ora, como não havia um prévio dispositivo legal definindo tais atos como crimes e como se fazia necessário o respeito ao princípio *nullum crimen sine lege*, eis que se tornou imperiosa a necessidade de se defender a instauração do processo mediante a acusação de que o Estado Nacional Socialista concretizado por Hitler havia violado um princípio geral, o qual inegavelmente reconhecido pelas nações civilizadas: o respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, Perelman (2004, p. 103) retorna à indagação: “Tratar-se-ia de uma volta ao direito natural clássico?”. O próprio autor responde que não! Para ele, o fundamento que ensejou a instauração do Processo de Nuremberg representou, em verdade, uma volta ao pensamento aristotélico (imortalizado na obra *Retórica*), segundo o qual existe um Direito geral principiológico que, embora não escrito expressamente nas leis, vem a ser reconhecido por todos. Como forma de ilustrar esse entendimento, ele transcreve trechos do discurso (Perelman, 2004, p. 103-104), quando afirma:

Os princípios gerais do direito, que são aplicáveis mesmo na ausência de um texto [...], não são uma criação jurisprudencial e não poderiam ser confundidos com simples considerações de equidade. Não são, tampouco, regras consuetudinárias: o juiz, aplicando-os ou controlando-lhes a aplicação, não se refere à constância de sua aplicação. Eles têm valor de direito positivo: sua autoridade e sua força não se reportam a uma fonte escrita; eles existem independentemente da forma que lhes dá o texto quando a eles se refere; o juiz os declara; constata-lhes a existência, o que permite dizer que a determinação dos princípios gerais do direito não autoriza uma investigação científica livre. Eles se formam independentemente do juiz, mas, uma vez formados, impõem-se a ele. O juiz é obrigado a garantir-lhes o respeito.

O juiz, então, há de elaborar um raciocínio jurídico que permita à sua mente realizar um verdadeiro vaivém entre a situação vivenciada e a lei apontada como aplicável. Tal raciocínio há de ser reiniciado sempre que ele for convocado a prolatar uma nova decisão, pois, segundo Perelman (2004, p. 115-116):

[...] o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente o seu influxo. O direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social. Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme o direito coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por esta razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais. (Perelman 2004, p. 115-116):

A evolução do pensamento jurídico, pois, dependerá de uma dialética na qual se busque uma solução justa e pacificadora para o conflito que, de forma concomitante, também permita manter a coerência com o Direito, embora o tornando mais flexível e em conformidade com as evoluções que se operam na sociedade. É nesta perspectiva que os princípios gerais do direito e a tópica jurídica vêm ocupando um destaque cada vez maior nas teorias acerca do raciocínio jurídico. Para fundamentar esse raciocínio:

Que nos refiramos, para determinar o abuso, à intenção dolosa, ao móbil injustificado, à culpa na execução ou na destinação econômica ou social dos direitos, o princípio permanece idêntico em seus resultados: somente o conteúdo técnico do direito – melhor, seu enunciado, sua letra – não basta para determinar a licitude das atitudes humanas. A conformidade “exterior” às leis não esgota a obra da justiça. (PERELMAN, 2004, p. 110).

Em ampliando a análise para questões internacionais, o autor destaca que a noção de “ordem pública internacional”, de origem essencialmente doutrinária, vem subsidiando a fundamentação de princípios de aplicação universal cuja finalidade é preservar as regras de direito interno, mesmo que tais regras sofram variações consideráveis.

2 O Caráter Argumentativo da Práxis Jurídica Contemporânea e a Aplicação da Justiça

A supervalorização da matéria e do domínio do homem perante a natureza presentes no século XIX acabaram por decadenciar as discussões filosóficas, encontrando campo majoritariamente nas ciências sociais. Nos últimos 30 anos do século XIX então iniciou-se algumas especulações nesta senda devido as demanda sociais, econômicas e políticas concretas e como forma de desenvolver e tentar solucionar os problemas das relações públicas e privadas dos indivíduos. Kelsen no século XX, em sua teoria pura do direito, vem e recupera o tema kantiano, do ser e dever. Onde para ele existe uma confusão entre como atuam os homens segundo o direito positivo e como deveriam atuar. O referido autor faz então esta separação do direito positivo e a ética, política e sociologia, tendo um objeto de preocupação bastante limitado e pouco filosófico, tornando-a uma disciplina a parte.

Em outras palavras, o direito é direito e não outra coisa, não sem virtude de uma contingência qualquer, mas em razão de sua forma/força normativa. Essa forma é o essencial na identificação e sua caracterização do direito e, conseqüentemente, o objeto próprio de sua teoria. [...] Recaséns Sinches tenta advertir, todavia, que não podemos deduzir, a partir de tais considerações, que Kelsen é defensor de um positivismo radical, negador da possibilidade de existir na ciência jurídica uma valoração ideal. (LEAL, 1999, p. 58)

Desta forma, podemos dizer que Kelsen reconhece que os processos sociais dão origem as normas jurídicas, o que não o torna positivista radical, porém a ciência jurídica não pode ser questionada pela sua origem e sim aceita, respeitada e seguida pela sua força. Quanto à interpretação da norma jurídica:

[...] Kelsen distingue duas espécies de interpretação da norma e do próprio sistema jurídico: uma autêntica, procedida pelas instituições competentes aplicadoras da norma; e uma dita não-autêntica, desenvolvida pela ciência do direito e pelas pessoas em geral. [...] Esta hermenêutica kelseniana se diferencia das demais no fato de entender que inexistente a possibilidade de se atribuir um status de verdade absoluta a alguma destas metodologias exegéticas existentes e diversas, eis que todas são, em última instância, meras molduras relativas à norma, não se tratando de ação cognitiva. Quanto ao órgão aplicador do direito, detentor da interpretação autêntica, opta por atribuir à norma interpretada uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta tão somente sua vontade. (LEAL, 1999, p. 65-66)

Assim, Kelsen coloca barreiras epistemológicas difíceis de superar, pois não considera vários aspectos inerentes ao direito tais como política, economia, sociedade, não o vendo com a complexidade que deveria, uma vez que o direito assume cada vez mais um caráter subjetivo além do objetivo que é visão principal do autor.

Ocorre que as normas, em contrapartida aos fatos, envolvem um jogo de persuasão e mistificação muito mais sutil do que a concepção kelseniana, pois estereotipam os sentidos não para justificar decisões, mas para legitimar a reprodução do poder de um sistema sócio-político visto como um todo. Nesta

linha de pensamento, o neopositivismo da Teoria Pura do Direito postula um critério de significação para os enunciados do conhecimento jurídico a partir de uma teoria da verdade (vendo-a não como uma propriedade de certos enunciados – proposições –, mas sim como uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas existentes), concretizando-se assim a teoria objetiva da verdade. (LEAL, 1999, p.69)

A idéia de normas vazias de juízo de valores e interpretações que não podem se distanciar do objeto que é o direito acaba por transformar todo o meio em um instrumento de controle social e o afastando das relações sociais. O direito liga um fato a um fim, este fato não é sempre previsível e deve-se quase sempre a uma causa ou motivo. Não é possível que a interpretação de uma norma, na sociedade atual, se dê a partir de um sistema de pureza e objetividade, pois tudo que levou esse fato a acontecer não pode ser tratado de forma distante e nem sempre se pode achar previsão legal para todo o acontecimento. Teríamos um número incontável de normas e mesmo assim nem tudo estaria previsto. Para Perelman:

A teoria pura do direito encontrou dificuldades derivadas da oposição inegável que existe entre a idéia de um sistema de direito identificado com a soberania do Estado, em que a norma fundamental é uma lei estatal, e as exigências da construção de um direito público internacional, no qual esta mesma norma seria supra estatal. As duas construções são arbitrárias, ou, ao contrário, há razões plausíveis para se preferir uma concepção nacional da norma fundamental a uma internacional? Cada teórico do direito deve tomar partido em relação a esta questão, se não se contenta na descrição de sistemas jurídicos possíveis, e sim, de um sistema jurídico que funcione efetivamente. Retomando uma comparação de que se valeu o próprio Kelsen, qual o astrônomo que deixou de optar entre seguir a teoria geocêntrica de Ptolomeu ou a heliocêntrica de Copérnico, após analisar os motivos que lhe pareciam válidos? Por que vedar, no campo do Direito, aquilo que é normal na astronomia, ainda que a ideologia também interfira nestas questões, como no caso de Galileu? (PERELMAN, 1964, p. 5)

Perelman refutava, apesar do respeito por Kelsen, suas idéias de uma ciência do direito formal e impessoal, não sendo possível a comparação do direito com a matemática por exemplo. O dualismo kelseniano torna-se extremista e não corresponderia a prática judiciária. “Nos sistemas jurídicos modernos, o juiz o qual é obrigado a julgar sob pena de ser sancionado”, Perelman explica que o juiz então não pode se recusar a julgar pela existência de uma lacuna na lei ou a falta de uma norma jurídica que supra a sua demanda no judiciário, este então, irá argumentar e assim “através da argumentação é que se pode conceber o uso racional da liberdade, ideal que a razão prática exige na moral e na política, e também, no direito”. O autor acreditava que a argumentação supriria ao juiz, sem tornar arbitrárias suas decisões, os casos em que não haveria previsão legal ou os casos de adaptação ao caso concreto.

Na práxis jurídica contemporânea, a importância da dimensão retórica e argumentativa na metodologia do direito tem ganhado destaque como salienta Miguel Reale:

Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte, ou a técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais a formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes. Tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do direito isenta da riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas (...). De uns tempos pra cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição, pois não devemos esquecer que os jovens patricios romanos preparavam-se para as nobres artes da Política e da Jurisprudência nas escolas de Retórica. (REALE, 1973, p.109)

Chaïm Perelman, em 1958, com o Tratado da Argumentação foi pioneiro no ramo, porém as discussões continuam como uma das mais ricas áreas de debate de teoria do direito até os dias de hoje, sendo grande parte dos estudos do autor baseados na filosofia e retórica aristotélica. Trazendo então esta “nova retórica” como metodologia jurídica em razão do declínio da aceitação do positivismo jurídico. As discussões acerca da argumentação focalizam suas atenções nos tribunais superiores, norteadores de jurisprudências e formadores de opinião. Quanto à aplicabilidade e conceitos de justiça, Margarida Maria Lacombe Camargo, explica sobre a diferença valorativa de Perelman e Kelsen:

Contudo, apesar da estrutura lógica de uma justiça formal, apresentada por Perelman como a única justiça possível segundo o parâmetro de igualdade, o autor rompe com a postura positivista-kelseniana e vê o ordenamento jurídico firmado sobre uma pauta valorativa. E como os valores são por natureza arbitrários, nenhum sistema, por mais adiantado que seja, pode ser inteiramente lógico e eliminar toda a sua arbitrariedade. (CAMARGO, 2003, p. 195)

As técnicas de argumentação voltam-se então para a busca da justiça, uma vez que a finalidade do direito é a busca equitativa da justiça. Ao se falar em justiça, entramos mesmo sem querer em uma idéia de igualdade que é comum a todas a maioria das pessoas. Um sistema matemático como propunha Kelsen, aplicado a seres humanos, como conclusão lógica, acabaria por transformar pessoas em números, chegando muito longe da idéia de justiça apresentada por Perelman, conforme segue:

Para que uma análise lógica da noção de justiça possa constituir um progresso incontestável no esclarecimento dessa idéia confusa, é preciso que ela consiga descrever de um modo preciso o que há de comum em diferentes fórmulas da justiça e mostrar os pontos em que diferem. [...] A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás e até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre esse ponto. A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade.” (PERELMAN, 1990 p.14)

A idéia de igualdade prezada por Perelman só pode ser alcançada quando o caráter argumentativo é assumido. A idéia de uma ciência fechada e apenas voltada para o objeto não caracteriza igualdade

Destarte a lei por si só, é atributo da justiça. O importante é que, uma vez estabelecido qualquer critério, a aplicação da regra se faça de forma igual e uniforme para todos. Não obstante os valores que fundamentam esses critérios podem variar de sociedade para sociedade nos diferentes momentos históricos, e podem servir de fundamento aos mais variados sistemas normativos. Mas como não existe uma lógica para a escolha dos valores, ocorre que eles são determinados de forma arbitrária. Assim Perelman não encontra uma lógica para uma justiça que se imponha como fundamento para o direito. Conclui que a igualdade só pode ser criteriosamente verificada no processo de aplicação da lei. (CAMARGO, 2003, p. 194)

Para Perelman, a filosofia do direito só conheceria a justiça formal, senão, tornar-se-ia arbitrária, e como explica Maria Margarida Lacombe Camargo “o importante que se dê tratamento igual a seres unidos pela semelhança”. Kelsen tentou expulsar da teoria jurídica a idéia de justiça, essa discussão de justo e justo seria carregada de juízo de valor e não seria aceitável para o direito. Perelman através de seus livros demonstra de forma democrática que igualdade, para ele sinônimo de justiça, só pode ser “verificada no processo de

aplicação da lei” e que então o direito teria sim que entrar em questões sociais para garantir a cada indivíduo um tratamento igual respeito às diferenças de cada um.

Considerações finais

Concluimos que o grande esforço de Kelsen em transformar o Direito em uma ciência livre de juízos de valores (a justiça, a moral, a ética, o bem, o mal) concretizado em sua obra “Teoria Pura do Direito” na qual considera que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo, gerou inegável oposição de muitos pensadores, entre eles Perelman que defendia que as decisões proferidas não poderiam ser desvinculadas dos juízos de valores. A separação entre Direito e Moral decorre da relatividade desta última é um traço característico do positivismo jurídico frustrado com as atrocidades do nacional-socialismo (Nazismo), feita em nome da lei, que levou a um sério questionamento da tese positivista responsabilizando-a pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX. A teoria de Kelseniana terá uma postura cética ao admitir a tese de que, quando houver a possibilidade de interpretações divergentes de uma mesma norma, caberá ao intérprete à tarefa de eleger, com discricionariedade, a solução que lhe pareça a melhor.

Sendo assim o presente trabalho procurou salientar o dogmatismo do positivismo na figura de Hans Kelsen versus o jusnaturalismo de Chaim Perelman ambos excelentes pensadores que contribuíram gigantescamente para o Direito se afirmar como uma ciência eficaz na sociedade. Dentre os objetivos, foi procurado demonstrar que a neopositivismo de Kelsen não conseguiria se aplicar em tempos atuais, onde as idéias de cidadania, justiça, democracia, são tão presentes na sociedade, certamente Perelman trouxe ao direito assuntos que não poderiam deixar de ser discutidos. É impossível a nós como seres racionais não pensar se algo é justo ou injusto para determinada pessoa e separar esse conceito de justiça do direito, torná-lo-ia distante da realidade. O objeto do direito é a sociedade e ela é composta de indivíduos, que devem ser vistos dessa forma, dentro de suas individualidades.

Referências

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI, Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri, SP: Manole, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Virgínia K. Pupi; Revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004a – (Justiça e Direito).

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação**: A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [tradução João Baptista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1910.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do direito**. Ed. Renovar, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. Ed. EDUNISC, 1999.

O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE

João Miguel Cunha de Bortoli ¹⁶¹

Patricson Maidana Sarale ¹⁶²

Aline Antunes Gomes ¹⁶³

Resumo

Este estudo tem como conteúdo os direitos e garantias fundamentais das mulheres encarceradas, crianças e adolescentes submetidas às condições de vida nos presídios, ao crescimento descontrolado dos delitos praticados, eminente falência do sistema prisional, ausência de programas de ressocializações, maternidade no cárcere, a realidade caracterizada pela falta de acesso à justiça, à saúde e às mínimas necessidades.

Considerações iniciais

O presente trabalho tem como objetivo elucidar a historicidade da prisão, dos direitos garantidos aos encarcerados, da realidade em que as mulheres estão inseridas, e como isso afeta a ela e as crianças e adolescentes, sem deixar de observar as garantias e direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Além disso, a pesquisa almeja analisar as modificações desses direitos ao longo da evolução da sociedade, o modo em que as penas são aplicadas, e a importância do objetivo ressocializador.

A realidade enfrentada pelas mulheres nas prisões femininas e mistas, atualmente pode ser analisada a partir de dados extraídos do INFOPEN Mulher (2017), que traça o perfil das mulheres encarceradas, juntamente com outras fontes bibliográficas e de pesquisa da realidade do cárcere. É evidenciado a precariedade estrutural, as condições desumanas ao atender os encarcerados, a quantidade de presos superior ao número de vagas oferecidas, os problemas da falta de médicos especializados na saúde da mulher e a falta de creches para os filhos encarcerados que nascem nessa condição.

No viés internacional alusivo a prisão feminina há de se falar no basilar documento que abordou essa problemática: as Regras de Bangkok, que aborda múltiplos assuntos, como higiene pessoal, disciplina e

161. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: joamigueldebortoli@hotmail.com.

162. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: pmsarale@hotmail.com.

163. Orientadora da Pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela Unijuí. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: algomes@unicruz.edu.br.

sanções, contato com o mundo exterior, cuidados à saúde mental e física das presas, regime prisional, mulheres gestantes, com filhos e lactantes. Também a defesa da redução do encarceramento provisório, com utilização de medidas provisórias para evitar o aprisionamento em massa, em que grande parcela das encarceradas são presas provisórias, o que colabora para a superlotação dos presídios.

O tema abordado tem alta relevância no cotidiano, difundido nas disciplinas jurídicas por meio do estudo das leis e a discussão da sua aplicabilidade e eficácia na realidade atual, bem como na articulação interdisciplinar pelo viés dos direitos humanos. O presente trabalho alinha-se ao Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJur) do Curso de Graduação em Direito, da Universidade de Cruz Alta, no cerne da temática: Constituição, Processo e Democracia, pois discute as garantias individuais, conceitos e limites estabelecidos na Constituição Federal.

1 Historicidade e Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro

É de suma importância mostrar o estudo histórico dos primeiros estabelecimentos voltados a custódia e castigos dos apenados e como esses locais evoluíram, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana e entender sua inserção no texto constitucional, no ordenamento jurídico e a eficácia que possui atualmente.

No que se refere ao surgimento das primeiras penas, Teles (2004, p. 315) afirma se tratar de vinganças individuais, muito rigorosas e categoricamente desproporcionais e exageradas, em que o próprio ofendido ou sua família desempenhavam a punição, aplicando a pena que bem entendesse sem restrições. Para Greco (2008, p. 487), o surgimento de várias legislações, ao longo das épocas, tinha o intuito de explanar as punições conferidas a cada transgressão, tendo como exemplo as leis dos hebreus, os Códigos de Hamurabi e de Manu.

A origem da prisão se faz presente ao longo da trajetória da humanidade para corrigir o mal que a sociedade traz em si, sendo fruto do desenvolvimento sociocultural. Conforme descreve Oliveira (2013, p. 39), a prisão como sanção penal era desconhecida no período da história antiga, pois não tinha caráter de cumprimento da pena, mas de custódia até o julgamento ou execução dos acusados. Não havia nenhuma preocupação com as condições e saúde da população carcerária, o local tinha a finalidade apenas de garantir a custódia de castigo e para obtenção de provas.

De acordo com Greco (2008, p. 487), desde a Antiguidade até o Século XVIII, as penas tinham uma propriedade muito penosa, no qual o corpo do delinquente é que pagava pelo mal por ele cometido. A mudança em relação à aplicação das penas surgiu no período iluminista, quando teve início a repercussão com relação aos seres humanos que eram injustiçados com as penas aplicadas.

Atualmente, conforme divulgado por Greco (2008, p. 488), nos países ocidentais existe um temor com a integridade física e mental das pessoas, em que vários pactos foram feitos entre as nações, com ênfase na preservação da dignidade da pessoa humana, e afastamento de tratamentos humilhantes e desumanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 é um desses documentos, e serve de base para muitos que surgiram a partir da segunda metade do Século XX.

Com relação à historicidade do aprisionamento feminino, Pizolotto (2014, p. 13-15) destaca a sua procedência ligada às relações de feitiçaria e prostituição, momento em que a Igreja Católica visualizou um

risco com relação aos seus dogmas e entendimentos morais. A mulher era vista como dama, servil da família e do marido, mantendo intacta a moral e a inocência perante a sociedade, deste modo, a Igreja, percebendo a ameaça, tomou medidas severas, dando início à “caça às bruxas”. As mulheres eram presas por representar um obstáculo social e precisavam ser excluídas para evitar a propagação de condutas indesejáveis.

Conforme Artur (2011, p. 95-96), existem registros de que a presença feminina nos cárceres data do ano de 1831, no Estado de São Paulo, onde já havia problemas públicos que deveriam ser solucionados. Nos primeiros anos do Século XX, vieram a público as condições insalubres que se encontrava o encarceramento feminino, com exposição dos problemas, por meio de denúncias e cobranças.

Acrescenta-se, ainda, o problema do quadro de funcionários que, conforme Artur (2011, p. 29) era mesclado por guardas das mais variadas orientações éticas, sem nenhum treino profissional específico, pois era um público muito variável, desde a idade, condições de saúde, sexo, crimes cometidos, não sendo incomum que as cadeias públicas se tornassem prostíbulos nos períodos noturnos e diurnos.

A emancipação da mulher como chefe da casa aumentou a pressão financeira sobre elas, o que segundo Queiroz (2017, p. 63), contribuiu para a prática de delitos, principalmente de cunho econômico, a fim de complementar, muitas vezes, as condições familiares e o sustento. Lopes (2015, p. 18) afirma que as modificações de cunho material na vida das mulheres as tornaram mais propícias à prática de condutas delituosas, o que levou a um aumento do número de mulheres apenadas e, conseqüentemente, a necessidade de separação carcerária de homens e mulheres. Acerca dessa separação no sistema penitenciário, Mello (2016, p. 41-42) elucida que:

Com relação às mulheres encarceradas, ao longo do século XIX e durante a primeira metade do XX, em vários países, diante de intensos debates, promoveram-se reformas em seus sistemas penais. No Brasil, foi somente em 1940 que o Código Penal – o qual tinha por princípio a moderação por parte do poder punitivo do Estado – estabeleceu a separação física entre os sexos no interior das prisões; embora no Código Penal do Império, de 1830, já houvesse referência às mulheres: determinava-se que elas não seriam levadas à pena de morte, nem seriam julgadas enquanto grávidas, mas sim somente após quarenta dias do parto; além disso, afirmava-se que a pena de galés nunca seria imposta às mulheres, as quais deveriam cumpri-la em lugar separado dos homens e com serviço análogo ao seu sexo.

Os sistemas penitenciários brasileiros, conforme Teles (2004, p. 332), são modernos em termos de legislação, mas arcaicos na esfera prática, pois o país cresce economicamente, mas são mantidas as péssimas qualidades de vida da maior parte da população, com agravamento da miséria, da fome e da criminalidade. Além disso, o número de penitenciárias é insuficiente para atender à demanda, não restando ao legislador alternativas a não ser oferecer inovações e atualizadas soluções, especialmente perante ao descaso do Poder Executivo em todos os níveis.

No Brasil, a separação por sexo é respeitada desde a Lei de Execução Penal de 1984, em seu artigo 82, parágrafo 1º e 2º, sendo conservado tal preceito pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVIII e no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em sua Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994.

De acordo com as Regras de Bangkok (2016, p. 20), as mulheres presas na medida do possível, deverão conservar-se em prisões adjuntas ao seu meio familiar ou localidade de reabilitação social, analisando

suas responsabilidades como fonte de cuidado de preferência pessoal, disponibilidade de programas e serviços apropriados.

De acordo com dados do INFOPEN Mulher (2017, p. 22), a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, 74% das unidades prisionais se destinam aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino.

O Brasil se encontra na quarta posição mundial em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina, a taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres. Além disso, o país figura na terceira posição entre os países que mais encarceram. Em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional (INFOPEN Mulher, 2017, p. 14-15).

Varella (2017, p. 38-39) descreve que o desamparo é o maior dos martírios encarados na prisão, pois as apenadas cumprem penas sem receber visitas, sendo abandonadas e esquecidas. As poucas visitas recebidas são feitas por mulheres e crianças, e em número ainda menor quando são visitas de homens que, geralmente, são velhos, sendo, pais e avós. Ressalta-se, nesse ponto, a importância da visita íntima, que, muitas vezes, consegue conservar o vínculo afetivo e impedir a desagregação familiar, assim como facilitar a ressocialização.

Já em relação às visitas sociais na prisão, conforme o INFOPEN Mulher (2017, p. 27-28) é registrado por pessoa privada de liberdade ao longo do primeiro bimestre de 2016, nos estabelecimentos masculinos, uma média de 7,8 visitas por pessoa, enquanto nos femininos e mistos essa média cai para 5,9 por pessoa privada de liberdade.

Conforme Teles (2004, p. 370) o trabalho, educação, saúde e lazer, é um dos direitos sociais de todos os cidadãos, assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 6º. Já no caso de estar preso, temporariamente ou definitivo, a lei determina seja-lhe atribuído trabalho, com remuneração.

Atualmente, conforme dados do INFOPEN Mulher (2017, p. 67-69), apenas 25% da população carcerária prisional feminina está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. Já o percentual de mulheres trabalhando em todo o Brasil é de 24% da população prisional. Entre as mulheres que trabalham, 87% delas encontram-se em atividades internas ao estabelecimento.

Conforme elucidado por Greco (2008, p. 519), o conhecimento adquirido no decorrer dos anos nas penitenciárias, onde os presos não desempenham nenhuma atividade de trabalho, o número de tentativas de fuga é muito superior aos daquelas onde os detentos atuam, seja aprendendo ou trabalhando em determinada profissão.

Conforme Teles (2004, p. 363-364), o trabalho é o método mais eficiente para a cura do desajustado social, pois alcança sua reinserção na vida social. Além disso, o direito à remição não pode ser confundido com o direito ao trabalho, pois a remição não será obtida se for condenado por falta grave, perdendo o tempo trabalhado.

Da mesma forma, referente ao sistema previdenciário, conforme Teles (2004, p. 370), a permanência do preso é garantida mediante um pecúlio, em que é possível a partir de desconto do seu salário pelo trabalho realizado fazer a reparação do dano causado à vítima, auxílio a sua família e indenização ao Estado das despesas com sua manutenção pessoal.

Um dos problemas enfrentados nas cadeias masculinas e femininas são as drogas. Varella (2017, p. 122) descreve que a cocaína é muito utilizada entre eles, à venda do crack não é tão difundida pela proibição que o PCC instaurou nas cadeias, uma vez que danificava a disciplina e a ordem econômica das cadeias. O surgimento do PCC se espalhou por quase todo o sistema prisional brasileiro e até mesmo no Paraguai, Bolívia, Colômbia, Argentina e Peru, demonstrando ser a mais organizada, ousada, violenta e profissional organização na busca de supremacia e do controle do tráfico de drogas, o comando é um sistema de ideias que se implementa num presídio, favela ou bairro, que se forma e dissemina suas próprias leis, fornece segurança, poder aos seus membros e acesso a bens lícitos.

A evolução do sistema carcerário marcha a passos lentos, existem ocorrências de uma melhora desse espaço, mas a devida importância não é suficiente para a integridade física e moral dos apenados, motivo pelo qual se faz imprescindível discutir a realidade do cárcere feminino, especialmente nas situações em que as apenadas estão vivendo a maternidade.

2 A proteção da maternidade no sistema carcerário brasileiro

No entendimento de Vieira e Veronese (2016, p. 79) a gravidez, o nascimento e conseqüente convívio entre mãe-filho no interior dos estabelecimentos penais faz com que os moldes da execução penal reclamem novas projeções, precisando ser analisada sob a perspectiva dos direitos da criança que é atingida pelo sistema prisional.

Em relação à capacidade de as unidades prisionais possuírem espaço adequado para as mulheres privadas de liberdade, na permanência e amamentação dos seus filhos, o INFOPEN Mulher (2017, p. 31-32) manifesta que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçários e centro de referência materno-infantil. As unidades que declararam oferecer este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês.

As Regras de Bangkok (2016, p. 31-32) definem que o sistema prisional necessitará ser suficiente para atender as obrigações de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos, em que são oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças, a fim de permitir às presas a participação em atividades prisionais, tendo um ambiente saudável.

Em relação a mulher presa, conforme descrito por Ribeiro (2014, p. 41), permanece sendo a possuidora da guarda dos filhos, ela apenas é suspensa até o julgamento determinante pelo crime cometido. A suspensão do poder familiar só ocorre quando é condenada em última instância por crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão, após o cumprimento da pena a mãe voltará a ter a guarda. Quando a família não reivindica a guarda da criança, ela é entregue a uma instituição de acolhimento para ser adotada por terceiros.

Há de se falar sobre o princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente que para Rocha (2017, p. 37) necessita ser envolvido como um princípio orientador, para os juristas e legisladores, ao optarem

pela discussão que melhor atende aos interesses infantojuvenil, que são os destinatários da doutrina da Proteção Integral e da prioridade absoluta de direitos e do melhor interesse.

As decisões para autorizar aos filhos a permanecerem com suas mães na prisão, conforme as Regras de Bangkok (2016, p. 33), devem ser fundamentadas no melhor interesse da criança, que precisa ter o máximo possível de oportunidades de passar o tempo junto de suas mães, como também serviços de saúde na supervisão de seu desenvolvimento. Uma vez afastadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de ocasiões e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Wunder (2014, p. 44) enaltece que vai além da criança e do adolescente, ampliando aos bebês das mães presidiárias, sendo dever do Estado, sociedade e família assegurar esses direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece o direito do infante de permanecer com sua genitora, mantendo os vínculos essenciais.

O artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal, e os artigos 83 e 89, da Lei de Execução Penal, garantem à criança permanecer com a mãe dentro do estabelecimento prisional durante o período de amamentação. O direito da criança à amamentação é garantido no artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer que as instituições e os empregadores propiciem condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Conforme Teles (2004, p. 346), pode o juiz consentir ao condenado do regime semiaberto ou fechado, cumprir sua pena em residência particular, como exemplo, nos casos de doença crônica em sua fase terminal, atendendo aos princípios de humanidade e de respeito ao preso, pois sua morte antecederá qualquer conquista da execução da pena, se tornando desnecessária.

Rocha (2017, p. 26-28), ao tratar da Convenção dos Direitos da Criança, afirma que ela tentou internacionalmente uma nova relação entre o Direito e as crianças, conhecida como doutrina da Proteção Integral, estabeleceu um novo exemplo a ser seguido, colocando as crianças nas garantias integrais, decidindo que cada nação deverá priorizar os interesses das crianças e dos adolescentes tornando-os sujeitos de direitos, possuem peculiaridades especiais em razão da condição de pessoas em desenvolvimento e esses indivíduos devem agir de forma integrada entre família, sociedade e Estado. É resultado de um trabalho conjunto de vários países que durante dez anos examinaram e descreveram quais os direitos humanos comuns a toda população infantojuvenil, afim de respeitar as diversas culturas existentes.

A doutrina da Proteção Integral tem matriz constitucional no ordenamento jurídico em seu artigo 227 CF, que determina ser dever da família do Estado e da sociedade assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Referente ao estatuto da primeira infância, segundo Lopes (2017, p. 9):

A Lei 13.257/2016, que entrou em vigor no mês março de 2016, teve a atenção voltada a ações que resguardam a primeira infância e os interesses das crianças em faixa etária de 0 a 6 anos. Consiste em vários projetos voltados a políticas públicas que promovam prioridade absoluta de crianças que se encontram na primeira infância inclusive os nascituros. Apesar de ser recente publicação do Marco Nacional da Primeira Infância, o conteúdo proposto na lei teve o objetivo de fortalecer tudo o que já havia sido estabelecido sobre o assunto e organizar todas as medidas a serem tomadas para privilegiar

e resguardar as crianças. Além disso, a lei também define que sejam realizados projetos para melhoria de sua execução, visando, sobretudo à criança como cidadã brasileira de absoluta prioridade. Para isso, determina que sejam criadas políticas públicas para um atendimento mais satisfatório dos Direitos da primeira infância, nas áreas da saúde, educação, assistência, alimentação, convivência familiar e com a comunidade, o acesso à cultura e ao lazer, e a devida proteção contra toda forma de violência; isto inclui a pressão consumista e suas imposições.

Conforme Silva (2009, p. 51), a vida carcerária acarreta, conforme o tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade que, entre outros efeitos, provoca: perda da identidade e aquisição de nova identidade, sentimento de inferioridade, empobrecimento psíquico, infantilização e regressão.

Diante disso, seguindo a questão dos prejuízos do ambiente prisional, para Varella (2017, p. 45), a questão da separação dos filhos para a mulher é insubstituível, sendo a perda do convívio com as crianças irreparável, pois não terão o cuidado materno.

Vieira e Veronese (2016, p. 166), ao abordarem a temática, salientam a visão de que o nascituro não cumpre pena, sendo necessária uma avaliação multidisciplinar que contemple as necessidades e direitos da criança face ao Estado, família e sociedade, como resposta ao problema.

É possível, de acordo com Mello (2016, p. 36), classificar os graves problemas relacionados ao sistema prisional em dois grandes grupos. No primeiro, os problemas enfrentados são decorrentes da má gestão pública, falta de empenho público, incapacidade administrativa e técnica, falta de pessoal administrativo, de segurança e de técnicos formados e habilitados para a função. No segundo, há problemas essenciais à própria natureza da pena privativa de liberdade; o isolamento do recluso em relação à sua família, sua segregação em relação à sociedade, a convivência forçada no meio delinquente, o sistema de poder as relações contraditórias e ambivalentes entre os profissionais e os presos.

A pena tem caráter punitivo, porém, em face, muitas vezes, da realidade vivida no sistema carcerária, há uma inversão de valores e princípios, em que os apenados são submetidos a tratamentos degradáveis, sendo punidos e vingados pelos erros cometidos, quando a função principal da pena é a de reabilitar e reeducar o indivíduo para voltar a viver em sociedade. Silva (2009, p. 47) analisa o binômio pena-ressocialização da seguinte forma:

O respeito aos direitos fundamentais do preso não é sinônimo de ressocialização, mas, sim, garantia de direitos e respeito ao princípio da dignidade humana. Estender a compreensão de tal atitude para nela ver uma ressocialização apesar da pena equivale a repetir o mesmo equívoco: convencer por sofisma. Substitui-se o sofisma da ressocialização como objeto da pena por outro sofisma: o da ressocialização, estranha à prisão, e alcançada pelo respeito aos direitos do preso.

Conforme descreve Bitencourt (2014, p. 597), referente aos elevados números de reincidência, é um dos fatores fundamentais da constatação do real fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito que, durante a reclusão, são submetidos a um tratamento ressocializador.

Utiliza-se da argumentação de Oliveira (2013, p. 53), que não pode refletir somente na ideia de novos estabelecimentos penais para a solução dos problemas vivenciados nas prisões brasileiras, mas sim traçar outros caminhos na obtenção de melhores condições aos apenados.

No entendimento de Milanezi (2017, [s/p.]) é imprescindível debater sobre as prisões femininas em conjunto dos outros problemas sociais, é necessário promover ensino universal e profissionalizante ao ingressar no mercado de trabalho para que não recorram ao tráfico para complementar a renda. E também a idealização e a implantação de sistemas prisionais que atendam às especificidades femininas proporcionando uma experiência digna a essas mulheres.

Considerações Finais

O presente trabalho buscou ilustrar os direitos assegurados aos apenados, em especial pela condição feminina, demonstrando a desigualdade social que é fator principal em relação ao aumento dos delitos praticados. As mulheres que chegam grávidas ou que engravidam no cárcere têm que se habituar com a precariedade dos estabelecimentos carcerários, junto das crianças nascidas na prisão que são submetidas a um sofrimento ainda maior devido à falta de locais próprios, sendo submetidos a locais apertados, insalubres e desumanos que não oferece condições mínimas de habitabilidade, juntamente do pouco tempo estabelecido a permanecer com os seus filhos, geralmente após esse período os filhos ficam com familiares fora da prisão.

Vislumbra-se que existe uma visível desigualdade entre o que realmente acontece na prisão e o que é oficialmente declarado, ocasionam sofrimento e dificuldade em se adaptar a uma estrutura inadequada alusiva às suas necessidades, em que a sociedade civil e o poder público pouco tratam sobre o encarceramento, mesmo com a pressão das organizações internacionais pelo evidente crescimento da população carcerária brasileira.

A partir dessa compreensão, nota-se que ainda existe falta de tutela por parte do Poder Público e do Ordenamento Jurídico, apesar do pouco avanço gerado nos últimos anos, esse resguardo a integridade física e moral dos apenados assegurados deveria ter uma atenção maior, juntamente a luz da lei.

É necessária uma revisão das noções que visa a dignidade da pessoa humana como prisma fundamental, a fim de evitar o rompimento de laços familiares essenciais na vida das apenadas com seus filhos, pois, no momento que a criança se torna alvo da execução penal, ela tem uma infância confinada, prejudicando seu desenvolvimento que são assegurados pelo princípio da Proteção Integral, sendo necessária uma análise sociojurídica do caso, especialmente dos direitos que não lhe são resguardados e afrontam diretamente à dignidade humana no cárcere.

Referências

- ARTUR, Angela Teixeira. **As origens do Presídio de mulheres do estado de São Paulo**. 2011. 158f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-31052012-163121/pt-br.php>> Acesso em: 03 de abril 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas**. Conselho Nacional de Justiça. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 03 de abril 2019.
- _____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento penitenciário nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 03 de abril 2019.
- GRECO, Rogério. **Curso De Direito Penal**, 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- LOPES, Cinara Cecília Mendonça. **As mulheres em situação de prisão e o direito à convivência familiar sob a ótica da questão de gênero**. 2015. 52 f. Monografia (especialização) Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/AS-MULHERES-EM-SITUA%C3%87%C3%83O-DE-PRIS%C3%83O-E-O-DIREITO-%C3%80-CONVIV%C3%80NCIA-FAMILIAR-SOB-A-%C3%93.pdf>>. Acesso em: 03 de abril 2019.
- LOPES, Talita Lima. **Análise Da Lei 13.257/2016 Com Ênfase Na Manutenção Do Poder Familiar Da Pessoa Presa Em Benefício Do Infante**. 2017. 61f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Sabará. Minas Gerais - Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<https://www.faculdadesabara.com.br/media/attachments/monografias/TALITA.pdf>>. Acesso em: 03 de abril 2019.
- MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: Vivência de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MILANEZI, Larissa. **Mulheres Invisíveis: a difícil realidade das prisões femininas**. Março de 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/prisoas-femininas-realidade/>>. Acesso em: 03 de abril 2019.
- OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. **A Linguagem no cotidiano prisional: Enigmas E Significados**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.
- PIZOLOTTO, Leticia Costa. **A Lei 11.343/2006 e o aumento de mulheres encarceradas**. 2014. 44 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIJUI - Universidade Regional Do Noroeste Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2553>>. Acesso em: 03 de abril 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 8 ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

RIBEIRO, Rosangela Rocha. **A relação de convivência entre mulheres encarceradas e seus filhos e/ou filhas recém-nascidos/as no conjunto penal feminino de Salvador-Bahia**. 2014. 62 f. Monografia apresentada à Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Estudos de Gênero e Diversidade. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16841>>. Acesso em: 03 de abril 2019.

ROCHA, Laura Helena. **As mudanças decorrentes do marco legal da primeira infância e proteção integral dos filhos dos presos**. 2017. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/177386>>. Acesso em: 03 de abril 2019.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1**. São Paulo: Atlas, 2004.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A proteção da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WUNDER, Patrícia Talita Steiernagel. **Reflexões sobre o art. 5º, inciso I, da constituição federal de 1988, e as condições das mulheres encarceradas no período de gestação e aleitamento materno**. 2014. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIJUI - Universidade Regional Do Noroeste Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2564>>. Acesso em: 03 de abril 2019.

O SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A SUA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO¹⁶⁴

Luciano da Silva Ramos¹⁶⁵

Maicon Roberto Rodrigues Staforti¹⁶⁶

Marcelo Costa Cacinotti¹⁶⁷

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a evolução histórica referente à inserção no mercado de trabalho das pessoas com deficiência. O estudo perpassa uma análise no sistema nacional de cotas e o confronto da exigência legal de inserção, a fim de verificar se as pessoas jurídicas de fato contratam PNE (pessoas com necessidades especiais) com base no princípio da igualdade ou se apenas buscam cumprir as determinações da Lei N° 8.213/91, evitando, assim, as penalidades legais. Os deficientes, historicamente, sempre foram marginalizados e excluídos do resto da sociedade. A preocupação com este quadro somente se verifica após a Revolução Francesa (1789), tendência que se materializou a partir do surgimento de oportunidades para as PNE se qualificarem e terem chances de colocação no mercado de trabalho. Contudo, os direitos da PNE só se concretizaram no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, juntamente com a implantação das cotas nos concursos públicos por força da Lei 8.213/91 que reserva cotas para deficientes físicos em empresas privadas, garantindo assim mais direitos a eles. O método escolhido e utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o dedutivo, por meio de pesquisa teórica doutrinária, e exame de material documental legal, para assim ter um aprofundamento maior no assunto e esclarecer as dúvidas pertinentes, bem como para sanar o problema identificado. Conclui-se pela necessidade de defender o direito das pessoas com deficiências perante ao mercado de trabalho.

164. Artigo desenvolvido para apresentação no Simpósio dos Pensadores do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta – Unicruz.

165. Autor do artigo. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – Unicruz, RS, Brasil. E-mail: lrms23@gmail.com

166. Autor do artigo. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta- Unicruz, RS, Brasil. E-mail: staforti@hotmail.com

167. Orientador do artigo. Docente da Universidade de Cruz Alta – Unicruz, RS, Brasil. Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil. E-mail: mcccacinotti@hotmail.com

Considerações iniciais

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a evolução histórica e assim compreender os desafios das pessoas com deficiência na inclusão ao ambiente de trabalho, explicando o sistema de cotas e a inserção desses no mercado de trabalho, a fim de verificar se as empresas contratam as pessoas com deficiência baseadas no princípio da solidariedade, ou se apenas contratam buscando se enquadrar na Lei Nº 8.213/91¹⁶⁸, e consequentemente não arcar com pesadas multas aplicadas às empresas que descumprem a mesma.

O interesse pela temática surgiu a partir da vivência diária, ao perceber que pessoas com deficiência podem ser tão capazes quanto qualquer pessoa despertando assim o desejo de compreender mais sobre o motivo de precisar de uma Lei para que tais pessoas tenham condições de ter acesso ao mercado de trabalho.

O método escolhido e utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o dedutivo, por meio de pesquisa teórica doutrinária, e exame de material documental legal, para assim ter um aprofundamento maior no assunto e esclarecer as dúvidas pertinentes, bem como para sanear o problema identificado.

Fazendo-se uma retrospectiva histórica do tratamento realizado à pessoa com deficiência, desde a Idade Média até a efetivação da Constituição Federal de 1988. Considerando a Constituição Federal juntamente com a Lei de Cotas como grande avanço na lei brasileira e uma vitória para as pessoas deficientes.

As cotas para deficientes nas empresas foram criadas com a intenção de aumentar o número de deficientes no mercado de trabalho, proporcionando o benefício de certo número de vagas para um determinado grupo de pessoas que são ligados por algum motivo, possibilitando que tenham reais chances de competir igualmente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho.

2 Aspectos históricos

Os deficientes físicos sofrem historicamente, não só fisicamente, mas também com preconceitos por parte da sociedade e seus costumes, até a idade moderna os deficientes eram marginalizados e excluídos do resto da sociedade, eram assassinados cruelmente e serviam como cobaias para diversos fins, após a Revolução Francesa (1789) a visão para as pessoas com deficiência começou a mudar, o médico e matemático italiano Gerolamo Cardano desenvolveu um método de comunicação para pessoas com deficiência auditiva para que pudessem aprender a ler e escrever, posteriormente na metade do século XIX foi cogitada a possibilidade de que pessoas com deficiência física pudessem fazer parte da força laboral francesa, tal cogitação foi concretizada por Napoleão Bonaparte ao ordenar que seus generais tivessem maior atenção aos soldados feridos em guerra e tivessem algum trabalho condizente com as limitações resultantes (GUGEL, 2007).

Ainda segundo Gugel, 2007 Napoleão Bonaparte determinou também que fosse criado um método seguro para que os oficiais do exército francês pudessem se comunicar com segurança, tal tarefa foi incumbida ao oficial Charles Barbier, que criou o método e também o levou ao conhecimento dos jovens do Instituto Nacional dos Jovens Cegos de Paris, um desses jovens, Louis Braille, na época com 14 anos de idade, aprimorou o método desenvolvido pelo oficial Barbier e acabou por criar o que hoje conhecemos como leitura braille.

Porém, em 1939, Adolf Hitler declara guerra à Polônia, dando início à segunda guerra mundial e por meio de uma ordem, assinada pelo próprio *führer* (líder), essa ordem era de que tivesse início o programa de

168. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

eutanásia nazista, tal programa tinha por objetivo exterminar doentes incuráveis, idosos e deficientes físicos, entre os anos de 1939 até 1941, mas que prosseguiu extraoficialmente após o período determinado pelo *führer*. (GUGEL, 2007)

O programa de eutanásia em massa foi oficialmente encerrado em 1941, mas constatou-se que as execuções persistiram até o final da guerra, chegando-se à estimativa de que 275 mil adultos e crianças com deficiência morreram nesse período e, outras 400 mil pessoas suspeitas de terem hereditariedade de cegueira, surdez e deficiência mental foram esterilizadas em nome da raça ariana pura. (GUGEL2007)

Enquanto isso, no mesmo período, nos EUA, estavam sendo concretizadas as primeiras ações afirmativas (RODRIGUES, 2005), por parte do então presidente Franklin Delano Roosevelt, e com o final da segunda guerra foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade, dentre outras, de reabilitar os feridos deixados pela segunda grande guerra e também de que não mais houvesse tais atrocidades.

O objetivo da população com deficiência física, movimentada desde a Revolução Francesa de 1789, em que as conquistas possibilitaram, mesmo que de forma não suficiente, a consolidação da concepção de cidadania, é a formação de uma sociedade evoluída coletivamente, como conquista fundamental obrigatória. Esse desafio secular implicando mudança de mentalidade provoca uma vivência onde permaneçam princípios progressistas para os seres humanos: tolerância, reverência, harmonia e relacionamento sociável com dignidade e decência de ações e atitudes, buscando aprimorar uma socialização.

2.1 Beneficiários das cotas

Para muitas pessoas da sociedade as pessoas com deficiência são consideradas um fardo pesado para a sociedade, porém quem tem o mínimo de interesse neste assunto percebe que as pessoas com deficiência querem apenas fazer parte da sociedade e ter uma vida normal apesar de suas limitações.

Segundo Goldfarb (2009, p. 119), para a estipulação de projetos e ações com vistas a proporcionar maior igualdade material, se faz necessário estabelecer a quem serão destinadas às ações. No caso das ações afirmativas, em tela, os beneficiários são os deficientes físicos. O processo de exclusão historicamente imposto às pessoas com deficiência deve ser superado por intermédio da implementação de políticas afirmativas e pela conscientização da sociedade acerca das potencialidades desses indivíduos.

As cotas para deficientes físicos nas empresas foram criadas com a intenção de aumentar o número de deficientes no mercado de trabalho. Essa medida segue a mesma regra que as cotas para negros no ensino superior e para mulheres nos partidos políticos. O sistema de cotas proporciona o benefício de certo número de vagas para um determinado grupo de pessoas que são ligados por algum motivo: raça, sexo, condições de saúde, etc., ou seja, as cotas objetivam favorecer um grupo que pode ou não ser uma minoria. Neste caso, trata-se de uma retratação aos deficientes físicos pelo que sofreram durante vários séculos (GOLDFARB, 2009, p. 119).

Primeiramente, com vista a possibilitar a aplicabilidade das ações afirmativas, é necessário que se estabeleça qual grupo será beneficiado por essas políticas, como será explanado nos próximos parágrafos. Para a fixação dos beneficiários das cotas, são tidas por base as características imutáveis inerentes a um indivíduo

a influir na definição de oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, ascensão na carreira profissional e desempenho nas atividades atribuídas, enfim, fatores que influem significativamente na vida pessoal.

Porém, não serve apenas pertencer a qualquer grupo, para se beneficiar das programações. Vários critérios de valor carecem satisfatórios para alguém ficar qualificado em favorecimento, conforme sua natureza particular no país e no momento histórico. Importante destacar que os portadores de deficiência não se limitam a um grupo específico, distribuem-se entre indivíduos de diferentes sexos, idades, etnias, classes sociais, regiões, como aplica LOUREIRO (1998, p.18):

Podem estar incluídos no universo das pessoas portadoras de deficiências homens ou mulheres de qualquer faixa etária, de qualquer raça ou etnia, de qualquer religião ou que tenham nascido deficientes ou que tenham adquirido a deficiência durante a vida. Portanto, o contingente de pessoas portadoras de deficiência é heterogêneo, e representa a única minoria social a qual qualquer um poderá, em alguma ocasião, pertencer. A existência de pessoas portadoras de deficiência reflete simplesmente uma consequência da fragilidade da vida humana.

Ainda conforme a autora, para a identificação de um indivíduo como elemento de uma minoria não é tão simples, pois é necessária a adoção de certos critérios para essa identificação.

A partir daí, questiona-se acerca do desempenho profissional e da capacidade para desenvolver determinadas tarefas no meio laboral, além de outros critérios como conceituar deficiência, com o propósito de proteção legal, como uma limitação física, mental, sensorial ou múltipla, que incapacite a pessoa para o exercício de atividades normais da vida e que, por motivo dessa incapacitação, a pessoa tenha dificuldades de inserção social. Dessa forma poderá ser estabelecido quem são os reais beneficiários das políticas de reserva de vagas.

No caso de haver dispensa do trabalhador reabilitado, a empresa deverá substituí-lo imediatamente por outro nas mesmas condições, visto que há uma quantificação de vagas com estabilidade em caráter individual ao trabalhador beneficiário reabilitado, porém, com esta substituição, não haverá a redução das cotas reservadas a seus beneficiários.

É através da inclusão de cotas para deficientes físicos nas empresas que poderá ser superado o assistencialismo e possibilitará uma inserção digna ao mercado de trabalho. A partir desta inclusão o deficiente físico deixará de fazer parte de um programa assistencialista e fará parte da dignificante força laboral que ajuda a manter o país.

2.2 Definição de preconceito

A partir de um exame de circunstâncias esclarecedoras da presença do deficiente físico no meio social brasileiro, percebe-se de modo efetivo a segregação em nossa sociedade, fator que o leva a uma sensação de inferiorização ao perceber a sua identidade – valor humano, força de trabalho – sendo menosprezado numa tentativa de total aniquilamento. De acordo com a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, que pode ser citada como a Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), de 1958, ratificada pelo Brasil, o termo “discriminação” compreende no art. 1º:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Em nossa Carta Magna¹⁶⁹, encontram-se inúmeros dispositivos que vedam a discriminação. Nesse diapasão, a contratação de pessoas com deficiência deve ser vista como qualquer outra, eis que se espera do trabalhador nessas condições, profissionalismo, dedicação, assiduidade, enfim, atributos ínsitos a qualquer empregado. Não se quer assistencialismo, e sim oportunidades.

A sociedade inverte os valores julgando através de impressões quanto à aparência, quando deveria julgar pelas atitudes. O portador de necessidade especial é posto a margem do convívio social, muitas vezes dentro do próprio seio familiar, ocorrendo sua segregação ao ser reduzido a uma pessoa sem vontade própria ou identidade definida. É exatamente esta a expressão mais perversa do preconceito, que consiste em negar, a uma parcela de nacionais, a igualdade e a individualidade plenas desfrutadas por outras, segregando-a no acesso a bens, serviços e emprego, ou ainda limitando-a nos seus direitos à cidadania.

O conceito de deficiente físico no Brasil, segundo o art. 20, parágrafo segundo, da Lei Nº 8.742/93¹⁷⁰, mais conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), era de que deficiente físico “é a pessoa incapacitada para o trabalho e para a vida independente”, porém em 30 de março de 2007, com a assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, houve alteração na concepção trazida pela Lei Nº 8.742/93.

A expressão “pessoas com deficiência” é um termo que se estende não só aos deficientes físicos como também aos idosos, gestantes, enfim, qualquer pessoa que necessite de tratamento diferenciado em razão de sua condição física. A Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade da Pessoa com Deficiência (Decreto Nº 6.949/2009¹⁷¹) decidiu que o termo correto a ser utilizado para se referir a este grupo de pessoas é “pessoas com deficiência” (TSUTSUI, 2014).

Para a referida autora sete foram os motivos dados pela convenção para que se chegasse a este denominador comum, dentre eles estão: Não esconder ou camuflar a deficiência, mostrar com dignidade a realidade, valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência e defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais em termos de direitos e dignidade. A referida convenção foi ratificada pelo Brasil e por se tratar de assunto que versa sobre Direitos Humanos e ter sido aprovada em dois turnos por cada Casa do Congresso Nacional e por 3/5 dos votos dos parlamentares de cada Casa, tornou-se o primeiro tratado internacional a ter *status* de Emenda Constitucional no Brasil.

169. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

170. Dispõe: sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

171. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Sob outro ângulo, Araújo (2003, p. 23) define o deficiente como sendo aquele que não consegue se adaptar ao meio social, ou seja, é aquele que possui dificuldades em relacionarem-se com outras pessoas, ressaltando que:

O que difere a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzida. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Ainda que o deficiente no uso de suas aptidões possua limitações, poderá ser tão quanto ou mais produtivo que qualquer outra pessoa. Uma vez dada oportunidade de trabalho a este, seu convívio com a sociedade será positivo. O trabalho engrandece e dignifica o homem, desde seja realizado de forma livre e compensado satisfatoriamente, tornando-o útil à sociedade. Genaura Tormin (2009), escritora do livro *Pássaro sem Asas*, ratifica essa máxima ao aduzir que: “a sociedade não sabe conviver com essas pessoas”, pois falta informação e interesse para isso, “ainda não conseguiu entender que o maior potencial humano é a mente e, se essa está ílesa, a vida é possível e o trabalho é digno dentro da capacitação”.

Muitos portadores de necessidades especiais estão em busca apenas de uma chance para poder mostrar seus conhecimentos e habilidades e que se não fosse pelo preconceito da sociedade em geral não precisariam de uma Lei que determina que haja uma reserva de vagas no mercado de trabalho destinada a eles.

2.4 Critérios para a definição dos beneficiários das cotas

A Lei 8.213/91 tem como um de seus princípios norteadores o princípio da igualdade, para que pessoas com deficiência tenham direito a trabalhos dignos como qualquer outra pessoa, portanto não seria admissível que houvesse desigualdades no momento da contratação dessas pessoas com deficiência. Na seleção de empregados com deficiência (ou não), não podem ser usados critérios pessoais. Somente os necessários para exercício da atividade podem ser exigidos. Se os requisitos não forem estritamente técnicos, “quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível” a empresa incorre em infração trabalhista e até penal por discriminação (art.373-A, I, II, V, da CLT¹⁷², c/c art. 1º da Lei Nº 9.029/95).

O Decreto Nº 3.298/99, cuja redação foi atualizada após longas discussões no Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), pelo Decreto Nº 5.296/04, considera pessoa portadora de deficiência da seguinte forma:

- I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
- II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
- III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

172. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, deverá ser observada a norma regulamentar, podendo a empresa ser penalizada e o trabalhador por ela contratado não ser considerado cotista. Desse modo pessoas que tenham um baixo grau de deficiência física, não poderão ser consideradas ideais para preencherem as vagas destinadas pela Lei Nº 8.213/91.

Entende-se por pessoa portadora de deficiência aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo INSS. Como também, a pessoa com deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, §§ 2º e 3º, do Decreto Nº 3.298/99).

Dessa forma, considera-se reabilitação não somente a adaptação social, psicológica, educacional e profissional, é utilizada uma metodologia que permite alcançar máximo desenvolvimento de toda pessoa atingida por uma limitação. Há também a possibilidade de que o deficiente em processo de reabilitação descubra outras habilidades e consiga exercer a nova profissão sem que sua deficiência interfira de alguma maneira suas atividades e possa ser reinserido normalmente ao mercado de trabalho. participação na vida comunitária (Decreto Nº 3.298/99, art. 31). “A reabilitação torna a pessoa novamente capaz de desempenhar suas funções ou outras diferentes das que exercia, se estas forem adequadas e compatíveis com a sua limitação”.

Pode ser entendida como uma prática discriminatória a empresa que se concentra em um tipo único de deficiência, pois a finalidade da legislação é garantir o acesso ao trabalho a todas as categorias de deficiência (art. 7º, XXXI, da Constituição Federal, c/c art. 4º da Recomendação nº 168 da OIT¹⁷³). Do mesmo modo pode ser considerado discriminação, a empresa que contrata pessoas seletivamente de acordo com as suas deficiências, optando por deficientes com baixo grau de deficiência física. O que deve ser levado em consideração pela empresa no momento de contratar é a pessoa e não a deficiência que ela possui (art. 7º, XXXI, da Constituição Federal, c/c art. 3º da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência).

O exame de admissão que será realizado por médico habilitado, é o método utilizado para poder identificar a condição de deficiente físico e também para que seja alocado em setor compatível com suas habilidades e limitações. Os trabalhadores que ficam expostos a riscos ou que sejam doentes crônicos deverão fazer o referido exame anualmente, após o exame será emitido, pelo médico, o atestado que poderá ser apto ou inapto para a função. O exame médico ocupacional é de primordial importância para avaliação da capacidade laborativa das pessoas com deficiência, objetivando melhorar a sua colocação e inclusão na empresa.

Poderá também ser meio de comprovação que o trabalhador é capacitado para determinada atividade o Certificado de Reabilitação Profissional, em que o INSS fornecerá ao segurado (PREVIDÊNCIA SOCIAL):

[...] recursos materiais necessários à reabilitação profissional, incluindo taxas de inscrição e mensalidades de cursos profissionalizantes, implementos profissionais (materiais indispensáveis ao desenvolvimento da formação/treinamento profissional), instrumentos de trabalho (materiais imprescindíveis ao exercício da atividade laborativa), transporte, alimentação, próteses e órteses.

173. Convenção nº 168 de 01 de junho de 1988. Convenção Relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego.

Sendo assim, é imprescindível a criação de mecanismos destinados à verificação da veracidade dos dados fornecidos pelo pretense beneficiário das políticas, de forma a evitar que sejam obtidas vantagens através de falsas declarações. Deste modo, impossibilitar que sejam desvirtuados os objetivos da política estabelecida.

Dados divulgados pelo Censo realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), o qual mostra que 23,9% da população brasileira tem algum tipo de deficiência, esse número corresponde a 45,6 milhões de pessoas.

Ao vermos um número alto de deficientes físicos, cabe uma reflexão, qual seja, destinar as vagas oriundas das cotas aos que realmente necessitam, nesse sentido, pertinente trazer o entendimento de Lopes (2001, p. 67) quanto a importância da fiscalização das pessoas que ingressam no mercado de trabalho através da Lei n 8.213/91, que aduz:

Só tem sentido reservar vagas para pessoas que efetivamente se encontrem em situação de desvantagem no mercado de trabalho. Daí a importância de estabelecer critérios razoáveis para a definição da pessoa com deficiência. Porque não é qualquer imperfeição humana que pode gerar discriminação ou dificuldade para inserção no mercado laboral. Daí porque uma pessoa que tem pequenas perdas auditivas não merece a mesma proteção daquela que é surda ou cadeirante.

As empresas muitas vezes não contratam as pessoas com deficiência por medo do impacto que causará em seus clientes e nos demais colegas de trabalho e para que esse impacto seja o menor possível optam por pessoas com grau leve de deficiência.

3 Fiscalização

A Lei 8.213/91 foi publicada, mas até meados de 1.999 ela não tinha um nível satisfatório de abrangência por parte das empresas, pois ainda não tinha sido definida a forma que tais empresas seriam fiscalizadas, porém com a publicação do Decreto 3.298/99 foi definido como seriam feitas tais fiscalizações e a partir deste Decreto houve um aumento significativo no número de empresas contratando pessoas com deficiência.

Segundo Elsner, (2012) a fiscalização das empresas que possuem mais de 100 funcionários e se enquadram no sistema de cotas para pessoas com deficiência (PCD), instituído pela Lei N° 8.213/91, é realizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e também pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Ambos são incumbidos de realizar a referida fiscalização, porém com atribuições distintas um do outro, o Ministério Público do Trabalho, que é um órgão essencial à Justiça, mas que não possui vinculação funcional com nenhum dos três poderes do Estado, tem o dever de fiscalizar as empresas que se enquadram no sistema de cotas e tentar uma negociação com as empresas que não estiverem cumprindo o que diz a legislação, tal negociação se dará através de um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), no entanto, se tais empresas não conseguirem se adequar ao sistema de cotas mesmo após o Termo de Ajuste de Conduta, o MPT poderá ajuizar uma Ação Civil Pública contra estas empresas.

Ainda conforme a autora, a parte que cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego também é de fiscalizar, e ao identificar as empresas que não estão se adequando ao sistema de cotas poderá aplicar multas

que partem de um valor de R\$ 1.812,87 por trabalhador que deixar de ser contratado até um limite de R\$ 181.284,63.

Os valores arrecadados com as multas serão destinados ao FAT (Fundo de Amparo do Trabalhador) conforme determina a Lei Nº 7.853/89¹⁷⁴. No dia 28 de outubro de 2003, foi publicada a Portaria Nº 1.199 esclarecendo como seriam calculadas as multas a serem aplicadas em caso de descumprimento das empresas, previstas no art. 93 da Lei Nº 8.213/91. (BRSIL1991). De acordo com esta Portaria empresas que tenham de 100 a 200 empregados terão o número de trabalhadores deficientes ou reabilitados que não foram contratados, multiplicados pelo valor mínimo legal da multa, acrescidos de 0 até 20% do valor.

Para empresas que tenham de 201 a 500 empregados o cálculo será o mesmo que o caso anterior, porém será acrescido um valor de 20 a 30% do valor, para empresas que contam com 501 a 1.000 empregados o valor acrescido será de 30 a 40%, e para empresas que contam com mais de mil empregados será acrescido de 40 a 50% do valor da multa (GOLDFARB, 2009, p. 134).

Cabe ressaltar que as empresas que tenham necessidade de contratar pessoas com deficiência ou pessoas reabilitadas podem procurar as agências de emprego dos estados, no caso do Rio Grande do Sul, o FGTAS SINE (Fundação Gaúcha do Trabalho e Ação Social), essas agências têm uma lista de pessoas com deficiência ou reabilitadas que podem ser indicadas para as empresas, além de publicação da necessidade de contratar em jornais de grande circulação.

As Leis Nº 8.213/91 e Nº 13.146/15¹⁷⁵ que tratam sobre inclusão de pessoas com deficiência têm como finalidade possibilitar sua independência e contribuição ativa para a sociedade, fazer cessar ou reduzir o *status* de inferioridade em que muitas vezes os portadores de deficiência encontram-se, promover medidas eficazes para a prevenção e reabilitação da deficiência, garantir a igualdade em todas as áreas.

Podemos ver na prática como é feita a referida fiscalização das empresas como exemplo é possível citar um caso recente, onde a Caixa Econômica Federal (CEF) foi denunciada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), ACP nº 0000121-47.2016.5.10.0007, após ter realizado um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), por descumprir o seu dever legal em destinar vagas para pessoas com deficiência. No dia 30 de agosto de 2017, a juíza substituta da 6ª Vara do Trabalho de Brasília, Dra. Maria Socorro de Souza Lobo, proferiu sua sentença na qual condenou a CEF ao pagamento de R\$ 1.000.000,00. Consta no dispositivo a sentença:

Ex positis, a 6ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA - DF rejeita as preliminares e, no mérito, julga procedente em parte o pedido formulado por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO), em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, para condenar a reclamada ao cumprimento das obrigações e pagamento das parcelas deferidas, após o trânsito em julgado, tudo conforme fundamentação retro que passa a fazer parte deste dispositivo como se nele estivesse.

De acordo com Ribas (2010), a entrada em vigor do Decreto Nº 3.298/99, ficou claro que a maioria das empresas com mais de 100 empregados contratam as pessoas apenas para escapar das pesadas multas

174. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

175. Institui a Lei brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência.

estipuladas pela Lei Nº 8.213.91. Isso porque o referido Decreto determinou a forma de fiscalização e que Ministério Público do Trabalho (MPT) e Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ficariam incumbidos de realizar tal fiscalização.

Percebendo que o poder público não abrandaria a fiscalização, as empresas partiram em busca de pessoas com deficiência para contratar. Contudo, algumas delas já autuadas e outras pressentindo que a autuação seria iminente, começaram a contratar às pressas, frequentemente de forma atabalhoada, e quase sempre sem planejamento adequado de inclusão de pessoas com deficiência na cultura organizacional. Saíram em busca de empregar imediatamente porque o auditor fiscal ou o promotor estava para bater na porta a qualquer momento. Isso levou também à rápida constatação de que muitos contratados não tinham o perfil desejado. E, quando isso aconteceu, pessoas com deficiência foram demitidas, ou colocadas em funções irrisórias apenas para que a lei fosse cumprida (RIBAS, 2010, p. 211).

Considerações finais

Acredita-se que foi possível debater razoavelmente a ideia do sistema de cotas, assim como os fatores que embasam a implantação desse sistema protetivo de inclusão aos deficientes físicos no mercado de trabalho em face do princípio da igualdade.

A efetivação deste princípio é dever primordial de toda nação democrática. A busca pela igualdade deve ser incessante porque disto decorre a convivência com os direitos humanos elementares.

O sofrimento por que passa a nação brasileira deriva da péssima distribuição do que se produz e não tem outra razão, senão o fracasso no atingimento da efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades, que tem como consequências as piores realidades, quais sejam, o desemprego, a fome e a violência sem limites, presentes hoje nos quatro cantos deste país.

A reserva de vagas é compreendida como uma questão de ética, suas bases se orientam como particular interpretação de justiça social, aliviando o peso de um passado discriminatório, devido à história de segregação e isolamento, trazendo oportunidades semelhantes às minorias.

De um modo específico, a implantação do sistema de cotas para deficientes físicos nas empresas é considerada uma forma de reparar as desigualdades e injustiças historicamente acumuladas, tendo a função de promover a equiparação de tratamento e de oportunidade, construir uma democracia de resultados, valorizando a heterogeneidade e trazer efeitos imediatos e consequentes. Esse sistema não apenas proporciona uma maior convivência com a diversidade, mas também provoca a ruptura dos estigmas culturais que povoam o imaginário coletivo, rompendo os estereótipos.

Entendemos que a adoção dessa norma no campo laboral, é vista como providência isolada do contexto socioeconômico brasileiro, medida paliativa e artificial, uma vez que a maior discriminação é primeiramente social. A conquista e a posse dos direitos da cidadania, bem como a garantia de que os deficientes físicos possam ter seus direitos respeitados, certamente vão requerer muito mais que a implementação de políticas de ação afirmativa entre nós.

É necessário mudar o conceito da pessoa portadora de deficiência física perante a sociedade, ainda que suas qualidades não sejam ressaltadas, ao menos deverá ocorrer sua inclusão social e isto somente é possível através do trabalho, pois dessa forma não existe uma caridade, mas o respeito ao princípio da igualdade.

As políticas existentes para inclusão das pessoas com deficiência atacam consequências, e não as causas da insuficiência de renda (SILVA D., 2013). É importante pensar em ações complementares que deem motivações para que esse grupo possa avançar de maneira mais autônoma e independente diminuindo visivelmente a exceção privilegiada de empregados conceituados como “normais”.

Tudo isso, propicia a pessoa com deficiência inserida no mercado de trabalho, a possibilidade de estabelecer objetivos para sua vida, que por sua vez, o levará a fortalecer e encorajar a busca destes, por sua própria vontade e iniciativa, entendendo o benefício do qual pode apropriar-se.

Assim, a reserva de vagas para inclusão do portador de necessidade especial é uma alternativa tendente a atenuar a persistência da desigualdade estrutural que corrói a realidade brasileira, permitindo que haja a concretização da justiça em sua dupla dimensão: redistribuição (mediante a justiça social) e reconhecimento (mediante o direito à visibilidade de grupos excluídos).

O sistema de cotas nas empresas privadas ou na Administração Pública não deverá ser considerado como uma proteção paternalista, mas a própria revelação do Direito do Trabalho, o qual tem como função primordial assegurar o cumprimento da lei, de modo a trazer igualdade real entre as pessoas, impedindo de tolher as desigualdades existentes em virtude de fatores de segregação.

Em consequência das fiscalizações, em que as empresas foram submetidas à imposição legal as empresas começaram a contratar as pessoas com deficiência apenas para escaparem das multas, entretanto muitas das empresas não estão adequadas para dar uma boa estrutura de trabalho para essas pessoas.

Antes de qualquer contratação de uma pessoa com deficiência deve haver uma preparação do ambiente em que esta pessoa será alocada para desempenhar suas funções, deve ser observado a estrutura física deste ambiente e toda a questão de acessibilidade para que não haja uma desmotivação desta pessoa.

Ademais deve ser observada a questão humana deste ambiente de trabalho, não só a pessoa com deficiência deve ser preparada e treinada para o desempenho da função, mas também colegas de trabalho para que não cometam atos preconceituosos, tampouco bullying com os colegas deficientes.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: 3. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Ética e Jeitinho Brasileiro**: Por que a gente é assim? 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As Cotas na Universidade Pública Brasileira**: Será esse o caminho? Campinas: Autores associados, 2005.

BRASIL. **Cartilha do Senso 2010**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. 32 p. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Convenção N° 168 de 01 de junho de 1988**. Convenção Relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/conv168oit.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. **Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências**. Disponível em: <http://portal.ua.pt/nee/documentos/politicas/decl_onu_75.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. **Decreto N° 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei n o 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa

Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. **Decreto N° 5.296 de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis n°s 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Decreto N° 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei N° 5.452, de 1° de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Lei N° 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei N° 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Lei N° 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso: 23 maio 2018.

_____. **Lei N° 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8742.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei N° 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho,

e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9029.htm>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. Ministério da Previdência Social. **Reabilitação Profissional.** [20--]. Disponível em:

<<http://qualidade.ieprev.com.br/UserFiles/File/CARTILHA%20MPS%20REABILITACAO%20PROFISSIONAL.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (10ª Região). 6ª Vara do Trabalho de Brasília – DF. **ACP nº 000121-47.2016.5.10.0007.** Autor: MPT10 - Ministério Público do Trabalho da 10ª REGIÃO. Réu: Caixa Econômica Federal. Juiz do Trabalho Substituto Maria Socorro de Souza Lobo. Brasília, 30 de ago. de 2017.

CONVENÇÃO (111). Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. **Sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.** 1958. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20%20n%C2%BA%20111\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20%20n%C2%BA%20111).pdf)>. Acesso em: mar. 2018.

ELSNER, Larissa: **Uma análise legal sobre o sistema de cotas para pessoas com deficiência e repercussões no âmbito do trabalho.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/larissa_elsner.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico.** Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/preconceito>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

GOLDFARB, Cibelle Lineiro. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação com o emprego.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 12 fev. 2018.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro; ROCHA, Geraldo Celso (Coord.). O MPT e a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho: importância da fiscalização relativa às pessoas apresentadas como deficientes pela empresa; o caso da surdez. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, set. 2001. Acesso em: 16 nov. 2017.

MAIOR, Isabel Loureiro. Políticas sociais para as pessoas portadoras de deficiência no Brasil. **Revista Ação pela Cidadania**, n. 1. São Paulo, p. 18, maio 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PORTAL BRASIL. **Cresce número de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal.** 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/09/cresce-numero-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho-formal>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

RAMALHO, Cristina Ednéia; SOUZA, Resende João Batista. **Dificuldades da inclusão do deficiente físico no mercado de trabalho**. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/msnp3KrdnoUlhbw_2013-4-26-12-19-25.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

RIBAS, João Baptista Cintra. **Trabalho e pessoas com deficiência**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas nos EUA e sua legitimidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Discentes/PDF/Acoes%20afirmativas%20nos%20eua%20e%20sua%20legitimidade%20no%20brasil.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

SCHNEIDER, Yuri. **A função Social das Ações Afirmativas no Estado Democrático de Direito: As Sanções Premiais como Retribuição à Discriminação Positiva**. 2013. Disponível em: <<http://www.fadurpe.com.br/mda/docs/acao%20afirmativa%20e%20funcao%20social.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

SILVA, Diego Nassif. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SILVA, Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

TORMIN, Genaura. **O deficiente físico sob a luz da lei**. 2009. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/614333>>. Acesso em: 23 set. 2017.

TSUTSUI, Priscila Fialho. **O novo conceito de pessoa com deficiência**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-conceito-de-pessoa-com-deficiencia,47458.html>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.152/2015: uma análise a partir das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro¹⁷⁶

Luiz Alberto Fagundes Jorgens¹⁷⁷

Aline Antunes Gomes¹⁷⁸

Resumo

A Constituição Federal tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim, a partir de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, o presente artigo analisa a (in) constitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 que regulamenta os reajustes do salário mínimo nacional em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerações iniciais

A Constituição Brasileira de 1988 apresentou significativo progresso de cunho social em relação às anteriores, especialmente porque se vivia em um período extremamente conturbado, marcado pela Ditadura Militar que abrangeu os anos de 1964 a 1985.

A República Federativa do Brasil tem por objetivos fundamentais, conforme disposto no artigo 3º do texto constitucional¹⁷⁹, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantidora do desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais, bem como, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

176. Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

177. Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: fagundesjorgens.la@gmail.com.

178. Orientadora da pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). Advogada. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela Unijuí (RS). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: algomes@unicruz.edu.br.

179. 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.

Além disso, estabelece como direitos sociais, conforme artigo 6º da Constituição Federal¹⁸⁰, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Contudo, a realidade brasileira não tem sido condizente com o texto constitucional, uma vez que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), posição do ano de 2017, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza¹⁸¹. Essa situação está diretamente relacionada aos valores percebidos pelos trabalhadores brasileiros, em especial os trabalhadores assalariados, que recebem a atualização do salário mínimo nacional a partir da previsão descrita na Lei nº 13.152/2015, pois nem sempre a remuneração é suficiente para garantir o mínimo existencial previsto no texto constitucional.

A Constituição Federal é a Lei Maior e serve de parâmetro de validade às demais espécies de leis e atos normativos. Encontra-se situada no ápice do nosso ordenamento jurídico. Portanto, nada poderá sobrepor aos artigos presentes na atual Lei Fundamental, tampouco, uma lei que trate do reajuste do salário mínimo e não preserve o poder aquisitivo para fazer frente aos gastos indispensáveis a uma vida com dignidade humana.

Assim, diante desse contexto, o presente artigo tem o objetivo de analisar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015, em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro.

Com relação a estrutura, na primeira seção há uma abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais dos trabalhadores assalariados brasileiros. Na segunda seção discute-se a atualização do salário mínimo nacional e o crescimento da desigualdade social no país a partir dos índices do IBGE, DIEESE e Banco Mundial. E na terceira e última seção há uma análise da inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 em face do princípio da dignidade humana.

A metodologia utilizada na pesquisa é a qualitativa bibliográfica, uma vez que foi construída a partir da análise de livros, artigos científicos e legislações. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, pois houve a formulação de um problema e de uma hipótese, para que, a partir dos estudos, fosse possível obter uma solução para a problemática apresentada. Com relação aos métodos de procedimento, foram utilizados o histórico e o comparativo. O histórico porque foi realizado um panorama evolutivo dos direitos fundamentais sociais após o período da ditadura militar no Brasil. Já a utilização do comparativo se deu em razão do estudo comparativo entre os fatores econômicos, sociais e políticos que impulsionam a atualização da remuneração do trabalhador assalariado e os dados que demonstram se os valores atuais do salário mínimo são suficientes e capazes de garantir as necessidades vitais e a sobrevivência digna do trabalhador e sua família, conforme preceitua o Texto Constitucional.

Destaca-se, ainda, que o projeto se enquadra na linha de pesquisa “República, Estado e Sociedade Contemporânea”, do Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) da Universidade de Cruz Alta, uma vez que, o reajuste do salário mínimo e as condições socioeconômicas dos brasileiros são situações relacionadas com o Estado e a Sociedade Contemporânea, além de fazer parte da gestão da coisa pública.

180. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

181. Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

1 O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais do trabalhador assalariado brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a sétima Constituição na História, promulgada em 5 de outubro de 1988. A Ditadura Militar foi marcada pelo Regime Autoritário, referido período estabeleceu a censura à imprensa, a restrição aos direitos políticos e a perseguição policial aos opositores do regime. O texto constitucional, nesse sentido, apresentou significativo progresso de cunho social, com resgate das garantias e liberdades individuais que eram asseguradas na Constituição de 1946, que privilegiava a Dignidade da Pessoa Humana, dando início ao processo de redemocratização do País (CHAVES, 2013, p. 4).

Dos fatos ocorridos durante o período da ditadura militar, especialmente no que diz respeito aos métodos de tortura utilizados pelo governo militar para coibir os “subversivos”, o caso da morte do jornalista Vladimir Herzog é um dos que teve maior repercussão, visto ter ocorrido nas dependências do Departamento de Operações Internas do II Exército (DOI-CODI). Na época, a situação foi notificada oficialmente como suicídio, e não foi apurada até hoje a responsabilização pela morte do jornalista.¹⁸² Consoante Arns (1987, p. 290):

[...] a tortura foi prática disseminada especialmente em países governados sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional, prática que subverte o objeto essencial do Estado, que é o resguardo das liberdades individuais e a promoção do bem comum. À luz da Segurança Nacional, a tortura não decorre apenas do sadismo dos torturadores; ela é parte integrante do sistema repressivo montado pelo Estado, a fim de sufocar os direitos e as liberdades de seus opositores. É parte da estratégia de manutenção do poder. Acreditando em sua eficácia e rapidez, as investigações policiais e militares passaram a adotá-las como método exclusivo de apuração de fatos considerados crimes contra a segurança nacional. Para tanto, a tortura tornou-se matéria de estudo teórico e prático em academias militares e em centros de instrução policial.

Outro caso emblemático da época foi o atentado ao Riocentro, ocorrido a partir de um frustrado ataque a bomba no Centro de Convenções do Rio de Janeiro, na noite em que era comemorado o Dia do Trabalhador (1981), quando se realizava um espetáculo com a participação de músicos e compositores de renome nacional como Chico Buarque de Holanda, Gonzaguinha, Alceu Valença e Elba Ramalho. As bombas deveriam estourar no Centro de Convenções, porém, prematuramente, explodiram dentro do carro onde estavam dois militares, sendo que um deles morreu imediatamente e o outro foi ferido gravemente. O Inquérito Policial Militar foi aberto, contudo, fracassou ao estabelecer os responsáveis do Regime, o que ocasionou o arquivamento do caso. De acordo com Santos (2014, p. 4-5):

O chamado caso Riocentro suscitou grande polêmica, não só no Rio de Janeiro, como em todo o Brasil. Nos dias e meses que se seguiram ao atentado, foram muitas as repercussões e interpretações sobre as possíveis causas e responsabilidades das explosões. Foi instaurado um Inquérito Policial-Militar (IPM) em 1º de maio, dia seguinte às explosões, que constituiu a narrativa oficial elaborada pelo Exército e legitimada pela Justiça Militar sobre o ocorrido. [...] “Por mais que se diligenciasse, não foi possível

182. Em 2018 foi proferida decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso envolvendo a morte do jornalista Vladimir Herzog, e o Brasil foi condenado a reabrir o caso e apurar a responsabilidade dos militares envolvidos. Conforme o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL, 2018, p. 1): “A Corte Interamericana de Direitos Humanos - OEA emitiu ontem a sentença do Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, condenando internacionalmente o Estado brasileiro pela impunidade dos crimes de tortura e execução do jornalista Vladimir Herzog por agentes da ditadura militar brasileira. A Corte considerou ainda que a não realização de justiça neste caso violou diretamente a integridade pessoal de seus familiares. Herzog foi arbitrariamente detido em 25 de outubro de 1975, por agentes do DOI-CODI de São Paulo, onde morreu em virtude das torturas sofridas. A execução do jornalista foi divulgada sob uma falsa versão de suicídio, mas as reais circunstâncias de sua morte nunca foram devidamente investigadas e processadas”.

concluir quanto à autoria do crime que consistiu em introduzir arditosamente o engenho explosivo no interior do carro, aonde veio a explodir entre a articulação coxofemoral direita do sargento e a porta da direita do carro”. [...] Essa narrativa oficial passou desde então, a ser combatida publicamente em torno, principalmente, da atuação de jornalistas e políticos, mas também de alguns militares e autoridades judiciárias, que reivindicavam a reabertura das investigações. Houve quatro tentativas formais (1985, 1987, 1991, 1996) e, finalmente, na quinta delas, em 1999, as investigações foram reabertas.

E em meio a esse contexto de protestos e violações de direitos, parte da imprensa com maior penetração nas camadas mais carentes da população, contribuiu para passar a imagem de um país que teria o crescimento e o desenvolvimento econômico de forma extremamente acelerada e benéfica (RESENDE, 2015, p. 1).

No campo econômico e no que se refere à abertura da nossa economia ao capital estrangeiro, há que se considerar o período do presidente Juscelino Kubitschek, anterior ao Regime Militar, em que a construção de Brasília reorientou o desenvolvimento do país para o planalto central. O Estado brasileiro, nesse período, teve um aumento no crescimento, em razão dos recursos fiscais adquiridos e, posteriormente, com a captação de recursos externos, a partir do plano de metas. Contudo, esse crescimento acabou apresentando consequência nos anos subseqüentes, em que se destacaram as desigualdades sociais no país. Conforme Bellingieri (2005, p. 2):

Depois da renúncia do Presidente Jânio Quadros, em agosto de 1961, o ambiente político tornou-se também bastante conturbado. O novo Presidente, João Goulart, lançou o Plano Trienal, que tinha o objetivo de estabilizar a economia e ao mesmo tempo realizar amplas reformas de base, alterando aspectos estruturais da economia. Dentre as políticas de estabilização, de caráter recessivo, estava a correção dos preços públicos que estavam defasados, a restrição do crédito ao setor privado e o aumento das alíquotas do imposto de renda para torna-lo mais progressivo. Contudo, devido a instabilidade política e ao fracasso das medidas econômicas, principalmente em combater a inflação, o governo não conseguiu aplicar sua estratégia de desenvolvimento [...], até que veio o Golpe Militar, na madrugada de 1º de abril de 1964, e Castelo Branco assumiu a Presidência.

No período da Ditadura Militar, houve implementação de estratégia para crescimento econômico rápido, o que provocou o aumento da concentração de renda. O país crescia, mas de forma distorcida, sem incorporar ao mercado de trabalho e de consumo milhões de brasileiros das periferias das cidades e das áreas rurais. Segundo Bellingieri (2015, p. 11):

A estratégia dos governos militares em aumentar a participação do Estado na economia, por meio de empresas estatais, concessão de subsídios e benefícios fiscais, e realização de grandes obras e projetos, também acabou por gerar profundos desajustes nas finanças públicas e também fraudes e escândalos.

O período do “milagre” foi, arditosamente, explorado pelos governos militares, por meio de grandes propagandas em prol do regime. Aliado a isso, houve a vitória da seleção brasileira na Copa do Mundo de 1970, fato que marcou o nacionalismo e o otimismo do povo brasileiro. Nessa época, também foram construídas obras públicas “faraônicas”, como a Transamazônica, a ponte Rio Niterói e a Usina Hidroelétrica de Itaipu. Outros projetos-impacto, de grande efeito propagandístico para o regime, também estavam presentes, como o Mobral, para alfabetização de adultos e o Rondon, para assistência médico-sanitário das populações carentes (BEAL, 2010, p. 266).

Nesse quadro político, econômico e social em ebulição fez-se necessário a elaboração de um novo Texto Constitucional, que ocorreu com a promulgação da atual Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988. É importante destacar que foi estabelecido pelo Constituinte como forma de Estado a Federação que tem como fundamento a autonomia político administrativa dos entes que compõem a federação e, ainda, a indissolubilidade do pacto federativo, que veda aos Estados o Direito de secessão. Além disso, a forma de governo definida foi a República, o sistema de governo o Presidencialismo e o Regime de Governo o Democrático de Direito, com garantia da soberania do Estado, e da cidadania, que consiste na participação política dos indivíduos nos assuntos do Estado, e ambos são fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

São também fundamentos da República, definidos no artigo 1º da Constituição de 1988¹⁸³, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um de seus mais importantes vértices, e ponto central no sistema jurídico; os valores sociais do trabalho, que buscam impedir a concessão de privilégios econômicos por ser o trabalho imperioso à dignidade da pessoa humana, à livre iniciativa que envolve a empresa e a liberdade de contrato, princípio fundante da ordem econômica; e o pluralismo político, em que a diversidade e as liberdades devem ser respeitadas (BRASIL, 1988).

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, há que se considerar que não existe maneira de quantificá-lo em termos reais e absolutos, pois isso pode levar a uma retórica ineficaz, uma vez que o ser humano carrega em si uma carga genética que o faz merecedor de direitos e respeito pela sociedade civil e pelo Estado. Segundo Sarlet (2007, p. 1):

[...] o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser com ele confundidas.

O referido autor (2007, p. 8), ressalta, ainda, que a dignidade humana é uma qualidade “intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Isso possibilita que os indivíduos sejam detentores de direitos e deveres fundamentais, que devem assegurar proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como estabelecer condições existenciais mínimas para uma vida saudável, com bem-estar físico, mental e social.

O texto constitucional estabelece, ainda, a garantia dos direitos fundamentais, que são os direitos básicos que servem de alicerce para a proteção da dignidade da pessoa humana. Dentre esses direitos fundamentais, estão os direitos sociais, identificados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹⁸⁴: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

183. 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; [...].

184. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais integram a segunda geração dos direitos fundamentais¹⁸⁵. São fundados no ideário da igualdade, e significam uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa, como no caso dos direitos da primeira geração (concepção negativa)¹⁸⁶. São direitos de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 99).

Esta geração de direitos guarda estreito vínculo com as condições de trabalho da população, que, com a evolução do capitalismo, se viu necessitada de regular e garantir as novas relações de trabalho, postulando, portanto, um salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas. Segundo Sarlet (2015, [s.p.]):

De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento — inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal — de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.

Dessa forma, é necessário que o Estado estabeleça a partir de políticas públicas adequadas, diretrizes capazes de proporcionar uma condição digna de vida para as pessoas. O salário mínimo nacional, nesse contexto, é um instrumento essencial, que precisa ser atualizado de uma forma que possibilite a todos os indivíduos os direitos básicos estabelecidos na Constituição Federal. Contudo, a realidade brasileira mostra um cenário diverso, em que impera a desigualdade, a exclusão social, a miserabilidade e a inefetividade dos direitos fundamentais e da garantia do mínimo existencial, conforme será analisado na seção seguinte.

2 Atualização do salário mínimo nacional e crescimento da desigualdade social no Brasil: uma análise a partir dos índices do IBGE, DIEESE e Banco Mundial

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Além disso, estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados, direitos esses que precisam ser garantidos pelo Estado como forma de condicionar uma vida com um mínimo de dignidade para os indivíduos.

No âmbito dos direitos dos trabalhadores, após o término do golpe militar, modificou-se a política de reajustes do salário mínimo, com abandono da prática de recompor o valor real do salário no último reajuste. Foi adotada uma política que visava manter o salário médio, e os aumentos reais só deveriam ocorrer quando houvesse ganho de produtividade. Os reajustes eram calculados levando-se em consideração a inflação

185. Parte da doutrina que aborda o tema, discute se a expressão dimensões de direitos não seria melhor adequada de se utilizar do que gerações de direitos, uma vez que a primeira traz uma ideia de continuidade dos direitos, em que há complementação das dimensões, ao passo que a segunda engloba um sentido gestacional, que uma vez gestado, não teria um sentido contínuo, formando uma ideia de substituição de uma geração pela outra (GUERRA FILHO, 2007, p. 79).

186. Segundo Alexandrino e Paulo (2016, p. 99), são considerados direitos de primeira geração àqueles que buscam a proteção da vida, da liberdade, da propriedade, do voto, da participação política etc., pois se caracterizam como direitos civis e políticos.

esperada, o que gerou uma forte queda salarial decorrente da subestimação da inflação por parte do governo (PAIM, 2005, p. 21).

E os reflexos disso foi o aumento dos índices de pobreza e desigualdade social do país, situação que ainda perdura atualmente, pois segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), posição do ano de 2017, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza, o que equivale a 25,4% da população vivendo com renda familiar equivalente a US\$ 387,07 por mês (ou US\$ 5,5 por dia), valor adotado pelo Banco Mundial para definir se uma pessoa é pobre¹⁸⁷.

Informa também o referido Instituto que o rendimento domiciliar *per capita* do Brasil ficou em R\$ 1.268,00 (mil, duzentos e sessenta e oito reais) em 2017, conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua). De acordo com esse levantamento, o Distrito Federal (R\$ 2.548,00), obteve mais que o dobro da média nacional, sendo que o menor registro se verificou no Maranhão (R\$ 597), que equivale a menos da metade da média nacional¹⁸⁸.

Os valores de uma sociedade estão alicerçados nos requisitos primordiais e básicos que um trabalhador aufere pelo seu labor para garantir o mínimo e indispensável à subsistência de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Há, contudo, dois polos diametralmente opostos, por um lado a República Federativa do Brasil garantiu, mediante documento formal, um Estado Democrático e de Direito, com fulcro no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, e na busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e por outro lado, o próprio Estado Brasileiro afronta diretamente a efetividade dessas garantias, ao não propiciar, na maioria das vezes, o mínimo existencial ao trabalhador.

A Lei nº 13.152/2015 foi promulgada com o objetivo de reajustar o salário mínimo, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional, busca garantir ao assalariado o mínimo e indispensável à sua subsistência e de sua família.

No Brasil, o salário mínimo surgiu no Século XX, na década de 30, com a promulgação da Lei nº 185 de janeiro de 1936 e o Decreto-Lei nº 399 em abril de 1938 que regulamentaram a sua instituição, assim como o Decreto-Lei nº 2.162 de 1º de maio de 1940, que fixou os seus valores, que passaram a vigorar a partir do mesmo ano (GOMES, [s.a.], p. 1).

O artigo 1º¹⁸⁹ do Decreto-Lei de 1º de maio de 1940, já estabelecia os direitos do trabalhador, sem distinção de sexo, capaz de satisfazer as suas necessidades, ao definir que o valor deveria suprir o mínimo de sobrevivência, a partir da tabela instituída pela legislação.

A primeira tabela do salário mínimo tinha um prazo de vigência de três anos. Em 1943 foi realizado o primeiro reajuste, seguido de outro em dezembro do mesmo ano. Esses aumentos eram calculados para recompor o poder de compra do salário. Em 1954, o então ministro do Trabalho, João Goulart, foi forçado a

187. Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

188. Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

189. Art. 1º. Fica instituído, em todo o país, o salário mínimo a que tem direito, pelo serviço prestado, todo trabalhador adulto, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, como capaz de satisfazer, na época atual e nos pontos do país determinados na tabela anexa, às suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

deixar o cargo após conceder aumento de 100% no valor do mínimo, sob fortes críticas do empresariado. A unificação total do salário mínimo aconteceu em 1984 (GOMES, [s.a.], p. 1).

Na Lei n.º 13.152/2015 estão alicerçados os meios pelo qual foram previstos critérios para a fixação do salário mínimo nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019. Estabelece o artigo 1º, parágrafo 1º da referida Lei¹⁹⁰, que o salário mínimo deve corresponder à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), mais a taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto, situação que faz com que, no ano de 2018, o salário mínimo nacional estivesse cotado em R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais).

Em outubro de 2018, o salário mínimo suficiente para manter o sustento de uma família de quatro pessoas deveria estar orçado em R\$ 3.783,39 (três mil setecentos e oitenta e três reais e trinta e nove centavos). Este valor é aproximadamente 3,96 vezes o salário mínimo em vigor (R\$ 954,00). Mas, segundo o governo federal, o valor atual repõe o poder aquisitivo de forma suficiente para atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, como estabelecido na Constituição: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e Previdência Social (LÚCIO, 2018, p. 1).

O Departamento Intersindical de Estatísticas e de Estudos Socioeconômicos (DIEESE), em pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos, apresenta o salário mínimo suficiente para manter o sustento de uma família de quatro pessoas, posição em janeiro/2018, corresponde ao valor de R\$ 3.752,65¹⁹¹:

Contudo, em face dos índices de pobreza retratados na sociedade brasileira é possível perceber que na realidade o salário não está condizente com a garantia do mínimo de sobrevivência, afrontando diretamente o texto constitucional, ao não possibilitar um reajuste que atenda as demandas básicas dos assalariados e sua família, inconstitucionalidade essa que será analisada na próxima seção.

4 A inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 à luz do princípio da dignidade humana

A Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Maior e limite de poder normativo para as outras leis, normas e decretos. Ocupa posição de destaque em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, nenhuma lei poderá sobrepor aos artigos presentes no atual Texto Constitucional, tampouco, uma lei que trate do reajuste do salário mínimo e não preserve o poder aquisitivo para fazer frente aos gastos indispensáveis a uma vida com dignidade humana, visto que essa disparidade afeta as camadas sociais menos protegidas da população brasileira.

Assim, percebe-se que há uma visível violação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por parte da Lei nº 13.152/2015, o que configura uma inconstitucionalidade, pois o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, é incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador assalariado e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

A norma hipotética fundamental é o pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico, se apresenta como fundamento para outros atos legislativos e é superior em relação a eles. Desta forma, a o ato

190. Art. 1º. São estabelecidas as diretrizes a vigorar entre 2016 e 2019, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano, para: [...] § 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário-mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao mês do reajuste.

191. Dados disponíveis em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>> Acesso em 30 set. 2018.

normativo é válido porque a norma que a fundamenta tem pressuposto de validade. Assim, àquela norma que contrariar as disposições da Constituição Federal não será considerada válida e será reconhecida como inconstitucional, no todo ou em parte, para que não surta mais efeitos no Ordenamento Jurídico Brasileiro (KELSEN, 1986, p. VIII-IX).

Segundo Silva (2005, p. 46) a Constituição da República Federativa Brasileira é lei fundamental e caracteriza o Estado Democrático e de Direito. É representativa dos anseios dos cidadãos brasileiros que reunidos a promulgaram em Assembleia Constituinte.

O texto constitucional reconhece duas formas de inconstitucionalidade, por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação ocorre quando a elaboração de atos legislativos ou administrativos contrariam normas ou princípios das constituições, isto é, afrontam os preceitos e princípios constitucionais, fato que resulta em incompatibilidade vertical com o texto constitucional. É quando uma norma do ordenamento jurídico de um país, que é identificada como infraconstitucional não observa a norma superior que é a Constituição (SILVA, 2005, p. 47).

Essa inobservância pode ocorrer de duas formas: por vício de inconstitucionalidade formal ou vício de inconstitucionalidade material. Os vícios formais são caracterizados quando essas normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição. Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 776):

A produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais, cuja observância é imprescindível para a lei ser constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos primários - previstos no art. 59 - devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para a sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional.

Já os vícios materiais ocorrem quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito, princípios ou regras da constituição. Se caracterizam, conforme Alexandrino e Paulo (2016, p. 712), “[...] quando o conteúdo da lei contraria a Constituição”.

A Inconstitucionalidade por omissão pode ser identificada nos casos em que não são praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que exigem regulamentação de seu conteúdo por lei infraconstitucional. O exemplo prático é de a Constituição prever o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão da empresa, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realiza, por omissão do legislador em produzir a lei referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracteriza como inconstitucional. Daí o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, com o objetivo de obter do legislador a elaboração da lei (OLIVEIRA, 2016, p. 59).

A inconstitucionalidade pode se efetivar de maneira preventiva ou repressiva. A preventiva, como regra, é exercida durante o processo de elaboração da norma, por meio dos poderes Legislativo e Executivo. Já a repressiva ocorre quando a norma já foi promulgada e possui efeitos no Ordenamento Jurídico, situação analisada pelo Poder Judiciário. Segundo Alexandrino e Paulo (2016, p. 722):

Ocorrerá o controle de constitucionalidade preventivo (a priori) quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes de a norma estar pronta e acabada. No Brasil, exemplos de controle preventivo de constitucionalidade são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional e o veto do chefe do Poder Executivo fundamentado na inconstitucionalidade do projeto de lei (veto jurídico). [...] Ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, a posteriori) quando a fiscalização da validade incide sobre norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico. É o caso, em regra, do controle de constitucionalidade judicial no nosso País, que pressupõe a existência de uma norma já elaborada, pronta e acabada, inserida no ordenamento jurídico.

O Estado brasileiro democrático e de direito adotou predominantemente o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, que pode ser exercido de maneira difusa ou concentrado. O controle difuso ocorre de forma incidental a um processo que está tramitando no Poder Judiciário, quando uma das partes suscita a análise da inconstitucionalidade de determinado ato normativo, cujo efeito será *inter partes*¹⁹². Nesse sentido, é o que Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 773) afirmam:

Quando, no curso de uma causa comum, é arguida a inconstitucionalidade da lei que configura pressuposto à tutela jurisdicional do direito, o juiz brasileiro está autorizado a tratar da questão constitucional como prejudicial à solução do litígio. A questão constitucional é suscitada, introduzindo-se no processo e no raciocínio do julgador, mediante o modo incidental. O objeto do processo, nestes casos, é um litígio entre as partes, que não se confunde com a questão constitucional. Trata-se, portanto, de questão de natureza constitucional, suscitada incidentalmente e ajustada como prejudicial à resolução do litígio entre as partes. Quando isso ocorre, fala-se que há, por parte do juiz, controle incidental de constitucionalidade.

Já o controle concentrado é aquele que é julgado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*¹⁹³ e por meio de ações específicas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)¹⁹⁴, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)¹⁹⁵, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)¹⁹⁶ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁹⁷. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 773):

No controle principal a questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio que constitui objeto do processo. No controle principal, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria

192. A expressão significa efeitos apenas entre as partes do processo, motivo pelo qual a norma, mesmo considerada inconstitucional, continua tendo efeitos no ordenamento jurídico, ou seja, quem não ingressou com ação judicial, para obter o afastamento da norma de seu caso concreto, deverá cumprir normalmente a norma. Isso porque a decisão aplica-se apenas às partes do processo, salvo se a decisão for proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, por exemplo. Nessa situação, o efeito também será *erga omnes*, ou seja, para todos. “O Min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. O Min. Celso de Mello afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional”. Informação disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em 30 out. 2018.

193. A expressão significa que os efeitos valem para todos, com vinculação de todo o Poder Judiciário e a Administração direta e indireta.

194. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, regulada pela Lei 9.868/99, tem a finalidade de declarar inconstitucional Lei ou ato normativo federal ou estadual que esteja em contrariedade com a Constituição Federal de 1988 (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 213).

195. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, regulada pela Lei 9.868/99, tem a finalidade de reconhecer a inércia do poder competente em elaborar a regulamentação infraconstitucional para uma norma constitucional de eficácia limitada (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 305-306).

196. A Ação Declaratória de Constitucionalidade discute a controvérsia judicial acerca de uma Lei Federal. É regulada pela Lei 9.868/99 (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 300).

197. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação regulada pela Lei 9.882/99, cujo objetivo é discutir lesão à preceito fundamental ou controvérsia judicial de lei federal, estadual ou municipal, inclusive pré-constitucional. No entanto, é utilizada apenas subsidiariamente, ou seja, quando não existe outra ação cabível, a ADPF será proposta (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 329-330).

alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução desta questão para ser dirimido. O controle principal ocorre por meio de ação direta, dirigida à Corte Constitucional ou ao tribunal de cúpula do Judiciário.

A provocação, nas ações constitucionais, deve ser feita por um dos legitimados previstos no artigo 103, da Constituição Federal¹⁹⁸, quais sejam: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A norma será analisada abstratamente, sendo o controle de sua constitucionalidade o próprio mérito da ação. A decisão, nesse caso, será aplicável para todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal (não vincula a função legislativa). Dessa forma, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 210-211).

É importante destacar que as normas proferidas por Tribunais, tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado, precisam respeitar a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal¹⁹⁹. De acordo com o teor do referido artigo, os tribunais poderão declarar uma lei inconstitucional, mas, para isso, precisam da maioria de seus membros ou dos órgãos especiais (maioria absoluta). A reserva de plenário, contudo, não impede que os juízes singulares declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso, bem como não se aplica as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois Turma Recursal não é Tribunal (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 744).

Assim, existem duas formas da Lei nº 13.105/15 ser declarada inconstitucional, conforme o Ordenamento Jurídico Brasileiro: por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), que é privativa apenas as pessoas legitimadas no artigo 103 da Constituição Federal, ou por meio de uma ação individual, em que a parte suscite a discussão acerca da inconstitucionalidade da Lei.

O Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da força sindical, inclusive ajuizou uma ADIN, em 2018, sob o nº 5.880 para questionar a inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo 3º da Lei 13.152/2015²⁰⁰, que trata do reajuste do salário. Contudo, a tramitação da Ação foi rejeitada pelo Ministro Luiz Fux, uma vez que o Sindicato referido não teria legitimidade ativa para propor a ação, já que o artigo 103 da Constituição Federal fala em Confederação Sindical (STF, 2018).

Essa situação, não impede, no entanto, que uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade seja proposta, uma vez que o mérito não foi julgado e o reajuste previsto na Lei claramente fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que não possui um conceito específico na doutrina, mas que para Barroso (2013,

198. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

199. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

200. Art. 1º. São estabelecidas as diretrizes a vigorar entre 2016 e 2019, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano, para: [...] § 3º. Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

p. 72), é um princípio que identifica “o valor intrínseco de todos os seres humanos”, que possibilita autonomia para os indivíduos. Conforme Sena (2017, p. 66):

Ao erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 diz de forma firme, segura e eloquente que no Estado brasileiro a pessoa humana desfruta de especial destaque, sendo o centro de todo o sistema, de molde que todo o ordenamento jurídico, todos os órgãos de governo, todas as ações políticas e todas as condutas particulares devem respeito à pessoa humana.

Assim, é preciso que haja prioridade, por parte do Poder Público, em garantir condições adequadas de vida para os indivíduos. Para Novelino (2016, p. 254), “Existe uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”, tendo em vista que ao mesmo tempo em que eles surgiram como uma “exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida”.

É necessário ressaltar, por fim, que apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não é suficiente, até porque a vigência dela já está por encerrar. A questão é que o debate acerca do reajuste tem que ser uma constante no Congresso Nacional, que é o responsável pela elaboração da legislação. Enquanto não houver um consenso com relação a esses reajustes, as leis que o regulamentam vão continuar não alcançando as garantias mínimas dispostas no texto da Constituição Federal de 1988.

Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Ela é um conjunto de regras que rege o ordenamento jurídico do país, que objetiva regular e pacificar os conflitos e interesses de grupos que integram a sociedade. Para isso, estabelece princípios e leis que tratam desde os direitos fundamentais do cidadão, até a organização dos Poderes; defesa do Estado e da Democracia; ordem econômica e social.

A soberania popular é uma das características mais importantes do Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em que os cidadãos por meio de tal direito elegem seus representantes políticos. A dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao ser humano, indisponível e irrenunciável.

A República Federativa do Brasil tem por objetivos e princípios fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantidora do desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais, bem como, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Contudo, a realidade brasileira não tem sido condizente com o texto constitucional, pois, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza, o que equivale a 25,4% da população vivendo com renda familiar muito baixa para os padrões mínimos de subsistência, o que denota que o texto constitucional não vem sendo cumprido, e essa contrariedade pode resultar no reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº. 13.152/2015, que regulamenta o salário mínimo no Brasil e prevê um valor que não consegue suprir o mínimo de condições de vida para os indivíduos.

É preciso alertar a sociedade para garantir a proteção socioeconômica aos cidadãos, a fim de apoiar indivíduos, famílias e comunidade no enfrentamento de situações de risco e de vulnerabilidades, e na violação de seus direitos.

Por conseguinte, a Lei nº 13.152/2015 é inconstitucional em face do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, em razão das condições socioeconômicas e culturais que estão intimamente ligadas à remuneração percebida pelo trabalhador assalariado no Brasil, sendo insuficientes para fazer frente aos direitos sociais que são: a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, previstos no Texto Constitucional.

Entretanto, apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 não é suficiente para modificar a realidade brasileira, pois o salário sofre alteração legislativa periodicamente e se o Poder Legislativo não suscitar discussões sobre a necessidade de reajuste dos valores, a população continuará à mercê de condições que não garantem o mínimo previsto no texto constitucional.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ed. São Paulo: Método, 2016.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil nunca mais**. 20ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

BARBOSA, José Humberto Gomes. **A Guerrilha do Araguaia**: memória e esquecimento e ensino de história na região do conflito. Dissertação de Mestrado (Mestrado Profissional em Ensino de História). Araguaia/TO: UFT, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/398/1/Jos%C3%A9%20Humberto%20Gomes%20Barbosa%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEAL, Sophia. **Obras públicas monumentais, ficção e o regime militar no Brasil (1964-1985)**. Revista Escritos, Ano 4, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero04/artigo10.php>>. Acesso em 20 abr. 2018.

BELLINGIERI, Julio Cesar. **A Economia no Período Militar (1964-1984)**: Crescimento com endividamento. Revista Hispeci & Lema, Bebedouro (SP), n. 8, 2005. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/hispecielemaonline/sumario/9/16042010171928.pdf>>. Acesso em 06 ago. 2018.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, 27 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938.** Aprova o regulamento para execução da Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institui as Comissões de Salário Mínimo. In: Diário Oficial da União, 30 abr. 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940.** Institui o salário mínimo e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, 1 maio 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2162-1-maio-1940-412194-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936.** Institui as comissões de salário mínimo. Rio de Janeiro, 14 jan. 1936. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015.** Dispõe sobre a política de valorização do salário-mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para o período de 2016 a 2019. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 29 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13152.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5880/DF.** Relator(a): Min. Luiz Fux. Requerente: Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical. Julgamento em 28/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5880%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yda2wyaj>>. Acesso em 15 out. 2018.

CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (CEJIL). **Corte Interamericana condena Brasil pela impunidade e acobertamento da tortura e execução de Vladimir Herzog durante ditadura militar.** Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.cejil.org/sites/default/files/2018_07_05_herzog_sentenca-2.pdf>. Acesso em 13 ago. 2018.

CHAVES, Eduardo dos Santos. **A Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e a construção social da ditadura civil-militar no Rio Grande do Sul.** Temporalidades, Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFMG, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, set./ dez. 2013. Disponível em: <www.fafich.ufmg.br/temporalidades>. Acesso em 20 abr. 2018.

CYSNE, Rubens Penha. **A economia brasileira no período militar.** Escola de Economia, FGV, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 185-226, mai./ago.1993. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAge/publica%C3%A7%C3%B5es/Artigos%20publicados/A%20Economia%20Brasileira%20no%20Regime%20Militar.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS (DIEESE). **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em 20 out. 2018.

DIZER O DIREITO. **STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade.** Publicação de 23 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em 20 out. 2018.

GOMES, Ângela de Castro. **A trajetória política de João Goulart.** FGV, CPDOC. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NoGovernoGV/Salario_minimo_e_saida_do_ministerio_do_trabalho>. Acesso em 20 abr. 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 1986.

LÚCIO, Clemente Ganz. **Inflação e custo de vida:** porque os números enganam? Agência Sindical – Comunicação à Serviço dos Trabalhadores, 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.agenciasindical.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=8462&friurl=-1622018---Inflacao-e-custo-de-vida:-por-que-os-numeros-enganam>. Acesso em 15 mar. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Nielmar de. **IBGE: 50 milhões de brasileiros vivem na linha da pobreza.** Agência Brasil, Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional.** 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 07 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº. 131, de 1970,** ratificada pelo Brasil em 04 de maio de 1983 e internalizada ao direito interno pelo Decreto nº 89.686/84. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 06 set. 2018.

PAIM, Paulo. **Salário Mínimo:** uma história de Luta. Senado Federal, Brasília, 2005. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180154/SalMinimo.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 abr. 2018.

RESENDE, Marília Ruiz e. **Contexto:** Auge e Declínio da ditadura militar. Politize, 08 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/constituicao-de-1988/>>. Acesso em 15 abr. 2018.

SANTOS, Vitor Garcia Rodrigues dos. **Caso Riocentro:** Terror e violência no processo de abertura política brasileiro. Revista Contemporânea. 50 anos depois, a cultura autoritária em questão. Ano 4 n. 5, 2014, vol.1. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/10_Caso_Rio_Centro_Terror_e_violencia_no_processo_de_abertura_politica_brasileiro.pdf>. Acesso em 06 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O direito ao mínimo não é mera garantia de sobrevivência.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 08 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial> o artigo está disponível>. Acesso em 10 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENA, Max Emiliano da Silva. **O trabalho digno como meio de inclusão social no ordenamento jurídico brasileiro.** XXV Congresso do Conpedi, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/f8C4j78b9mY3cgvo.pdf>>. Acesso em 30 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 25ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional.** 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fábio. **Determinantes do Milagre Econômico Brasileiro (1968-1973):** Uma análise empírica. RBE, Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 221-246, abr./jun.2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbe/v62n2/06.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

A PROTEÇÃO DA HONRA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Almir da Silva de Mello²⁰¹
Milena Bueno gomes²⁰²
Moisés de Oliveira Matusiak²⁰³

Resumo

O presente artigo tem por objeto abordar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro e amparada pela Constituição Federal de 1988, seguido pelos Códigos Civil e Penal, sobre violação da honra, que pode ensejar reparos morais que acontecem através dos delitos de calúnia, difamação e injúria.

Considerações iniciais

A honra de ser honrado não é a mesma honra de se fazer justiça, pois nem sempre o Direito é justo, muito menos a justiça é certa. Leituras abrangendo várias obras de autores de grandes expressões filosóficas e doutrinárias direcionaram o pensamento aqui desenvolvido, especialmente a obra Beccaria (2012), que explica que honra é palavra que tem sentido do fundamento de várias longas e brilhantes discussões exageradas proximidade dos conceitos morais, e essa é a razão pela qual as ideias simples sejam facilmente confundidas. A honra, portanto, é uma daquelas complexas ideias que possui vários modos de afetar a mente humana. Amauri Pinto Ferreira (1997) afirma que crimes sobre honra é um tema de grande importância na época em que vivemos, em que a honra da pessoa é diariamente colocada à prova.

Argumenta Rosalliny (2012) no que se fala a respeito de dano moral, sem analisar com maior atenção um grande fundamento da existência que é a honra. Atingir a honra de alguém pode ensejar responsabilização, tanto na órbita Civil como na órbita Penal. De acordo com Nogueira (1995), a honra é um atributo da pessoa, estando de tal modo ligado e vinculado à personalidade que lhe dá a dimensão moral do seu valor na sociedade. O conceito pode assumir várias formas, pois se trata de verdadeira virtude, que destaca o caráter e a dignidade da pessoa que tudo faz para viver com honestidade, conquistando o apreço de seus concidadãos. Nogueira (1995) ainda afirma que o homem honrado, virtuoso, de caráter ilibado, não só serve de exemplo, como é respeitado e admirado por seus semelhantes. Essas figuras estão previstas no código Penal e se dividem em

201. Acadêmico do décimo semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: almir.sm@hotmail.com

202. Acadêmica do décimo semestre do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: milenamema95@gmail.com

203. Professor Orientador do Trabalho. Mestre em Direito pelo UNIRITTER (2015). E-mail: mmatusiak@unicruz.edu.br

três partes: calúnia, difamação e injúria, que estudaremos a seguir. Tais conceitos estão expressos nos artigos 138 a 145, e essa problemática sobre a honra estabelece um estudo aprofundado para que o texto seja de caráter prático.

Esta mesma honra também provoca a mente do ser humano, influencia-o a cometer crimes embebidos no doce amargo da paixão com a suposta dignidade ferida, e leva até mesmo a tirar a vida de uma pessoa, como se isso fosse resolver seu problema moral. Relatam, porém, que a sociedade foi sempre palco de crimes mascarados pelo amor e pelo ciúme incontrolado. A tragédia vivida pelo inesquecível Otelo, personagem, imortalizado como a imagem do crime passionnal, transpassa a literatura clássica e torna um dos assuntos mais discutidos por juristas de todos os tempos (Mazzuchell e Ferreira, 2007). No filme Troia também vê um duelo pela honra do Rei Menelau de Esparta, que vai à busca de sua amada, a Princesa Helena, que o tinha deixado pelo amor de Páris, filho do Rei Príano, de Troia. Nesse sentido, segundo Miliorini e Becker (s/d), “Duelaram somente para manter a honra”, pois tiveram, ao longo da história, diferentes tratamentos.

Desse modo, o crime passionnal não ficaria mais às sombras da impunidade. Miliorini e Becker (s/d) complementam que, apesar da significativa mudança das leis protetivas voltadas às mulheres (a exemplo da Lei Maria da Penha), elas ainda continuam sendo alvo de seus maridos, companheiros, namorados, e, principalmente, ex-companheiros ou ex-namorados. O agravante “motivo torpe” aplicado aos crimes passionais foi fruto de uma mudança da e na sociedade que não mais admitia a impunidade para aqueles que eliminavam a vida alheia por ódio e pelo ciúme “patológico”.

Para assegurar e proteger a mulher da violência, a nova lei foi sancionada em março 2014, pela Presidenta Dilma Rousseff, a Lei do Femicídio que é uma vitória para igualdade entre os sexos. Nesse sentido, é muito importante que não se confunda o feminicídio com o femicídio. O último consiste em matar mulher e tem sua constitucionalidade, como hipótese de aumento de pena, discutível sobre a ótica do princípio da isonomia. Já o feminicídio é diferente, ele parte da verificação de que há uma realidade de opressão de gênero e atua diretamente canalizado para ela, por isso agravando a resposta penal quando o agente delitivo atua inserido no pensamento opressor. Para entender o que relatam esses escritores e acadêmicos através de suas obras ou artigos jurídicos sobre a honra e os crimes ligados à honra, foi realizada pesquisa em material bibliográfico, que, em suas teorias, nos deixaram aprendizados sobre a moral e os direitos.

Este texto emergiu do exercício investigativo e reflexivo das disciplinas de Direito Penal, Linguagem e Argumentações Jurídicas e Filosofia Jurídica, do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. Realizou-se, para tanto, uma pesquisa básica pura, com o objetivo de descrever conceitos jurídicos e suas formas de proteção processual no ordenamento brasileiro. Fez-se uma abordagem qualitativa, de estrita análise teórica, por meio do método indutivo, ao se partir das análises dos crimes contra a honra para se inferir o papel do direito na proteção dos direitos subjetivos que os são inscritos. O procedimento utilizado foi exclusivamente bibliográfico, além de materiais de natureza jurídico-normativas.

1 Conceito da Honra

A honra, no conceito de Lorenci (2002), é o conjunto de atributos morais, intelectuais e físicos de uma pessoa. Porém, esse conceito é muito singelo e consoante à importância do atributo de honra para o ser humano. Honra é um profundo sentimento de grandeza, de glória, de virtudes e de probidade que cada

ser humano tem embutido em seu subconsciente na valoração de seus atributos personalíssimos. Como diz Autuori (in NOGUEIRA, 1995, p.12),

A honra, sendo uma virtude, tem íntima relação com o caráter que é o conjunto de sentimentos que adornam a personalidade, formada de vícios e virtudes. O bom caráter se forma no homem pelo cumprimento do dever; o mau caráter desfigura o ser pela prática de atos desonestos e contrários à moral.

Nelson Hungria (in FERREIRA, 1997, p. 22-23) afirma que é necessária a proteção da honra para a convivência na sociedade, pois “boa reputação é necessária ao homem” O interesse na preservação da honra não é só do indivíduo, mas de toda a sociedade, visto ser esta indispensável à vida em sociedade. A honra é um dos maiores bens jurídicos que pode ter um homem, sendo inclusive previsto na declaração universal dos direitos do homem, item 12. O autor define que

Os homens de bem somente se acercam daqueles que gozam de boa fama. Se alguém adquiriu má fama, dele se afastam os conhecidos e amigos, e não mais é tolerado nas boas rodas. Estará ele privado da confiança e prestígio com que a sociedade resguarda aos homens de bem. Sem uma boa reputação, além disso. É impossível alcançar ou exercer com êxito postos de relevo, influencia ou reponsabilidade, porque os mal afamados não merecem confiança. (Ferreira 1997)

Para Nogueira (1995, p.10), honra sempre foi tutelada pelo direito de todos os povos, por se tratar de direito da personalidade, quer no aspecto subjetivo quer no objetivo. Daí a distinção entre honra subjetiva, como sentimento de nossa dignidade própria, e honra objetiva, que se refere ao respeito e apreço de que somos merecedores na sociedade em que vivemos. Essa distinção é importante para que se possa apreciar e compreender cada uma das figuras delituosas contra honra. São três os crimes principais, não só no estatuto penal, mas também em várias leis especiais, que tutelam a honra: a calúnia, a difamação e a injúria. Os dois primeiros protegem a honra no sentido objetivo, e tratam da atribuição de um fato e não de qualidade. Na injúria, a ofensa se faz à dignidade e ao decoro.

Como também decorreremos neste artigo sobre crime, passionais, vejamos o que diz Nogueira (1995 p. 10-11) “Muitos entendem que a honra é atributo personalíssimo, e que não se estende a outras pessoas. Assim, a desonra da mulher não pode atingir a honra do marido, justificando que ele a mate”.

Bayer (2014) define que sujeito ativo entende que é o autor da infração penal. Com efeito, pode ser sujeito ativo pessoa física e capaz (com idade igual ou superior a 18 anos). O autor também explica que pessoa jurídica comete crime ou não, e existem três correntes que explicam qual a forma. Primeira corrente: pessoa jurídica não pode praticar crimes ou ser responsabilizado penalmente, pois, do contrário, se ofenderia o princípio da responsabilidade subjetiva; pessoa jurídica não age com dolo ou culpa, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal e princípio das personalidades das penas. Segunda corrente: pessoa jurídica pratica crime ambiental, conforme lei 9.605, que trata da responsabilidade objetiva autorizada pela própria CRFB/88. Terceira corrente (da responsabilidade social): apesar de não poder cometer crimes, é possível responsabilizar a pessoa jurídica penalmente, desde que: esteja diante de crime ambiental praticado seguindo-se sua ordem em benefício próprio. E sujeito passivo configura-se como pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal, podendo ser pessoa física ou jurídica e entes sem personalidades jurídicas (família, coletividade, que nesses casos, tem-se o chamado crime vago).

2 Das penas dos crimes contra honra

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (2018), o crime de calúnia está previsto no artigo 138 do Código Penal, e consiste em atribuir falsamente a alguém a autoria de um crime. Para que se configure o crime de calúnia, é preciso que seja narrado publicamente um fato criminoso. Um exemplo seria expor, na internet, o nome e foto de uma pessoa como autor de um homicídio, sem ter provas disso.

Para Moreira Rosa (2014) caluniar alguém – por escrito, gestos ou palavras – a fato, falsamente e consabido pelo ofensor, é definido como crime; fere-se como se visualiza a honra objetiva, que é bem jurídico protegido. Ademais, é de se notar que, dentre os crimes contra honra, a calúnia se afigura com a mais grave. Vê-se, pois, que a conduta consiste em imputar falsamente fato como crime em havendo o consentimento o crime desaparece, restando atípica a conduta do agente.

Rogério Sanches (apud MOREIRA ROSA) assim menciona:

Hoje, porém, pacificou-se entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que o consentimento da vítima exclui o delito (a honra é disponível). Contudo, tal anuência tem de ser manifestada pela própria vítima, não admitindo consentimento dado por interposta pessoa (representante), vez que o bem jurídico (honra) não lhe pertence.

Camargo Aranha (1995, p. 49-50) explica que o vocábulo “calúnia” tem sua origem etimológica na expressão latina *calomniae*, significando o ato praticado por alguém visando a desacreditar terceira pessoa publicamente através de acusações falsas. A calúnia é composta de três elementos distintos: - falsa imputação (referência desabonadora à honra da vítima); - a imputação de um fato determinado (Camargo Aranha remete a Nelson Hungria, que afirma que o fato determinado é quando traz todos os elementos que permitam concluir pela credibilidade da acusação feita); - e o fato deve constituir crime (diz respeito à necessidade de o fato exteriorizado).

Quanto à especificidade necessária para que se configure o crime de calúnia, segue decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. CRIMES CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. COMPETÊNCIA DO JECRIM. O delito de calúnia exige a imputação falsa de um fato determinado que seja definido como crime. Significa dizer que essa imputação deve estar amparada em elementos concretos que proporcionem uma descrição fática específica, não bastando referências vagas e genéricas. De acordo com a queixa-crime, o querelado, ao dizer que os querelantes são trambiqueiros e que conhece muita gente que foi enganada por eles, imputa a eles o crime de estelionato (art. 171, CP). Assim, a partir da leitura da peça acusatória, não verifico a presença de imputação de um fato determinado, e sim de referências genéricas. **CONFLITO PROCEDENTE.** (Conflito de Jurisdição Nº 70077817120, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 07/11/2018)

Sendo assim, não basta imputação genérica e inespecífica. Se exige que o sujeito ativo deste crime desenvolva especificamente a narrativa, atribuindo detalhes e circunstâncias. Atribuições abstratas não tipificam o crime de calúnia, conforme visto na decisão, onde o querelante tão somente imputa o crime de estelionato, porém não individualiza sua narrativa.

Assim diz o CNJ (2018,) prevista no artigo 139 do Código Penal, a difamação consiste em imputar a alguém um fato ofensivo a sua reputação, embora o fato não constitua crime, como ocorre com a calúnia. É o caso, por exemplo, de uma atriz que tem detalhes de sua vida privada exposta em uma revista.

É necessário, segundo Moreira Rosa (2014), para caracterizar a difamação, a existência de imputação de fatos e pessoa (s) determinada (s), pouco importando se são falsos ou verdadeiros, relevando-se a finalidade de ofender a reputação de outrem, isto é, sua honra objetiva, quer seja por escrito, gestos ou palavras. Para Ferreira (1997, p. 47-48), difamação consiste na imputação de fato, que, embora sem revestir-se caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui.

É necessário, para caracterizar a difamação, que seja imputado um fato determinado, específico. Ainda que verdadeira a imputação subsista o crime, pois não há necessidade de ser falsa, como ocorre com a calúnia, expressa Nogueira (1995, p. 20), o crime se consuma quando a imputação chega ao conhecimento de alguém que não a própria vítima.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A HONRA. QUEIXA CRIME. EXCEÇÃO DE NOTORIEDADE. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 139, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. OFENDIDO NÃO É FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME. 1. Constitui-se a difamação em crime que ofende a honra objetiva, o qual tem a capacidade de macular a reputação da vítima, isto é, o bom conceito que ela desfruta na coletividade, pouco importando se verdadeiro ou falso. 2. O artigo 523 do Código de Processo Penal, ao dispor sobre o processo e julgamento dos crimes de calúnia e injúria, de competência do juiz singular, fala em exceção de notoriedade. Esse dispositivo, na prática, é utilizado principalmente para o crime de difamação, pois não haveria motivos legítimos para permitir a exceção da notoriedade de fato imputado à calúnia e à injúria, e negá-lo para remanescente delíto contra a honra. Quem se vale da exceção da notoriedade alega a falta de ofensividade da conduta do sujeito. Ocorre que o sujeito é específico, funcionário público, e a ofensa tem que ser no exercício de suas funções. 3. Trata-se de matéria jornalística, atribuída a uma pessoa jurídica e a uma pessoa física, sem nenhuma ligação com a administração pública. 4. Extraí-se da decisão que o magistrado de piso rejeitou a queixa-crime utilizando os argumentos trazidos pelo querelado na exceção de notoriedade, quando na verdade não era cabível a sua oposição em juízo, muito menos que esta levasse a efeito a rejeição da queixa-crime. RECURSO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70078085099, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 19/12/2018)

Conforme é possível se inferir do julgado acima, a difamação se dá na capacidade de ferir a honra da vítima, objetivamente, seja alegando situações verídicas ou falsas. A exceção de notoriedade não foi cabida no caso em tela por não cumprir seus requisitos específicos. Portanto, é configurado o crime de difamação, na medida em que a ofensa, oriunda de matéria jornalística, foi específica e suficiente para causar dano à vítima.

O crime de injúria, relata CNJ (2018), previsto no artigo 140 do Código Penal, ocorre quando uma pessoa dirige a outra algo desonroso e que ofende a sua dignidade – é o famoso xingamento. Como se trata de um crime que ofende a honra subjetiva, ao contrário do que ocorre com a calúnia e difamação, no crime de injúria não é necessário que terceiros tomem ciência da ofensa.

Na hipótese da injúria envolver elementos referentes à raça, cor, etnia, religião origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a pena é aumentada para reclusão de um a três anos e multa.

APELAÇÃO CRIME. INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO. ART. 140, § 3º, DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. O reexame do conjunto probatório não permite afastar a conclusão da sentença recorrida de que o Ministério Público trouxe ao processo a certeza, por meio de provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, acerca do cometimento do delito de injúria qualificada por preconceito e de sua autoria, notadamente da intenção do apelante de macular a honra subjetiva, a autoestima e a dignidade vítima, mediante propagação de conceito negativo sobre a ela envolvendo raça e/ou cor, fato que configura o *animus injuriandi*. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70074375643, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 19/12/2018)

O *animus injuriandi* referido no julgado, portanto, define o elemento subjetivo da conduta do autor. Não se trata de um crime que fere a honra objetiva, mas que tutela a pessoalidade da vítima, daquele agente que intenta ferir sua autoestima e confiança pessoal. É o dolo do autor que causa à vítima, diretamente, infortúnios emocionais e psicológicos. No caso em tela, ainda, houve a qualificação da conduta, por se tratar de crime ligado a preconceito de cor ou raça.

Bem jurídico protegido, diversamente dos dois delitos anteriores. É a honra subjetiva, quer dizer, a autoestima da vítima, a concepção ampla que ela tem de si, De acordo com Moreira Rosa (2014), a injúria abrange três espécies: injúria simples, injúria real, injúria preconceituosa (art. 140). Para a configuração da Injúria Real é mister que a injúria consista em violência ou vias de fato, de modo que seja tão aviltante, objeto, que cause ofensa à honra subjetiva. Exemplo: o agente que desfere um tapa na face de outro querendo lhe causar ofensa em sua dignidade ou decoro. Se, por acaso, da violência resultar lesão corporal aviltante, deverão ser somadas as penas, como determina o dispositivo (preceito secundário do inc. 2 do art. 140 do CPB-41). Injúria Preconceituosa consiste na utilização de elemento referente à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pode-se afirmar, resumidamente, que injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria é expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, que traduz sempre menosprezo ou menoscabo pelo injuriado.

A injúria, ao lado de um sentido jurídico, restrito, tem um sentido leigo, bem amplo, significando afronta, agravo, insulto, a ofensiva injuriosa visa a atingir o ofendido em seu brio pessoal ou pundonor. Como escreve em seu livro (CAMARGO ARANHA, 1995, p. 63).

Por fim, o desrespeito à honra alheia pode adentrar a seara penal e configurar os crimes de calúnia, difamação ou injúria, que são amparados pelos artigos 138 a 140 do Código Penal. Muitos falam em honra outros defendem a honra tentando fazer deste brio resultados que vêm desabonar totalmente seu caráter de cidadão. Concordamos com a abordagem de Mazzuchell e Ferreira (2007), que expressa que crimes passionais vêm do latim *passionalis*, de *passio* (paixão), de modo que a expressão crimes passionais diz respeito ao que se comete por paixão, é o que se faz, por uma exaltação ou irreflexão, conseqüente de um desmedido amor à mulher ou de contrariedade a desejos insopitados.

3 Elemento do crime passional

Os elementos de crimes passionais de que trataremos agora, segundo Mazzuchel e Ferreira (2007), constituem-se por um sentimento de posse e não mais algo terno e bonito. Geralmente, a razão de sua ocorrência é a paixão doentia, violenta e irreprimível, que provoca a perda do controle das ações do seu autor.

Amor é aquele sentimento lindo que despertou o interesse por leitores do mundo todo como forma mais nobre de tudo que existe na Terra. Portanto, como bem esclarece Rabinowicz (apud MAZZUCHELL; FERREIRA, 2007), “não atacamos a forma sublime e verdadeiramente superior do amor, que é o amor afetivo, mas condenamos essa forma brutal, primitiva, animal do amor, que é o amor sensual que mata”.

A sociedade manipula ideologicamente, com seus altos padrões de estética e beleza, fazendo, na maioria das vezes, almejar a alguém belo (a) para nos acompanhar durante a vida. A princípio, isso nos fortalece, aumenta nossa autoconfiança e nos mostra o que somos capazes de conquistar, mas, a longo prazo, o fantasma do ciúme nos rodeia e nos torna paranoico, passa nos incomodar.

Ao mergulhar nas cristalinas águas do amor, muitos provam o amargo sabor do sentimento que surge de sua própria insegurança, medo, desejo e sentimento de inferioridade, o ciúme. “o assassino passional busca o bálsamo equivocado para sua neurose, quer recuperar [...], o reconhecimento social e a autoestima que julga ter perdido com o abandono ou adultério da mulher”. Ele tem medo do ridículo e por isso equipara-se ao mais vil dos mortais (Eluf. 2003).

A paixão embebida de ciúmes que dá o “direito” ao passional de tirar a vida alheia é um “sentimento doentio” que provoca cegueira quanto aos limites ditados pelas normas da sociedade. É como se um homem, antes perfeitamente racional e claro em suas ideias e pensamentos, perdesse total e inexoravelmente a razão que trazia consigo, ficasse cego diante do óbvio à sua frente, esquecesse os limites que o cercam aos quais deveria obedecer, tornando-se um apaixonado doente. Alguns apaixonados reagem de forma brutal e fria, por isso, continuam afirmando que amor, paixão e demais sentimentos, termos sentidos pelo indivíduo em uma relação ao objeto de sua adoração, cedem lugar a um sentimento conflitante que nasce quando percebe que não mais é correspondido ou que foi abandonado pela vítima e passa a sentir que a recompensa por todo o amor é verdadeira idolatria que dedicou a sua amada, é o abandono, a traição, e transmuta a paixão e o amor em um sentimento revoltoso, provendo da dor e dos sentimentos que tanto o atormentam e ao assolam, o ódio (Mazzuchell e Ferreira 2007).

Na concepção do indivíduo passional, a única vítima é ele próprio, que teve sua moral e honra feridas pela conduta de seu parceiro. Ele ignora completamente direitos pessoais básicos garantidos pela Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, e o direito à vida. No comportamento do criminoso passional há ainda a influência social para que este não aceite a autodeterminação da mulher.

[...] está claro que a mera menção à tese da legítima defesa da honra ofende a todas as mulheres, por tratá-las como ‘objeto de uso’ masculino. Hoje, com a Constituição Federal que equipara homens e mulheres em direitos e obrigações, proibindo todas as formas de discriminação, sem deixar qualquer dúvida quanto à plena cidadania feminina, seria inadmissível que um defensor ousasse apresentar a tese da legítima defesa da honra em plenário do júri, por ser inconstitucional (Eluf. 2003).

Na concepção do indivíduo passional, a única vítima é ele próprio, que teve sua moral e honra feridas pela conduta de seu parceiro. Ele ignora completamente direitos pessoais básicos garantidos pela Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, e o direito à vida. No comportamento do criminoso passional há ainda a influência social para que este não aceite a autodeterminação da mulher.

Considerações finais

De acordo com que foi visto neste trabalho, verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro dá uma proteção a quem tiver sua honra ofendida, através de vários dispositivos, tanto constitucionalmente, como na seara penal. Afetar a honra do sujeito é ferir o ser humano e pode representar dano até mesmo maior que ofensa física, pois atinge a psique, o sentimento das pessoas. Em contrapartida, da mesma forma que a lei protege a honra, ela também pune aqueles que confundem o amor e a paixão, transformando esses sentimentos em fortes emoções violentas, a ponto de matar.

O homicida passional, em geral, não é um psicopata que mata por prazer, ou fetiche, é um indivíduo fora de controle e emocionalmente doente. Filósofos já definiam a honra como o sentimento mais belo do caráter de um homem. Nossa mente é como um computador: recebe uma informação, processa-a e armazena-a para usá-la posteriormente. Também proporciona a capacidade de analisar a informação para possamos empregá-la com eficácia. Transforma uma informação em imagens visuais capazes de influenciar significativamente nos processos de tomadas de decisões. Mas a mente é sobre tudo, a porta de entrada do coração, que é a fonte das emoções, o âmago do nosso ser. É no coração que adotamos ou rejeitamos valores morais e éticos e os valores que adotamos acabam se tornando a nossa verdadeira essência.

Referências

BAYER, Diego Augusto. Breve análise do conceito de crime, sujeito ativo, passivo e objetos. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943206/breve-analise-do-conceito-de-crime-sujeito-ativo-passivo-e-objetos>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos das Penas**. Hunder Book, São Paulo, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAMARGO ARANHA, Jose Q.T. de. **Crime Contra Honra**. Local: São Paulo: Saraiva 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: diferença entre calúnia, injúria e difamação, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86990-cnj-servico-diferenca-entre-calunia-injuria-e-difamacao>>. Acesso em: 08 mar.2019.

COELHO, André. Introdução à Filosofia do Direito. **Filósofo grego**, 2008. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2008/10/introduo-filosofia-do-direito.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da Língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Amauri Pinto. **Calúnia, injúria e difamação** Rio de Janeiro: Aide1997.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

LORENCI, Ivan Carlos de. Dos Crimes contra honra: Reflexão. **DireitoNet**, 2002. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/922/Dos-Crimes-Contra-a-Honra-Reflexao>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MAZZUCHELL, Camila Gonçalves; FERREIRA, Katia Regina de Oliveira. Crimes passionais: Quando a Paixão Aperta o Gatilho. **Etic**, v. 3, n. 3, 1-17, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1393>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MOREIRA ROSA, Leonardo Sérgio Cesar Lopes. Dos Crimes Contra Honra. **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dos-crimes-contra-a-honra-da-calunia-difamacao-e-injuria,46601.html>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MILIORINI, Michelly; BECKER, Simone. Contexto histórico e jurídico sobre os crimes passionais. **Universidade Federal da Grande Dourados**, s/d]. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/comunicacao/downloads/artigo-crimes-passionais-boletim-premissas>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Em Defesa da Honra**. Local São Paulo: Saraiva 1995.

ROSALLINY, Pinheiro Dantas. A honra como objeto de proteção jurídica. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigos_leitura_&artigoid=11017>. Acesso em: 23 mar. 2019.

QUEIROZ, Daniela Soares de. A paixão e o crime passional. **Psicologia Jurídica**, 2012. Disponível em: <<https://psicologo.com/atuacao/psicologia-juridica/a-paixao-e-o-crime-passional>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

DIREITO INTERTEMPORAL: a aplicação imediata da lei processual civil no tempo

Maidana Patricson Saralé²⁰⁴

Ederson Barbosa da Silva²⁰⁵

Aline Antunes Gomes²⁰⁶

Resumo

O objetivo desta pesquisa é analisar conceituações do Direito Intertemporal frente à transição do CPC/ 73, Lei nº 5.925/73 para o CPC/15, Lei nº 13.105/15, além de revisar bibliografias sobre direito intertemporal no processo civil. Teve como problemática, se os tribunais superiores estão cumprindo o Direito Intertemporal na transição das respectivas leis, tendo como hipótese duas jurisprudências a qual serão analisadas.

Considerações iniciais

O presente trabalho se destina a estudar o instituto do Direito intertemporal e a aplicação da lei processual Civil no tempo, principalmente no que se refere aos parâmetros de aplicabilidade de uma lei nova frente a uma lei revogada e a repercussão disso em situações concretas não findas, sem esquecer-se de salvaguardar a segurança jurídica e o direito adquirido. Nessa transição, existe a necessidade de se determinar quais os limites de aplicação de uma lei nova em situações jurídicas ainda não perfectibilizadas e que deverão ser reguladas a partir das novas disposições legais.

Ao contrário do que se verifica sobre a aplicação da lei substantiva no tempo, a aplicação imediata da lei processual civil no tempo é um dos pilares do direito intertemporal. Embora haja dispositivo expresso no Código de Processo Civil de 2015 acerca da aplicação imediata da lei processual no tempo, não se pode olvidar, como acima referido, dos institutos jurídicos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do princípio da irretroatividade das leis, os quais integram um sistema jurídico que deve se pautar pela integridade e pela coerência.

204. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: pmsarale@hotmail.com.

205. Acadêmico do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta (RS). E-mail: eddybarsilva@hotmail.com.

206. Orientadora da Pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito. Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela Unijui. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. E-mail: algomes@unicruz.edu.br.

O Direito intertemporal está ligado à segurança jurídica, pois é a partir dele que se desdobram os requisitos para a aplicação de qualquer lei no tempo, como um tratamento indispensável a ser realizado pelo legislador, suficiente, não só para preparar a comunidade jurídica a respeito das alterações, mas, também, para equalizar e igualar as condições das novas disposições de modo adequado e proporcional.

Embora exista a figura da *vacatio legis* prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657/42, com tal instituto a aplicação da lei no tempo não se confunde, já que sua pertinência coloca em jogo aspectos ligados após a vigência de uma lei nova frente a uma lei ab-rogada. No sistema normativo pátrio, verifica-se que o posicionamento jurisdicional nem sempre equaliza de modo adequado e constitucional a aplicação da lei no tempo, principalmente no que toca ao reconhecimento das regras de procedimento como direitos fundamentais (art. 1º, CPC) bem como a aplicação imediata da lei processual no tempo (art. 14 do CPC/15²⁰⁷).

Tal posicionamento jurisdicional afronta diretamente a segurança jurídica, e partindo desta perspectiva se têm a relevância do tema, pois as leis vão mudando conforme a evolução social, e no meio destas transições vão existir processos em cursos que precisam ser amparados, e este amparo deve vir com o direito intertemporal.

O artigo 1046²⁰⁸ do CPC/15 também fala que as disposições da nova lei se aplicarão desde cedo aos processos pendentes, assim respeitando o isolamento dos atos processuais, nos quais suas normas devem ser aplicadas aos feitos em curso, vedada a retroatividade da lei conforme o artigo 5º, inciso XXXVI²⁰⁹ da Constituição Federal.

Assim, o presente estudo se destina, também, a contribuir com a academia e com o incremento da qualidade da prestação jurisprudencial, na medida em que se propõe verificar de que maneira os precedentes jurisprudenciais vêm enfrentando o problema do direito intertemporal em tempos de transição entre o CPC/73 para o CPC/2015. Para tanto, reafirma-se a relevância do assunto e a escolha pessoal do tema.

Destaca-se que o trabalho tem como objetivo geral estudar conceituações do Direito Intertemporal frente a transição do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.925/73 para o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/15, e como objetivos específicos revisar bibliografias sobre direito intertemporal no processo civil e analisar jurisprudências em cotejo com a doutrina.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, pois a pesquisa se propõe a analisar um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses. O tipo de pesquisa, quanto à abordagem, é qualitativo, pois pondera que há uma relação ativa entre o mundo real e o sujeito, isto é, uma conexão entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser demonstrado em números. Retomando aos objetivos, o trabalho segue a linha descritiva, já que a pesquisa observa, analisa e classifica dados, sem manipulá-los, ou seja, sem influência do pesquisador. Quanto ao procedimento adotado, optou-se pelo bibliográfico, uma vez que será apresentada uma revisão bibliografia e análises jurisprudenciais.

207. “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

208. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

209. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

Assim, a pesquisa destina-se a investigar e revisar o Direito Processual Civil no que tange ao tema do direito intertemporal, já que, no âmbito da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.256/2016, que revogou o Código de Processo Civil até então vigente, Lei nº 5.869/1973, exsurgem interpretações acerca da (ina) aplicabilidade imediata do direito processual civil, principalmente porque, a partir da entrada em vigor do Novo Diploma Processual, a teor do seu artigo 1^o210, o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, as regras de procedimento adquirem *status* de Direito Fundamental.

1 Direito Intertemporal

Muito se tem discutido acerca do Direito Intertemporal pela transição do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.925/73, para o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/15, mas, para se ter uma adequada compreensão a respeito da aplicação deste instituto no processo, necessário se faz conhecer um pouco da importância do procedimento como mecanismo jurídico co-originário ao direito substancial, que segundo Gonçalves (2015, p. 36) “surgiu antes de tudo, porque ao Estado, em determinada época da evolução histórica, foi atribuído o poder-dever de solucionar os conflitos de interesse”.

Antes de o Estado atrair para si a função-dever de tentar solucionar conflitos, Frauzino (2015, [s.p]) em sua obra dispõe que, os particulares cometiam o modo da autotutela ou autodefesa, em que havia a sujeição total de uma parte à outra pela força, desse poder-dever instituído ao Estado, o processo surge como o meio formal para as soluções dos litígios, pois o processo é o instrumento que o Estado utiliza para o exercício do seu poder.

O termo processo para Didier Junior (2015, p. 56) serve tanto para instituir o ato processo, como a relação jurídica que dele insurge, portanto, sendo encarado como um efeito jurídico, ou seja, é o resultado prático e de conformidade dos princípios do Direito. Nesse sentido Felipe (2015, [s.p.]):

Processo é uma ferramenta de trabalho da jurisdição, o qual tem por finalidade exteriorizar e documentar os atos processuais praticados pelas partes e seus procuradores, pelo juiz e os serventuários da justiça e pelos demais sujeitos processuais que intervêm no procedimento, como exemplo, os promotores, peritos, tradutores e intérpretes.

Isto é, o processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, como acima citados (parte, juiz, auxiliares de justiça etc.). Nesse sentido, nota-se que o processo é um instrumento crucial para a solução de todos os conflitos que chegam ao Poder Judiciário, assim todos os envolvidos utilizam-se dele, para exteriorizar e documentar suas pretensões.

Conceitua Didier Junior (2015, p. 56) o processo como um ato jurídico, pois se trata de um ato jurídico complexo, uma vez que o processo se enquadra na categoria ato-complexo de formação sucessiva, visto que os vários atos que tem o tipo normativo incidem no tempo, dado que, seja um conjunto de atos jurídicos, conexos entre si, que têm como fim comum, a prestação jurisdicional, ou seja, todos os atos processuais transcorrem no lapso temporal entre o início e o fim da respectiva tutela jurisdicional.

210. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Segundo Felipe (2015, [s.p.]), atos processuais são ações cometidas no curso de um processo, tendo por resultado a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou o fim da relação processual, com vistas nos procedimentos, a classificação, a forma e os requisitos dos atos processuais, assim caracterizando o procedimento como um modelo que agrega o processo, pois para cada momento do procedimento, há um formato, que incide no estilo pela qual se desencadeia um ato processual, acatando os princípios do devido processo legal.

Assim, Didier Junior (2015, p. 56) afirma que, todo ato que faz parte do processo é um ato jurídico que tem direito a proteção, mesmo se ele for um ato jurídico processual, por isso que o artigo 14²¹¹ do Código de Processo Civil deixa expresso que se respeitem os atos processuais praticados.

Por esta perspectiva chega-se no Direito Intertemporal, que segundo Salgado (2010, [s.p.]), é o direito que tem vigência no lapso temporal de uma lei anterior e outra posterior, por isso, também é chamado de direito transitório, pois não é somente um direito com tempo exato de nascimento e morte, mas sim um direito que requer a união entre os lapsos temporais das vigências de outras leis, admitindo a passagem de uma à outra.

Delgado (2010, [s.p.]) também dispõe o Direito Intertemporal sendo a parte da ciência jurídica que arrisca responder os pontos mais frequentes que abrangem a entrada em vigor de uma novel lei e o regulamento das relações jurídicas pretéritas, pois o conflito de leis, advindas da coexistência de duas legislações distintas gerindo uma mesma relação jurídica, nasce a partir do momento em que são desobedecidos os perímetros temporais ou espaciais de aplicação de determinados preceitos jurídicos.

Por este ângulo Martins (2016, [s.p.]) e Gonçalves (2014, p. 57) explanam que as situações jurídicas concretizadas, entendendo-se como um direito processual adquirido, já exercido e estabelecido sob a vigência da norma revogada, ou seja, todos os atos realizados pela norma anterior, não serão atingidos pela lei novel, assim, os problemas só surgem com relação aos processos em andamento, quando da entrada em vigor da nova lei, pois os que já estão finalizados ou mesmo não começaram, não acarretarão qualquer complicação ao aplicador.

Fux (2014, p. 16) afirma que, o problema da eficácia da lei no tempo é de solução igual como toda e qualquer lei, acatado o prazo da *vacatio legis*, ela apresenta aplicação imediata e genérica, respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O fato é que toda e qualquer lei nova de processo e de procedimento deve venerar o ato jurídico perfeito e os direitos processuais adquiridos e agregados no patrimônio dos sujeitos do processo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 166) na obra Novo Código de Processo Comentado, sustentam que “a legislação processual civil superveniente impacta de maneira imediata os processos pendentes, desde que respeitados eventuais direitos adquiridos processuais e os atos processuais perfeitos”.

Na visão de Fux (2014, p. 17) o assunto singulariza-se no campo do processo em pretexto da natureza dinâmica da relação processual, que em todo evolver faz exsurgir novas fases, novos atos, novos direitos, deveres, ônus e faculdades, atribuindo a aplicação da novel lei aos feitos pendentes, isto é, sempre vai cessar e surgir deveres processuais durante a relação processual, e a nova lei só vai fazer efeito aos deveres posteriores

211. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

a sua vigência, pois a lei processual dispõe para o futuro, acatando os atos e os efeitos dos atos praticados sob a égide da lei revogada.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 166) e Fux (2014, p. 18-19), a legislação processual civil posterior influencia de modo imediato os processos pendentes, desde que considerados eventuais direitos adquiridos processuais e os atos processuais perfeitos, como acima mencionados, pois a complexidade está em determinar o momento da perfectibilidade do ato ou o exurgimento do direito processual para a perfeita aplicação da regra que veta a irretroatividade. Segundo Marques (1958, p. 100-101):

Os atos processuais, praticados sob vigência da lei revogada, mantêm plena eficácia depois de promulgada a lei nova, embora ditando preceitos de conteúdo diferente. *Tempus regit actum*: a lei processual prevê apenas para o futuro, ou seja, para os atos processuais ainda não realizados ao tempo em que se iniciou a sua vigência.

Para Bueno (2015, p. 93), o artigo 14, em sua primeira parte, resguarda claramente o princípio *tempus regit actum*, que deve ser percebido como a incidência imediata das novas leis no processo em andamento, salvaguardando os atos processuais já perpetrados, assim sendo o preceito harmônico com o caput do artigo 1.046²¹², que constitui expressamente a aplicação imediata do CPC de 2015 aos processos em curso com sua entrada em vigor, com a expressa revogação do CPC de 1973.

Nessa lógica Selbach e Colzani (2006, [s.p.]) afirmam que o sistema pátrio adota os princípios do direito adquirido, da coisa julgada, do efeito imediato da lei, do ato jurídico perfeito e da irretroatividade, independentemente das teorias a seguir, o fundamento é o respeito a esses princípios, ou seja, é o respeito a estes princípios que torna segura a tutela jurisdicional. Nota-se que é de convergência natural do direito brasileiro o efeito imediato da novel lei, que ao entrar em vigor, tem efeito imediato e geral, ou seja, há efeito imediato quando a legislação é aplicada a partir do momento em que entra em vigor, regendo as situações jurídicas que lhes são posteriores.

Dentre os dogmas do Direito presente no ordenamento jurídico, a doutrina e a lei elegem como principais dogmas do direito intertemporal: a coisa julgada, ato jurídico perfeito e o direito adquirido. A coisa julgada para Selbach e Colzani (2006, [s.p.]) “é a matéria já apreciada pelo órgão julgante, que por lei superveniente não poderá ser mais alterada, haja vista o pedido de tutela jurisdicional já ter sido proferido por órgão competente”, ou seja, é uma garantia que vem da necessidade que as decisões judiciais não possam ser mais modificadas, a partir de um determinado ponto.

Fux (2014, p. 19) dispõe que: “a coisa julgada é algo tão sagrado que a lei incumbiu-se de lhe definir o momento a partir do qual ela se consubstancia e se acoberta de um manto apto a torná-la ao abrigo das impugnações e dos recursos, assim inimpugnada uma decisão, ela se reveste de *auctoritas res judicata* e não pode mais ser atingida pela lei nova”, isto é, quando se faz coisa julgada, não se cabe mais recurso, assim a novel lei não vai atingi-la.

Ongaratto (2010, [s.p.]) traz, que o Estado, quando impôs princípios a fim de prover segurança nas relações jurídicas, estava preocupado com a paz e a justiça social, assim para que o caos não se estabelecesse,

212. Ao entrar em vigor este código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

por isso que a regra geral é a da definitividade, respeitabilidade e exigibilidade do ato jurídico perfeito e acabado.

Ato jurídico perfeito é outro dogma que o direito intertemporal tem por pilar, Salgado (2010, [s.p.]) afirma que ato jurídico perfeito é determinado legalmente como o ato consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, é uma ferramenta de consolidação de situações jurídicas, em especial de negócios jurídicos concretizados entre as partes.

Entende-se então que, segundo Ongaratto (2010 [s.p.], ato jurídico perfeito é aquele que sob a disciplina de assentada lei tornou-se capaz para dar surgimento aos seus efeitos, em outras palavras, consagra o princípio da segurança jurídica, justamente para conservar as situações devidamente estabelecidas na vigência da lei anterior, porque a lei nova só projeta seus efeitos para o futuro, como regra. Assim, no direito intertemporal deve-se reinar o isolamento dos atos, ou seja, o ato jurídico sendo perfeito jamais poderá ser atingido por uma novel lei.

O terceiro dogma que o direito intertemporal traz é o direito adquirido, que segundo Salgado (2010, [s.p.]) são, “direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Na visão de Selbach e Colzani (2006, [s.p.]) “os direitos adquiridos são aqueles que por lei anterior os tenham efetivamente incorporado ao patrimônio material ou moral do indivíduo, em plenas condições de ser exercido”.

Esses três dogmas dão origem à segurança jurídica, que para Santos (2010, [s.p.]): “É um princípio que o Estado tem que garantir ao seu cidadão, tendo em vista a necessidade de demonstrar que apesar de ter ele, o Estado, um poder maior, garantido na mesma Carta Magna, existe uma dosagem e um controle da utilização deste poder.” Ademais, a segurança jurídica, para Salgado (2010, [s.p.]), é uma forma de consolidação das situações jurídicas e dos direitos, assim garantindo que o mundo jurídico seja avaliado como uma esfera com certa estabilidade e previsibilidade.

Respeitados os dogmas acima mencionados, o principal pilar do direito intertemporal processual é a aplicação imediata para os atos posteriores a vigência da novel lei. Assim, Selbach e Colzani (2006, [s.p.]) afirmam que, “o efeito imediato da lei nova é de convergência natural do direito brasileiro, em que a lei nova, ao entrar em vigor, tem efeito imediato e geral, salvo se esta lei impõe prazo, devendo ser imposta a tudo e a todos”.

Martins (2016, [s.p.]) dispõem que se a ação da norma alcança apenas fatos do presente “*facta pendentia*”, seu efeito é imediato quanto às suas partes posteriores, conservando-se intactas as partes anteriores, se a legislação alcança fatos futuros, seu efeito é diferido, atingindo as situações jurídicas no total, ou seja, o efeito imediato da lei deve ser considerado como regra ordinária, pois a lei nova se aplica, desde a sua promulgação, a todos os efeitos que resultarão no futuro, de relações jurídicas nascidas ou por nascer.

Na argumentação de Matinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 166) “a exata compreensão da distinção entre efeito imediato e efeito retroativo da legislação leva a necessidade de isolamento dos atos processuais a fim de que saiba se a aplicação da legislação nova importa efeito imediato ou efeito retroativo”. Portanto, no direito intertemporal deve reinar o isolamento dos atos processuais, que segundo Scavone Junior (2016, [s.p.]) “esse sistema de isolamento dos atos, a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência”.

Nesse sentido, Gonçalves (2014, p. 58) demonstra que “O processo deve ser considerado um encadeamento de atos isolados, os que já foram realizados na vigência da lei antiga persistem, e os que ainda deverão ser, respeitarão a lei nova”. Conforme Rossato (2017, [s.p]), o novo código de processo civil fez importantes previsões de direito intertemporal no artigo 1.046, parágrafos 1^o213 e 5^o214, 1.047²¹⁵, 1.054²¹⁶, 1.056²¹⁷ e 1.057²¹⁸, das quais a legislação deixa expresso sobre o sistema de isolamento dos atos processuais. Portanto em nome da segurança jurídica e atendendo às expectativas dos litigantes, se feito o ato processual sob a vigência do código de processo civil de 1973 e este contar com efeitos pendentes, a eficácia do código anterior continua até sua consolidação.

Diferentemente do que se vê no Direito intertemporal Material, pois o Código Civil, segundo Delgado (2006, p. 9), em algumas ocasiões, “poderá regular os efeitos futuros de fatos ou situações jurídicas que já existiam antes do início de sua vigência, bem como alterar determinados efeitos produzidos no passado, ou mesmo aceitar que se criem novas situações baseado em fatos acontecidos anteriormente.”

No Código Civil de 2002, no seu artigo 2028, por exemplo, que trata sobre a contagem dos prazos na questão temporal, deixa expresso que, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este código, desde que, na data da sua entrada em vigor, tenha transcorrido mais da metade do tempo estabelecido da lei revogada, por outras palavras, Bueno (2013, [s.p]) dispõe que o referido artigo quer dizer que somente será mantido o prazo da lei anterior, se quando da entrada em vigor da lei nova, já tiver transcorrido mais da metade do prazo prescricional então previsto, ou seja, se o prazo prescricional for de 20 anos, e no dia da entrada em vigor da nova lei estiver esse com 10 anos e 1 dia, aplica-se o prazo da lei revogada, contados a partir da abertura originária do mesmo, entretanto se no dia da vigência o prazo estiver na metade ou menos, aplica-se o prazo estipulado pela lei nova, porém com a diferença de que neste caso inicia-se uma nova contagem do novo prazo a partir da data da entrada em vigor da nova lei.

Então no Direito Intertemporal Processual deve imperar a aplicação imediata da lei. Outro princípio indispensável que o processo deve ser tratado nessa nova visão, expresso no artigo 1º do novo CPC, é abordá-lo como um Direito Fundamental, situação discutida na próxima seção.

2 O processo como direito fundamental

Os Direitos Fundamentais, consistem nos direitos expressamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, que cumprem uma função de defesa dos cidadãos, ou seja, os direitos fundamentais são responsáveis por aderir os valores da sociedade ao Direito.

213. [...] As disposições da lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que foram revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste código. [...]

214. [...] A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste código. [...]

215. As disposições de direito probatório adotadas neste código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

216. O disposto no art. 503, parágrafo 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da lei n.5.869 de 11 de janeiro de 1973.

217. Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste código.

218. O disposto no art. 525, parágrafos 14 e 15, e no art. 535, parágrafos 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, parágrafo 1º, e no art. 741, parágrafo único da lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Segundo Lima (2013, [s.p.]), os Direitos fundamentais também são acatados como direitos subjetivos dos indivíduos perante ao Estado e dos particulares que causam efeitos que alcançam todo o ordenamento jurídico, convindo de interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

Segundo Bonavides (2005, p. 55), há a obrigação de se interpretar e aplicar as normas jurídicas sob a ótica constitucional e dos direitos fundamentais, conforme faz menção a seguir:

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvimento, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. [...] Quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações.

À luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, o processo deverá ser adequado à tutela dos direitos fundamentais e estruturado em conformidade com essas mesmas normas. No que tange ao neoprocessualismo, Lima (2013, [s.p.]) afirma que o processo sofreu a influência desse processo de valoração da constituição, que, inicialmente, adveio a apreciar a tutela constitucional do processo, que versa no conjunto de princípios e garantias trazidos da constituição que tratam sobre a tutela jurisdicional, o devido processo legal, a exigência da motivação dos atos judiciais e a chamada jurisdição constitucional das liberdades, abrangendo os meios previstos na constituição para dar efetividade aos direitos individuais e coletivos, como o mandado de segurança etc. Com base nesta corrente, os princípios processuais passaram a ser chamados de direitos fundamentais processuais, principalmente os que contam com previsão expressa na Constituição.

Perante essa evolução, o legislador conferiu ao primeiro capítulo do novo Código de Processo Civil o nome “Dos princípios e garantias fundamentais do processo civil”, o qual traz em seu artigo 1º²¹⁹, o tratamento da norma processual como um Direito Fundamental. Oliveira (2012, p. 2) explana que se o processo, na sua qualidade de legítimo instrumento de natureza pública indispensável para a efetivação da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como utensílio de concretização de valores e sobretudo de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Os princípios fundamentais segundo Wambier e Talamini (2016, p. 72) compõem normas explícitas ou implícitas de um específico ordenamento jurídico. Nos Estados de Direito modernos, inclusive no Brasil, a maioria dos princípios processuais fundamentais tem assento na Constituição, ou seja, são o alicerce sobre a qual se constrói todo o sistema normativo infraconstitucional, porém isso não elimina a existência de outros princípios processuais igualmente fundamentais no âmbito infraconstitucional.

Como acima descrito, diversos princípios fundamentais do processo estão postos na própria Constituição Federal, os referidos autores explanam que tais princípios constituem garantias fundamentais, na medida em que são essências para assegurar todos os demais direitos e liberdades reconhecidos constitucionalmente, entretanto, todos os direitos, para serem efetivos, dependem de um aparato jurisdicional seguro e eficaz, que possa ser facilmente ativo se eles forem ameaçados ou violados.

219. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Medauar (2016, p. 170) afirma que “em uma democracia constitucional o processo passa a ser um direito fundamental que possibilita a fruição das iguais liberdades dos cidadãos, entendidas como o direito fundamental que todos têm de serem tratados com igual respeito e consideração”, ou seja, o processo em uma democracia constitucional tem a finalidade de garantir que os cidadãos sejam tratados com igual respeito e consideração, na medida em que permite que todos aqueles que se sentem afetados por um provimento estatal possam participar, oferecendo suas razões, argumentos e provas, com igualdade e liberdade, na elaboração do próprio provimento.

O processo sendo uma instituição fundada na Constituição Federal, serve exatamente para a consolidação das liberdades equivalentes, como já afirmado, de modo a autorizar que todos os prováveis afetados pela decisão tenham a possibilidade de estabelecer a própria decisão que lhes afetará, através de argumentos e provas, pois é pelo meio do processo que se permite a fiscalização e controle de qualquer um do povo em face das decisões estatais.

A função do magistrado ganha maior importância, na execução dessa reconstrução do processo civil à luz da Constituição²²⁰. Como exemplo, há no artigo 1º do novo CPC, o seguinte: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Vale destacar ainda, alguns efeitos deste novo sistema, como o reconhecimento de um direito fundamental ao devido processo legal, à máxima efetividade, a um processo sem demoras desnecessárias, à igualdade processual e à participação no contraditório.

Os artigos 4º²²¹ (Máxima efetividade), 5º²²² (Celeridade processual), 6º²²³ (Devido processo legal-substancial), 153º²²⁴ parágrafo 1º (Adaptação do procedimento-criatividade do juiz) do CPC/15 também deixam expressos sobre o processo como Direito Fundamental.

Porém, existem jurisprudências que não estão respeitando o processo como um direito fundamental, bem como, não estão aplicando de imediato a nova lei processual. Segue duas jurisprudências, respectivamente sobre o assunto:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. PROTOCOLO POSTAL. DESCABIMENTO. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial Nº 885.671 – RS, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

220. “A coerência e a integridade têm por ideal a preservação da igualdade, expressa na noção de que o Poder Público (*government*) deve tratar todos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*). Nessa linha, não se trata propriamente de ‘repetir decisões iguais, mas de conectar as decisões a uma dimensão de moralidade. A partir desta exigência (isonomia) é que se deve reconfigurar a tarefa decisória” (COSTA, 2017, p. 24).

221. A tutela prestada por meio do processo será plena e, sempre que possível, específica, compreendendo tanto a inibição da ameaça a direito como a reparação do dano contra ele consumado.

222. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

223. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a Prática de medidas de urgência.

224. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

O referido recurso especial foi interposto em 16/08/2016, quando houve inadmissão pelo tribunal de origem por considerá-lo intempestivo diante da aplicação da Súmula nº 216²²⁵, que considerava a data da postagem como sendo a data da interposição do recurso.

No entanto, os artigos 1^o²²⁶ e 4^o²²⁷ do CPC/15 se referem à incidência de garantia processual como Direito Fundamental o acesso à justiça e a primazia da decisão de mérito, ou seja, tratando-se de Direito Fundamental, qualquer alteração processual que contenha matéria constitucional deverá ter aplicação imediata e, inclusive, com a possibilidade de atingir situações pretéritas.

Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 169) utilizam-se da argumentação de que “se uma norma da constituição proíbe determinada faculdade ou direito, que antes era reconhecida ao cidadão, a norma constitucional não há de ter plena aplicação, não precisando respeitar situações anteriormente constituídas”.

Partindo da premissa de que tenha havido expressa revogação do preceito da Súmula 216 pelo parágrafo 4^o¹⁸ do artigo 1.003 do CPC, que relata que a tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem, e considerando a sua aplicabilidade de imediato, entende-se a admissibilidade do recurso a fim de que se possa analisar o mérito, em cumprimento ao direito fundamental ao acesso à justiça, pois a aplicação da Súmula 216 do STJ não encontra respaldo no âmbito normativo vigente, assim superando-se a omissão em relação à aplicação imediata e irrestrita do parágrafo 4^o²²⁸ do artigo 1.003 do novo CPC.

RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. MODIFICAÇÃO DA MATÉRIA. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE REVISÃO DO MÉRITO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 489 DO CPC AOS JUÍZADOS ESPECIAIS. ENUNCIADOS 162 DO FONAJE. PRINCÍPIOS DA INFORMALIDADE E SIMPLICIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 46 DA LEI 9.099/95. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 71007386725, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini, Julgado em 27/03/2018).

225. Agravo regimental. Intempestividade. Postagem via correio. - Petição do agravo protocolizada fora do quinquídio legal. - A data para aferição dos prazos é a constante do registro do protocolo no Tribunal, não se tendo em conta a data em que foi postalizado via correios. - Agravo não conhecido.

226. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

227. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

228. Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem.

Os embargos de declaração citados acima foram julgados no dia 27 de março de 2018, quando os desembargadores os desacomodaram, tendo em vista que o mesmo foi acordado na vigência do CPC/15. Os embargos declaratórios prestam-se a integrar a decisão quando houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida, segundo a leitura do artigo 1022²²⁹ do CPC/15, porém os desembargadores não acolheram os embargos com a fundamentação no artigo 46²³⁰ da lei 9.099/95, que segundo eles não há afronta ao artigo 489²³¹ do CPC/15, por se tratar de julgados especiais, segue o entendimento:

De igual sorte, não há falar em afronta ao art. 489 do CPC, visto que, segundo o art. 46 da Lei 9.099/95, o julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e a parte dispositiva, o que atende aos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade inerentes aos Juizados Especiais. Neste sentido, não é necessário que as decisões proferidas pelas Turmas Recursais Cíveis enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo na forma como estabelece o art. 489, § 1º, do CPC, o que deve ser reservado ao juízo comum (Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 885.671 – RS, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino).

Entretanto, o artigo 48²³² da lei nº 9.099/95, deixa expresso que caberão embargos nos casos previstos no CPC, o qual se dá em vigência a lei nº 13.105/15, e como explicita Mesquita (2016, [s.p.]) “Uma vez revogado o CPC/1973, inexistente outro regramento além do constante do CPC em vigor, a ser aplicado nos julgados especiais analogicamente, sempre que houver lacunas”, e se tratando de acesso à justiça, o artigo 1º do CPC/15 deixa expresso como um direito fundamental, como anteriormente mencionado.

Assim entende-se que os embargos de declaração mesmo em se tratando da lei nº 9.099/95, devem ser regidos pelo CPC/15. Diante da análise das duas jurisprudências, verifica-se que os tribunais em certos casos não estão cumprindo os requisitos do Direito Intertemporal, como antes exposto no trabalho, assim confirmando a hipótese anteriormente prevista.

Considerações finais

Com base no que foi estudado, nota-se que o Direito intertemporal no âmbito processual, é um instituto que deve ter um cuidado especial, pois as leis vão mudando conforme a evolução social, tendo

229. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II- suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III- corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II- incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

230. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

231. São elementos essenciais da sentença: I- o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Parágrafo 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I- se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; 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.

Parágrafo 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Parágrafo 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

232. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil.

em vista, portanto, que a regra básica é a imediata aplicação da nova regra processual aos feitos em curso, respeitando o sistema de isolamento dos atos e o artigo 14 da Parte geral, que impõem que sejam respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, ou seja, sempre se deve respeitar o Direito Adquirido, o Ato jurídico perfeito e a Coisa julgada, sendo que estes princípios estão elencados na Constituição federal no artigo 5º, inciso XXXVI.

Portanto, pode-se concluir que os fatos ocorridos e situações jurídicas já consumadas no passado, quando da vigência do CPC/73, não se regem pelo CPC/15, mas seguem conforme a lei do seu tempo, acatados e preservados os efeitos deles já produzidos e aqueles ainda a serem produzidos. O CPC/15 se aplica a fatos e situações jurídicas presentes e aos efeitos deles oriundo (*tempus regit actum*). O NCPC se impõe aos fatos e situações pretéritas, originadas sob a vigência do CPC/73, mas ainda não consumados, que se encontram em estado de transição.

Desse modo, deve-se verificar os diversos momentos processuais no processo, isoladamente, tais como o ajuizamento da ação, a citação, a resposta do réu, a designação, tais como o ajuizamento da ação, a citação, a resposta do réu, a designação de audiência, a produção de provas, o proferimento da decisão judicial e o momento da interposição do recurso, para se determinar qual a lei processual vigente à época em que cada ato processual se realizou.

Apesar da doutrina ter um pensamento uniforme, pode se verificar que nas duas jurisprudências acima analisadas, que em certos casos o magistrado não está indo conforme o que o Direito Intertemporal traz em sua doutrina, principalmente no que tange à aplicabilidade imediata da lei nova, e o direito fundamental em que o processo está inserido.

Referências

ALVIM, Carreira José Eduardo. **Comentários Ao Código De Processo Civil**. Curitiba: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; Nunes, Junior Vidal Serrano. **Curso De Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Direito Processual Civil**. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARMO, Wagner José Elias Carmo. **Finalidade e Natureza do Processo**, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26387/finalidade-e-natureza-do-processo>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA; Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DELGADO, Mário. **O Direito Intertemporal e o Código Civil**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Delgado_direitointertemporal.doc> Acesso em: 18 out. 2018

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FELLIPE, Fátima Teresinha. **Dos Atos Processuais**, 2015. Disponível em: <felippe.jusbrasil.com.br/artigos/219913302/dos-atos-processuais>. Acesso em: 28 mar. 2018

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. “Direito intertemporal brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FRAUZINO, Marivaldo Cavalcante. **A Evolução do Direito Processual Civil**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36590/evolucao-do-direito-processual-civil>. Acesso em: 15 fev. 2017.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos E Técnicas Da Pesquisa Social**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Izabella. **Coisa Julgada**, 2016. Disponível Em: <Https://Izasaporito.Jusbrasil.Com.Br/Artigos/376651725/Coisa-Julgada>. Acesso Em: 05 Fev. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Direito Intertemporal No Novo Cpc**, 2016. Disponível Em: <Http://Genjuridico.Com.Br/2016/06/03/Direito-Intertemporal-No-Novo-Cpc/>. Acesso Em: 2 Fev. 2018

LIMA, Carla Maria Rodrigues de Mendonça. **O processo sob a ótica dos direitos fundamentais**, 2013. Disponível em: <https://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/11214271/o-processo-sob-a-otica-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 09 out. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Fernando Cristian. **Conceitos Essenciais da Teoria do Processo**, 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conceitos-essenciais-da-teoria-geral-do-processo,52418.html>. Acesso em: 29 mar. 2018

MARQUES, José Frederico. **Instituições De Direito Processual Civil**. Rio De Janeiro: Forense, 1958.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo De Andrade, Fundamentos Do Direito Intertemporal. **Âmbito Jurídico**, V. Xix, P. 1-1, 2016. Disponível Em: <Https://Jus.Com.Br/Artigos/50896/Fundamentos-Do-Direito-Intertemporal>. Acesso Em: 06 Fev. 2018

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 30 mar. 2018

NUNES, Jorge Amaury Maia; Nóbrega, Guilherme Pupe Da. **Direito Intertemporal E Lei Processual No Tempo: Anotações Sobre O (Ainda) Novo Código Que Desponta No Alvorecer De Sua Aguardada Vigência**, 2016. Disponível Em: <[Http://Www.Migalhas.Com.Br/Processoeprocimento/106,Mi235786,81042-Direito o+Intertemporal+E+Lei+Processual+No+Tempo+Anotacoes+Sobre+O](http://www.migalhas.com.br/Processoeprocimento/106,Mi235786,81042-Direito+Intertemporal+E+Lei+Processual+No+Tempo+Anotacoes+Sobre+O)>. Acesso Em: 15 De Jan. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**, 2012. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formato.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formato.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018

OLIVEIRA, Edmar. **Atos processuais: o novo CPC**, 2017. Disponível em: <<http://direitonarede.com/atos-processuais-novo-cpc/>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições De Direito Civil**. V. 1. 12. Ed. Rio De Janeiro: Forense, 1991.

PRODANOV, Cleber Cristiano; Freitas, Ernani Cesar. **Metodologia Do Trabalho Científico: Métodos E Técnicas Da Pesquisa E Do Trabalho Acadêmico**. 2. Ed. Novo Hamburgo, Rs: Feevale, 2013. Disponível Em: <[Http://Www.Feevale.Br/Comum/Midias/8807f05a-14d0-4d5b-B1ad-1538f3aef538/E-Book%20metodologia%20do%20trabalho%20cientifico.Pdf](http://www.feevale.br/Comum/Midias/8807f05a-14d0-4d5b-B1ad-1538f3aef538/E-Book%20metodologia%20do%20trabalho%20cientifico.Pdf)>. Acesso Em: 10 Jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos de Declaração Nº 71007386725**, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Mara Lúcia Cocco Martins Facchini, Julgado em 27/03/2018) http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71007386725&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_jurs

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial Nº 885.671 – RS**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

ROSSATO, Luciano Alves. **Direito Processual Intertemporal**, 2017. Disponível em: <<https://www.lucianorossato.pro.br/direito-processual-intertemporal/>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Direito intertemporal e os dogmas jurídicos: uma análise pela Filosofia do Direito**, 2010. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5571/Direito-intertemporal-e-os-dogmas-juridicos-uma-analise-pela-Filosofia-do-Direito>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

SANTOS, Michelly. **Princípio da Segurança Jurídica**, 2010. Disponível em: <<https://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/171343529/principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

SILVEIRA, Márcio La-Rocca. **O Direito Intertemporal no Ordenamento Jurídico**, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6639/o-direito-intertemporal-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 05 set. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**, volume 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOCIEDADE DO RISCO: riscos ambientais e situações sociais de ameaça na modernidade

Tatiane Fontana Oliveira²³³

Renato Filgueiras Marx²³⁴

Vanessa Schwanke Fontana revelato²³⁵

Resumo

O artigo tem como objetivo apresentar aspectos da teoria da obra “Sociedade de Risco: Rumo a uma outra Modernidade”, de Ulrich Beck em relação a situações sociais de ameaça na modernidade, inclusive ambientais. O risco ao qual Beck se refere é inevitável. Portanto, enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza predomina sobre a lógica da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação é inversa.

Considerações iniciais

“Sociedade de Risco: Rumo a uma outra Modernidade” é um livro escrito pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e foi publicado pela primeira vez na Alemanha no ano de 1986. Evocava, mencionando “risco”, o acidente ocorrido na Usina Nuclear de Chernobyl (26/04/1986), na antiga União Soviética, hoje Ucrânia. No livro, o sociólogo alemão Ulrich Beck sugere que nosso tempo - para ele e outros autores, como Anthony Giddens, considerado uma era chamada de “modernidade tardia”²³⁶ - representou uma virada no estatuto da própria modernidade, criando um mundo que, em vez de ser guiado pela produção e distribuição de riquezas, é guiado pela produção e distribuição de riscos. E assim é de maneira generalizada, para todas as pessoas, obrigando a viver pensando no que virá, e desse modo modificando as relações com tudo e com todos.

A ideia central do livro refere que se vive em tempos de ruptura no interior da propalada modernidade, provocando o surgimento da civilização industrial. Essa ruptura não implica o fim, mas sim uma reconfiguração

233. Acadêmica do 7º Semestre do curso de Graduação em Direito. Graduada em Ciências: Habilitação em Química pela UPF. Especialista em Educação Ambiental pela UNICRUZ. Presidente do Conselho Municipal de Educação de Ibirubá. E-mail: tatianefontanaoliveira@yahoo.com.br.

234. Acadêmico do 10º Semestre do curso de Graduação em Direito. E-mail: rfmrx85@gmail.com

235. Docente do curso de Agronomia da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ e orientadora pedagógica da Prefeitura Municipal de Ibirubá. Doutora e Mestre em Engenharia Agrícola pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: vanessafontana2005@yahoo.com.br.

236. “Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.” (BECK, 2011, p.23)

da sociedade moderna, que assume novos contornos e se transforma no que o autor²³⁷ denomina “sociedade industrial de risco”. A chegada dessa nova sociedade opera mudanças radicais na política, na economia e no comportamento, na medida em que a produção social de riquezas se faz acompanhar, cada vez mais, de uma produção social de riscos (da instabilidade dos mercados financeiros às catástrofes ambientais e ao terrorismo, tão assustadoramente presentes na atualidade).

Se o autor escrevesse a obra no ano de 1999 talvez discorresse sobre o “*bug do milênio*”. Na atualidade, escreveria sobre o aquecimento global, a poluição em seus mais diversos níveis, o esgotamento do solo, o acidente da Usina Nuclear de Fukushima no Japão (11/03/2011), o terrorismo ou a falta de água existente para o consumo humano. Em todos os casos trata-se de uma figura simbólica, pois o risco se tornou, como Ulrich Beck já constatava há 33 anos em sua obra, uma ameaça que está presente em todos os lugares ao mesmo tempo.

Como exemplo desta referida ameaça pode-se citar o atentado de 11/09/2001, nos Estados Unidos (EUA), quando aviões controlados por terroristas atingiram as torres gêmeas do *World Trade Center* e partes do prédio do Pentágono (sede do departamento de defesa dos EUA), num imenso e catastrófico ataque, que envolveu a atuação de 19 terroristas e vitimou quase três mil pessoas²³⁸, em menos de duas horas.

O governo norte-americano, possuindo a maior economia mundial a partir do século XX, realizou uma estratégia de intervenção nos assuntos políticos de países vulneráveis economicamente, o que não agradou grupos que faziam oposição às lideranças locais em diversos países árabes que recebiam apoio econômico dos norte-americanos, tornando os Estados Unidos o principal alvo de grupos terroristas. O atentado do dia 11 de Setembro chocou a humanidade devido ao uso de extrema violência. As consequências desse fatídico dia foram a Guerra do Afeganistão em 2001 e a prisão do ditador Saddam Hussein em 2003, realizadas pelo governo Bush em resposta aos atentados. Além disso, o mais procurado terrorista do mundo, Osama Bin Laden, foi capturado por tropas militares dos Estados Unidos e assassinado em 2011. Este exemplo vem ao encontro das afirmações de Beck²³⁹, ao assegurar que a produção social de riquezas está intrinsecamente ligada à produção social de riscos.

O risco ao qual Ulrich Beck se refere é o perigo associado a um componente decisório: risco é algo que se corre. É o perigo intrínseco a alguma coisa que se decide enfrentar. É uma probabilidade. E o reconhecimento de sua presença em todos os lugares é a constatação de uma normalidade: o risco se tornou não o momento de estranhamento, mas o elemento central, a rotina, da vida na (para Beck) “sociedade industrial de risco”. Viver em risco é algo habitual para todos. A sociedade de risco caracteriza-se pela riqueza industrial que acaba suscitando pelo seu desenvolvimento, assim como pelos riscos decorrentes deste avanço, que muitas vezes somente são percebidos a médio e longo prazo pela coletividade.

Infelizmente nosso planeta é afetado por vários problemas ambientais, muitos deles provocados por diversas ações humanas. Estes problemas afetam a fauna, flora, solo, águas, ar. É difícil imaginar a vida no nosso tempo sem o risco. Ouvimos falar de “risco ambiental”, “risco-país”, de “taxa de risco” de empréstimos, de “grupo” ou “comportamento” de risco em relação a doenças. Mas a imagem do acidente atômico evocado na obra citada não deve conduzir a interpretações obscuras, pois risco não é simplesmente medo, não é um

237. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011, p.23.

238. GEREMIAS, Daiana. *Alguns fatos que você provavelmente desconhecia sobre o 11 de setembro*. 2014, s/p.

239. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011, p.23.

puro sinônimo de ameaça. Os riscos (ameaças, perigos) ocasionados por todas as inovações e descobertas da sociedade moderna, produzem efeitos globais e atemporais²⁴⁰, com efeitos que atingem várias gerações. Muitas das ameaças e perigos existentes, podem não apresentar efeitos imediatos, mas as gerações futuras sofrerão as consequências destes atos, sejam eles benéficos ou não.

A tese de Beck²⁴¹ é relativamente simples, admitindo consenso nas ciências sociais de que o mundo ocidental sofreu uma guinada consistente ao passar da sociedade feudal e agrária para a capitalista e industrial. Com o surgimento da modernidade, se estabeleceu uma nova forma de produção e distribuição de bens e uma nova forma de relações entre os homens, na qual a produção estava associada à desigualdade. Essa modernidade industrial se desenvolveu profundamente, até sofrer uma nova guinada e alcançar uma condição identificada como “modernização reflexiva”, um estado em que o mundo é dotado de consciência de seu próprio estatuto. Anthony Giddens reforça que no contexto da modernização reflexiva²⁴² “não temos outra escolha senão decidir como ser e como agir”, nos diferentes modos de se enfrentar a multiplicidade de possibilidades da vida cotidiana.

Essa perspectiva da teoria da modernização reflexiva pondera não apenas no sentido da reflexividade, de provocar auto confrontação pelos efeitos da ação, mas também da potencial reflexão. As consequências maléficas desencadeadas pelo modelo de crescimento industrial, da Sociedade de Risco, repercutem por todas as dimensões da vida em sociedade, e atingem a todos indiscriminadamente, e no que constrange, impulsiona a reação pela mudança das regras e recursos da estrutura social. Para que isso seja possível é preciso assumir uma interação complexa da vida e da vida em sociedade, para compreender, planejar, projetar e agir, sob pena de suportar consequências que nos são auto infligidas. (GIDDENS, 1997, p.17)

Neste mundo dotado de consciência de suas próprias regras, as instituições passaram a ter um papel menos determinante e a descentralização (trazendo junto a si certa individualização) tornou-se um traço definidor. Vivencia-se uma situação de exposição a riscos constantes, inclusive os de caráter socioambiental, com ameaças que incidirão, principalmente, no meio ambiente que nos cerca e, por consequência, contra a própria existência do homem na Terra. Tanto Beck como Giddens, ao desenvolverem os conceitos de modernização reflexiva, preferem compreender como a modernidade e suas instituições se dissolvem, e que saídas restam para uma ação política nesse contexto, incluindo o que se transforma, como se transforma, o que é importante ser resgatado e como resgatar²⁴³.

Ulrich Beck analisa esse processo de individualização no contexto de mudanças da primeira para a segunda modernidade. Na modernização reflexiva, marcada por riscos, há transformações relacionadas ao mundo do trabalho, à família, à política e ao lugar e papel do indivíduo na sociedade, ocorrendo a reflexividade da modernidade sobre ela mesma. A individualização é ambivalente, pois, ao libertar o indivíduo de padrões e referências tradicionais, implica novas liberdades, marcada por riscos.

240. PELLANDA, Patrícia Santos Prêcoma. **A Sociedade de Risco e o Princípio da Informação: Uma abordagem sobre a segurança alimentar na produção de transgênicos no Brasil**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.97-98.

241. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: editora 34, 2011, p.24

242. GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16-17.

243. “Tanto Beck como Guiddens, quando desenvolvem os conceitos de modernização reflexiva, optam por compreender como a modernidade e suas instituições - sobretudo as instituições científicas que têm por atribuição definir riscos - se dissolvem, e que saídas restam para uma ação política nesse contexto. A questão da individualização do sujeito frente ao sujeito político das formas sociais precedentes; a questão da crescente ausência e dificuldade de responsabilização dos sujeitos produtores de risco; a questão da confiança declinante nas instituições e de possíveis formas de resgate da confiança na democratização das definições de risco - são elementos analisados por ambos os autores, com o sentido de compreender o que se transforma, como se transforma; o que é importante ser resgatado, e como resgatar”. (MOREIRA, 2017, p.7)

Desenvolvimento

Em seu livro, Ulrich Beck fez uma construção acerca da sociedade através de mudanças históricas, delineando que o mundo passou de uma sociedade feudal e agrícola à modernização. Essa modernidade estabeleceu uma forma nova de produção e de distribuição de bens, e mais do que isso, uma mudança radical nas relações entre os seres humanos. E é nesse contexto, que o autor²⁴⁴ trabalha com os “riscos”, os quais existiram e sempre existirão, porém, em maior ou menor grau. Para o autor, o risco além de medo, e ameaça, é também algo associado a um conhecimento de que se queira enfrentar, algo que sempre se corre, sempre aberto a outras definições dadas pela sociedade, incerto e provisório.

A aposta de Beck é na reflexividade como dado estrutural, como um componente da sociedade – e não como elemento cognitivo das pessoas, como propõe, por exemplo, Giddens. Esse novo contexto criou um mundo cujo elemento constituinte é a incerteza, a distribuição da decisão sobre os riscos entre todos os homens, o que faz com que vivamos em um mundo em que “o futuro coloniza o presente”, ou seja, em que qualquer desgraça que possa vir a ocorrer, ocorre ainda antes, porque é antecipada em uma série de manifestações, que obrigam os seres humanos a viver constantemente preocupados e agindo em relação a elas. Como se só houvesse amanhã.

O que Beck caracteriza como “Sociedade de Risco”, Giddens explica em termos duplos de tipos de risco a que a sociedade se submete em um e outro momento. Os dois primeiros séculos da existência da sociedade industrial foram dominados pelo que ele chama de “riscos externos”, riscos que podem afetar indivíduos de forma inesperada, mas que ocorrem com certa regularidade e frequência suficientes para serem previsíveis, mensuráveis e mitigáveis. O Estado de Bem-Estar Social foi o padrão predominante de segurança coletiva desse período e desse tipo de risco. Entretanto, uma época que vive além da natureza e além da tradição seria caracterizada pela transição dos riscos externos aos “riscos produzidos” [manufactured]. Riscos produzidos seriam aqueles criados na progressão do desenvolvimento humano, por meio da ciência e tecnologia. (MOREIRA, 2017, p.4)

O risco, então, faz-se presente em todos os lugares. Não apenas nas mentes, mas em todas as dimensões da vida e assume proporções globais: a sociedade de risco é uma sociedade que padroniza a todos (embora não necessariamente iguale a todos) porque se correm os mesmos riscos, estando todos ameaçados. Este processo econômico e social, que estabelece uma integração entre os países e as pessoas do mundo todo (globalização)²⁴⁵ representa um fenômeno inseparável para esse novo quadro que se apresenta. É um mundo que instaura outra forma de se relacionar com as coisas, que, por exemplo, oferece alternativas de criatividade. Assim, Beck exemplifica que se o clima tivesse mudado irreversivelmente, se o desenvolvimento da engenharia genética já tornasse possíveis intervenções irreversíveis na natureza humana, ou se grupos terroristas tivessem armas de destruição em massa nas mãos, seria tarde demais. Em função da nova natureza dessas ameaças, a lógica preventiva se instaurou em todas as dimensões da vida moderna.

Beck lança um questionamento de fundo sociológico: seria o risco um elemento a se manifestar em todas as coisas como uma disposição que nos faz agir de tal maneira ou ele seria um elemento mobilizado pelas ações, como um dispositivo que se usa conforme a necessidade? Agimos para domar o risco ou o risco age sabendo que nos domou? Beck tem em sua obra resposta a esta questão proposta, concebendo um interessante

244. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: editora 34, 2011, p. 25-28.

245. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: editora 34, 2011, p.43.

tópico²⁴⁶ nessa discussão clássica. O problema é que, quando se cria um mundo no qual alguém precisa decidir sobre o momento de correr ou não um risco, e quando esse risco afeta todo mundo, o lugar de quem decide se torna uma questão política central. Isso produz uma radical assimetria entre aqueles que assumem, definem e lucram com o risco e aqueles que são seus alvos, que experimentarão diretamente os efeitos colaterais das decisões de outros sem tomar parte no processo decisório.

Um dos maiores exemplos práticos a serem citados em relação a esse questionamento do autor é a recente tragédia da Barragem 1, da empresa Vale do Rio Doce, localizada na Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, ocorrida no dia 25 de janeiro deste ano (2019), há pouco mais de 2 meses. Até o momento já foram confirmadas mais de 223 mortes e 70 desaparecimentos, segundo notícia veiculada no site de notícias G1²⁴⁷. Infelizmente, esse não é um evento isolado no Brasil. Há quase três anos atrás se deu a tragédia da barragem de nome Fundão, administrada pela empresa Samarco Mineração S.A., que também está ligada a empresa Vale do Rio Doce, segundo informações do próprio site da empresa²⁴⁸ em Mariana, também no estado de Minas Gerais, sendo esta localizada há pouco mais de 100 km da já citada localidade de Brumadinho²⁴⁹.

O ponto supracitado pelo autor de que existe, “uma radical assimetria entre aqueles que assumem, definem e lucram com o risco e aqueles que são seus alvos, que experimentarão diretamente os efeitos colaterais das decisões de outros sem tomar parte no processo decisório”, fica explícito nesses eventos que demonstram o quão frágeis podem ser as políticas de fiscalização do poder público frente aos atos da iniciativa privada.

A tragédia de Mariana em 2015 provocou uma reação do Poder Público de Minas Gerais com o protocolo do Projeto de Lei nº 3.676/2016²⁵⁰ na Assembleia Legislativa de Minas Gerais por um período de mais de dois anos, sendo aprovado e ganhando força de lei sob o nº 23.291/2019 apenas no dia 25 de fevereiro deste ano²⁵¹, um mês após a ocorrência da tragédia de Brumadinho. O fato do Poder Público apresentar resposta demasiadamente tardia à tragédia de Mariana apenas corrobora a opinião popular de declínio de confiança nas instituições já anteriormente citadas.

Outro ponto importante a ser citado é a dificuldade do Poder Público em responsabilizar os autores de ações de risco. Isto pode ser constatado pelo fato de, mesmo após quase dezoito meses da tragédia da barragem em Mariana, a empresa Samarco S.A. ter efetuado pagamentos na monta de apenas 3,4% do valor devido ao Tesouro Nacional em multas, segundo levantamento feito pela reportagem do jornal O Globo e reproduzida no site da Marinha Brasileira.²⁵²

Some-se isso a dura realidade de que o Poder Público, mesmo com sua imensa estrutura, não consegue fiscalizar de maneira eficiente as atividades de risco da iniciativa privada e a sociedade de risco que antes poderia ser tomada por algumas pessoas como apenas uma teoria, demonstra-se inevitavelmente convergindo em realidade. Tais afirmações estão demonstradas nos fatos de que na época da tragédia em Mariana existiam

246. BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p.25-26.

247. <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/05/dois-meses-apos-tragedia-brumadinho-mais-de-70-ainda-estao-desaparecidos.ghtml> acessado às 15:20 do dia 06/04/2019.

248. <https://www.samarco.com/a-samarco/> acessado às 16:00 do dia 06/04/2019.

249. https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Mariana acessado às 15:47 do dia 06/04/2019.

250. https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?n=3676&a=2016&t=PL&aba=js_tabVisao acessado às 15:25 do dia 06/04/2019

251. <http://mpmgcasobrumadinho.blog.br/2019/02/25/sancionada-lei-que-determina-regras-mais-rigidias-para-a-mineracao-em-minas-gerais/> acessado às 15:38 do dia 06/04/2019.

252. <https://www.marinha.mil.br/sinopse/empresas-pagam-so-34-das-multas-ambientais> acessado às 16:11 do dia 06/04/2019.

apenas quatro fiscais responsáveis pelas 317 barragens do Estado de Minas Gerais, conforme consta em notícia veiculada no site do jornal Estado de Minas em 19/11/2015.²⁵³

Ainda nesta mesma senda, pode-se acrescentar o fato de que no próprio relatório de segurança de barragens de 2017, o qual se encontra disponível no site da Agência Nacional de Águas (ANA)²⁵⁴ em sua página 17, segundo e terceiro parágrafos, encontramos a seguinte afirmação:

Assim, se compararmos as equipes de cada entidade fiscalizadora com a equipe sugerida no Manual de Políticas e Práticas de Segurança de Barragens para Entidades Fiscalizadoras, verifica-se que 61% delas (ou 19 fiscalizadores) possuem teoricamente quantitativo adequado para desempenho das atividades, e 39% (ou 12 fiscalizadores) não. Entretanto as equipes alocadas no tema segurança de barragens também realizam outras atividades como outorga ou licenciamento ambiental. Cerca de 55% dos órgãos fiscalizadores não possui uma equipe com atribuição formal para atuar em segurança de barragens. E mesmo as que possuem atribuição formal acabam realizando outras atividades além da segurança de barragens.

Mais adiante, na página 19 do já referido documento, encontramos a seguinte afirmação:

Para o RSB 2017 foi informada a existência de 24.092 barragens cadastradas pelos órgãos fiscalizadores, conforme Quadro 2. Destaca-se neste RSB o envio do cadastro da ANEEL, atualizando as informações referentes às barragens de geração de energia hidrelétrica. Do total de barragens cadastradas, 13.997 (ou 58%) possuem algum tipo de ato de autorização (outorga, concessão, autorização, licença, entre outros), estando, portanto, regularizadas. Este número é superior ao verificado em relação à 2016, onde 55% das barragens estavam regularizadas. A regularização das barragens é importante pois é o vínculo formal entre a barragem e seu empreendedor, o que permite a atuação dos órgãos fiscalizadores junto aos empreendedores para cumprimento dos regulamentos existentes.

Ainda a título de conhecimento e informação, o documento supracitado faz a seguinte afirmação em sua página de nº 20:

Por fim, pelas informações enviadas pelos órgãos fiscalizadores, é possível dizer que 4.510 barragens (ou 18,7% do total cadastrado) submetem-se à PNSB, isto é, apresentam pelo menos uma das características estabelecidos no art. 1º da Lei nº 12.334/2010. Outras 1.258 (ou 5,2%) não apresentam nenhuma das características, portanto não são submetidas à PNSB (Política Nacional de Segurança de Barragens). As demais 18.324 (ou 76% das barragens cadastradas) não possuem informações suficientes para dizer se elas se submetem ou não à PNSB.

O horizonte de “sociedade de risco” é o da “sociedade industrial”, ou seja, ele parte de uma tese sobre a própria modernidade, garantindo o papel de protagonista da industrialização na distinção entre os mundos pré-moderno e moderno. E a extensão mais poderosa disso seria o poder da tecnologia e do desenvolvimento industrial nas próprias relações sociais. Beck afirma²⁵⁵ que as relações sociais foram profundamente transformadas por seu próprio desenvolvimento, que produziu o risco global. Em um mundo pós-crise econômica, e sempre correndo o risco de uma nova crise, o capitalismo é visado como essa instância decisória.

253. https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/19/interna_gerais,709524/minas-tem-apenas-quatro-fiscais-para-vistoriar-barragens-e-nao-ha-pr.shtml acessado às 16:24 do dia 06/04/2019.

254. <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/noticias/45-barragens-preocupam-orgaos-fiscalizadores-aponta-relatorio-de-seguranca-de-barragens-elaborado-pela-ana/rsb-2017.pdf/view> acessado às 16:30 do dia 06/04/2019.

255. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: editora 34, 2011, p.191-192.

A estratégia do capital, em termos simples, é se fundir com o Estado, a fim de obter novas formas de legitimidade. Seu argumento é o de que justamente ele, o capital, é o único poder capaz de reescrever as regras do poder global, enquanto outros atores, como os Estados nacionais e os movimentos sociais, permanecem atados às formas de ação e poder característicos de uma ordem mundial ainda não globalizada. Contudo, argumenta Beck, essa coalizão entre capital e Estado nacional não apenas é incapaz de responder adequadamente aos desafios da sociedade mundial de risco, como também está perdendo qualquer credibilidade no espaço dos riscos globais.

Na década de 1980 (em que o sociólogo escreveu seu livro) o núcleo desse desenvolvimento era a produção centrada na transformação de formas de energia (as grandes indústrias do século XX são a do automóvel, a da produção de recursos energéticos e a militar). Nesses 33 anos passados desde o lançamento original, essa transformação se alterou para o plano informacional, para uma sociedade digital de risco. É as tecnologias comunicacionais, a internet, a telefonia móvel... Tudo configurando um conjunto de incertezas criadas pelo próprio movimento da vida social, ainda mais intensas, que se não aparecem concretamente descritas no livro, diante dele adquirem uma nova percepção.

Riscos remetem à antecipação, a fatos que ainda não ocorreram, mas que aparentam ser iminentes. Os riscos mostram um futuro que necessita ser evitado, mostrando-se ao mesmo tempo real e irreal. Muitas ameaças e destruições já são reais, entretanto a verdadeira força social do argumento do risco está nas ameaças projetadas no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente.

Os principais riscos que advêm de problemas ambientais da atualidade relacionam-se à: I) poluição do ar (por gases poluentes gerados principalmente pela queima de combustíveis fósseis - carvão mineral, gasolina e diesel e indústrias), II) à poluição de rios, lagos, mares e oceanos (provocada por despejos de esgotos e lixo, acidentes ambientais), III) à poluição do solo (provocada por contaminação de agrotóxicos, fertilizantes, produtos químicos e descarte incorreto de lixo), IV) às queimadas em matas e florestas (como forma de ampliar áreas para pasto ou agricultura), V) ao desmatamento (com o corte ilegal de árvores para comercialização de madeira), VI) ao esgotamento do solo (perda da fertilidade para a agricultura, provocado pelo seu uso incorreto), VII) à diminuição e extinção de espécies animais (provocados pela caça predatória e destruição de ecossistemas), VIII) à falta de água para o consumo humano (causado pelo seu uso irracional, contaminação e poluição dos recursos hídricos), IX) o aquecimento global (causado pela grande quantidade de emissão de gases do efeito estufa), X) a diminuição da camada de ozônio (provocada pela emissão de determinados gases no meio ambiente) e XI) a acidentes nucleares que causam a contaminação do solo por centenas de anos, como os acidentes nucleares de Chernobyl (1986) e na Usina Nuclear de Fukushima no Japão (2011). Todos estes problemas ambientais derivam de ações humanas, das relações existentes e dos costumes da nossa sociedade. Por vezes, costumes baseados no consumismo desenfreado, na necessidade de satisfazer as vontades, a qualquer custo.

Os riscos e ameaças atuais são suportados pela extensão e pelas causas modernas, por excesso de produção industrial, que afeta todas as dimensões da vida, assumindo proporções mundiais, em que todos correm o mesmo risco e sofrem todas as mesmas ameaças.

Com o aumento dos riscos da modernização, ou seja, com a ameaça à natureza, à saúde, à alimentação, etc, relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais. Tal fato ainda permanece provocando consequências

bastante distintas. Todavia, efetivamente, os riscos causam, dentro de seu raio de abrangência e entre as pessoas por eles afetados, um efeito equalizador. Nisto habita exatamente sua nova força política. Diante disso, as sociedades de risco não são sociedades de classes, meramente falando, pois as suas situações de ameaça não podem ser idealizadas como situações de classe. E, isso vale também para os seus conflitos, haja vista que esses não podem ser concebidos como problemas de classe. (FERMINO, 2013, p.216)

No livro “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”, Ulrich Beck identifica três fases da evolução do risco na sociedade: a sociedade pré-industrial, a industrial e a modernidade (ou Sociedade de Risco).²⁵⁶ A sociedade pré-industrial apresentava perigos coletivos e incalculáveis como pragas, epidemias e desastres naturais, considerados fenômenos do destino, que propriamente não projetavam decisões humanas. A transição em sociedade industrial passou a combinar estes perigos com os riscos fabricados pelas ações humanas, produzindo insegurança, mas com uma repercussão que podia ser contida. À medida que a sociedade industrial validava o modelo de produção liberal, também conduzia para um estado de autolimitação (em razão dos graves riscos que surgiam/surgem).

A primeira modernização é identificada como aliada ao processo de industrialização e construção da sociedade de massas. Nessa era industrial o centro da estrutura cultural e social era a família. Já a segunda modernização (modernização reflexiva), própria da sociedade atual, tende à globalização e está em constante desenvolvimento tecnológico, rompendo com a centralidade do núcleo familiar e dando lugar à individualização. Na envergadura deste processo aumenta a incerteza do indivíduo e instaura-se a sociedade do risco. Estas mudanças afetam não só o plano pessoal como o plano das instituições, a partir de novas políticas de governo muitas vezes aliadas à concepção econômica neoliberal. Acrescenta Beck em sua obra que as classes de menor renda são aquelas que sofrem mais com a sociedade de riscos, pois as mesmas irão morar mais próximas dos centros industriais, sofrendo assim, em longo prazo, os malefícios da poluição no ar, na água e no solo. O diagnóstico que constata a condição de insegurança socioambiental, com a sobreposição espacial e a interação entre os problemas sociais e ambientais, demonstra o profundo desrespeito aos direitos humanos, fundamentais, sociais e do ambiente, que arrebatou toda sociedade, e faz necessário desvendar a complexa relação entre pobreza e ambiente.

O autor, na primeira parte, a qual tem como título: “*No vulcão civilizatório: os contornos da sociedade de risco*”, afirma que na modernidade tardia²⁵⁷, a produção social de riqueza é associada sistematicamente pela produção de riscos. Logo, os problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se aos problemas e conflitos oriundos da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

É importante dizer que o transcurso da lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de risco na modernidade tardia, está relacionado historicamente a duas condições. A primeira se dá no momento e na medida em que, por intermédio do nível atingido pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, como também, pelas garantias e normas jurídicas e do Estado Social, é efetivamente diminuída e socialmente segregada a autêntica carência material. A segunda condição, dita que tal mudança

256. FERREIRA, Helene Sivini. A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco. 2008.

257. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: editora 34, 2011, p.23.

ocorre em razão de que, a reboque das forças produtivas altamente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de auto ameaça numa proporção até então ignorada.

As condições supramencionadas, ao serem impostas, destacam que um tipo histórico de pensamento e ação é relativizado ou diminuído por outro. A definição de sociedade industrial ou de classes está interligada ao fato de como a riqueza socialmente produzida pode ser dividida de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo lícita. Tal fato coincide com o novo paradigma da sociedade de risco, que se fundamenta essencialmente na resolução de um problema análogo, mas inteiramente diferente.

Os assuntos referentes ao desenvolvimento e a utilização de tecnologias (seja na esfera da natureza, da sociedade ou mesmo da personalidade) sobressaem às questões do manejo político e científico dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente aplicáveis. A promessa de segurança progride com os riscos e precisa ser, ante a uma esfera pública vigilante e crítica, consecutivamente reforçada através de intervenções cosméticas ou eficazes no desenvolvimento técnico-econômico.

Com o aumento dos riscos da modernização, ou seja, com a ameaça à natureza, à saúde, à alimentação e outras, relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais. Tal fato ainda permanece provocando consequências bastante distintas. Todavia, efetivamente, os riscos causam, dentro de seu raio de abrangência e entre as pessoas por eles afetados, um efeito equalizador. Nisto habita exatamente sua nova força política. Diante disso, as sociedades de risco não são sociedades de classes, meramente falando, pois as suas situações de ameaça não podem ser idealizadas como situações de classe. E, isso vale também para os seus conflitos, haja vista que esses não podem ser concebidos como problemas de classe.

Considerações finais

A hipótese central de Ulrich Beck consistiu na afirmação segundo a qual a sociedade de risco não constituía senão uma fase no processo de transição entre duas sociedades, a sociedade industrial e a sociedade de risco. A perspectiva histórica que garantiu a articulação destas duas temporalidades sociais definiu os objetivos e a natureza da teoria de Beck. Não é possível afirmar a superação da sociedade de classes pela sociedade de risco, nem tampouco que esta seja a fase evolutiva daquela. Afinal, o modo de produção dos riscos é o próprio modo de produção do sistema capitalista. A forma de apropriação da força de trabalho na futura sociedade de risco não será absolutamente diferente daquela da sociedade de classes.

Bauman²⁵⁸, em sua obra “Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos”, afirma que até mesmo a afinidade está se tornando algo pouco comum em uma sociedade de extrema descartabilidade. Não há razão para caminhar à afinidade, sendo que não há o menor objetivo em firmar um laço que seja parecido com o parentesco. Não há objetivo de fixidez. As relações se desenvolvem com aquilo que já se tem, não com aquilo que ambos estão a fim de ter. Não se arrisca, por exemplo, a amar sinceramente (se entregar). Isso pode ser levado para o campo político: é na falta do verdadeiro amor que a militância se perde. Não há amor pela causa, não há rigidez em relação aos seus objetivos, não há tentativa de manter um relacionamento com o programa de um coletivo, de um partido ou de um movimento. Essa fixidez é renegada a favor da livre escolha, da decisão individual, que obriga o indivíduo a estar sempre disponível para voltar atrás.

258. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. 2004.

A ampliação da percepção e das ocorrências de riscos urbanos e ambientais permite rediscutir as relações entre sociedade e natureza. Riscos de desastres, tanto urbanos como ambientais, são resultados de ações humanas, e o desenvolvimento de atividades e instituições voltadas à sua redução necessita de revisão de conceitos. Num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, mais especificamente na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, devendo-se a isso, à falta/deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de epidemias; na sociedade pós-moderna o quadro é outro, os riscos com maior extensão atingem a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim, as gerações contemporâneas e futuras.

Numa relação entre pobreza e ambiente se constata que todas as pessoas são sensíveis à degradação ambiental, mas os pobres são os mais afetados pelas implicações e efeitos da modernidade reflexa.

O aspecto socioeconômico torna os pobres mais vulneráveis aos danos e prejuízos ambientais e às mudanças climáticas porque são mais dependentes da agricultura e recursos naturais para viver; mais expostos a desastres ambientais, porque não raro os locais onde se “estabelecem” são locais geograficamente de maior risco de desastres ambientais ou zonas com maior degradação ambiental; porque têm mais dificuldade de prevenir à esses riscos e fazer reivindicações sociais, políticas e econômicas, e em virtude disso sofrem também maior restrição no acesso a serviços públicos como água potável, saneamento básico, cuidados de saúde, acesso à educação e informação, com condições precárias de habitação e infraestrutura, proteção social, entre outros. (SILVA, 2015, s/p.)

A sociedade de risco é caracterizada pela produção industrial de riqueza e conseqüentemente pela produção social do risco. O avanço técnico e científico apresenta suas conseqüências negativas em longo prazo, infelizmente não sendo percebidos pela realidade atual. Problemas de degradação ambiental implicam em riscos para própria humanidade e ao ambiente em todas as suas formas de vida, nos fazendo repensar sobre o modelo de sociedade ao qual fazemos parte. É necessário iniciarmos uma mudança, seja na economia, na política ou na sociedade, que deve iniciar principalmente no comportamento individual de cada cidadão e no papel que desempenha dentro da coletividade.

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior. (BECK, 2011, p.26)

Portanto, enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza predomina sobre a lógica da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação é inversa. Na reflexividade dos processos de modernização, as forças produtivas perderam sua ingenuidade. O acúmulo de poder do progresso tecnológico-econômico é cada vez mais diminuído pela produção de riscos.

Assim, tal lógica da produção e distribuição de riscos é desenvolvida em comparação com a lógica da distribuição de riqueza, que até então ditava o pensamento sócio teórico. No núcleo da questão estão os riscos e efeitos da modernização, que se dão sob a forma de ameaça à vida de plantas, animais e seres humanos. Esses elementos já não podem, como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do

século XX, ser restringidos geograficamente ou em razão de grupos específicos. Pelo contrário, abarca uma tendência globalizante que tanto se desdobra à produção e reprodução como cruza fronteiras nacionais, e, dessa forma, com um novo modelo de dinâmica social e política, faz brotar ameaças globais supranacionais e independentes de classe. A incapacidade de controlar os resultados gerados pelo desenvolvimento industrial eclode em danos e desastres ambientais compreendidos como consequências intrínsecas da modernidade, da Sociedade de Risco, no entanto, esses eventos não podem ser considerados incalculáveis para todo sempre.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004, 192 p.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

FERREIRA, Heline Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco**. 2008. 368f. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91741/252586.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

FERMINO, Laeti Tudisco. **Resenha: BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p 383. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.1, p.215-218, jan./abr.2013.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GEREMIAS, Daiana. **Alguns fatos que você provavelmente desconhecia sobre o 11 de setembro**. Publicado em 11/09/2014, s/p. Disponível em: <<https://www.megacurioso.com.br/acontecimentos-historicos/45613-alguns-fatos-que-voce-provavelmente-desconhecida-sobre-o-11-de-setembro.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

MOREIRA, Renata Maria Pinto. **Balanco crítico das teorias da sociedade de risco: rumo a abordagens concretas de falhas urbanas**. XVII ENANPUR, São Paulo: 2017. Disponível em: <<http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.../ST.../ST%204.5-02.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PELLANDA, Patrícia Santos Précoma. **A Sociedade de Risco e o Princípio da Informação: Uma abordagem sobre a segurança alimentar na produção de transgênicos no Brasil**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.89-114, jan./jun.2013.

SILVA, Brisa Arnoud da. **Uma análise sobre a modernidade reflexiva e a complexidade ambiental no estado socioambiental de direito para o compromisso do desenvolvimento sustentável**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFGRS. Porto Alegre: Edição Digital, Volume X, nº 2, 2015. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54612>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kauê Costa Barbosa²⁵⁹

Valdir Junior Simões²⁶⁰

Carlise Maria Zambra²⁶¹

Resumo

O presente estudo tem por finalidade apresentar as formas de tutela de urgência cautelar previstas no Código de Processo Civil de 2015. O Processo Cautelar autônomo, existente no Código de Processo Civil de 1973 deixou de ser previsto pela nova lei processual. O Processo Cautelar, àquela época, era incidental ou preparatório. Assim surgiu uma nova ferramenta chamada tutela provisória de urgência de cautelar, que unificou os institutos da tutela cautelar e antecipatória de mérito.

Considerações iniciais

Tutelas de urgência e seus fundamentos como garantia fundamental e processual

A tutela de urgência, cujo objeto se ocupa de evitar danos, encontra-se dentro do contexto das tutelas provisórias, isto é: a tutela de urgência é espécie do gênero tutela provisória. O fundamento das tutelas provisórias reside no princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, in verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. De tal modo, as tutelas provisórias, e por consequência de urgência, vem a ser resultado de uma atividade jurisdicional de cognição sumária diante da presença do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. A tutela de urgência será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

259. Acadêmico do 7º Semestre de Direito da Universidade de Cruz Alta - Unicruz. E-mail: kauebarbosa51@gmail.com

260. Acadêmico do 7º Semestre de Direito da Universidade de Cruz Alta - Unicruz. E-mail: jvsimoes@gmail.com

261. Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania (UNIJUI). Especialista na área de Direito Privado (UNIJUI). Advogada.
E-mail: czambra@unicruz.edu.br

Desenvolvimento

1 A tutela provisória de urgência cautelar no CPC de 2015

A tutela cautelar, assim consagrada pelo Código de Processo Civil de 2015, foi à primeira espécie de tutela de urgência e uma evolução do procedimento cautelar do velho Código Processual Civil de 1973. O CPC/2015 permaneceu prevendo a tutela cautelar, entretanto, de forma mais minuciosa e ao mesmo tempo simplificada.

Na vigência do CPC de 1973, a tutela cautelar era o procedimento cautelar, apartado, autônomo, com a finalidade de assegurar e conservar um direito perecível do processo principal. Devido ao seu caráter meramente preventivo, surtia seus efeitos da seguinte forma: ao invés de se concentrar em um só processo, o da ação principal, faziam-se necessários dois autos para fins de efetivação do direito, ou seja, para cada processo de conhecimento, se fosse preciso um procedimento cautelar ao caso concreto, existiria uma ação cautelar.

O Código de Processo Civil de 2015 acertadamente reconheceu e extinguiu a autonomia do processo cautelar. Convém frisar que o novo CPC não prevê um processo cautelar autônomo e prevê que a tutela cautelar poderá ser deferida, uma vez preenchidos os requisitos, antes ou no curso do (único) processo. “Não se cogita mais dois processos: um cautelar e outro principal; a tutela será sempre considerada no processo dito ‘principal’, seja na forma antecedente ou incidental. A tutela cautelar não necessita de processo apartado e autônomo. Mas permite ao juiz atuar com liberdade, de forma a evitar lesão grave ou de difícil reparação a quem tenha direito e recorra deste instrumento acautelatório. Atualmente a tutela cautelar integra e completa as tutelas de provisórias de urgência.

A tutela cautelar em caráter antecedente propriamente dita está disposta no art. 305, do CPC/2015: “A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015).

O caput do artigo acima citado trata da necessidade formal de vir expressa na petição inicial a menção à tutela cautelar a ser perseguida pelo requerente, facultando-se a afirmação expressa quanto à pretensão de mérito, isto é, o que concerne ao pedido principal. Não obstante, constando o requerimento da tutela cautelar de natureza antecedente, o autor deve explicar os fatos resguardados pelo direito material, em especial, comprovando-se o perigo de dano e o resultado útil para o processo.

Uma vez deferida o pedido de tutela cautelar destinado a assegurar o resultado final do provimento definitivo, existe a tutela antecipada do próprio mérito do processo principal. De modo que se pode falar em tutelas provisórias de natureza cautelar e tutelas provisórias de natureza antecipatória, estas de cunho satisfativo e aquelas de cunho preventivo. Ambas desempenham um papel importante nas ações ditas emergenciais de caráter provisório, distinguindo-se na forma e essência, enquanto a tutela cautelar assegura a pretensão e a tutela provisória faz de pronto.

Conforme abordado no tópico da tutela cautelar de 1973, os requisitos permaneceram os mesmos para a tutela cautelar prevista no Código de 2015. Para a obtenção da tutela cautelar ou tutelas provisórias, devem estar presentes o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora), certamente amparado por um direito manifestamente.

Fumus Boni Iuris - Para a tutela de urgência, não é preciso demonstrar cabalmente a existência do direito material em risco, pois, frequentemente é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no final do processo. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o direito de ação, ou seja, o direito ao processo de mérito. É claro que deve ser revelado como um interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial. O juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuando sumária e provisoriamente á luz dos elementos produzidos pela parte.

Não se pode tutelar qualquer interesse, mas tão somente, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo. Assim, se da própria narração do requerente da tutela de urgência, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que apoia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide. Em princípio, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente a conclusão pretendida pelo autor, a petição inicial é, no mérito, inepta e merece indeferimento liminar (ART. 130, § 1º, III, NCPC). Ora, sendo inviável a demanda, não se concebe possa deferir-se a tutela de urgência, seja de caráter satisfativo ou cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação da jurisdição.

O direito de ação, como um direito a um processo eficaz, que, a rigor se defende por meio da tutela cautelar, pelo que não se há de transforma-la, basicamente, num veículo de indagação profunda do direito subjetivo material do promovente. Na ótica do autor, o que se perquire, na espécie, é sobretudo a ocorrência das condições do direito de ação, compreendida por sua feição material. Bem como, incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso á tutela de urgência. Se, á primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumárias.

Portanto é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial ou pela total inexistência de elementos probatórios a sustenta-la, se divise a fatal carência de ação a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Periculum In Mora - Para obtenção da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar fundado temor que, enquanto aguardar a tutela definitiva, venham a faltar às circunstâncias de fato favoráveis á própria tutela. Visto que pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo.

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja sem favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. O mesmo nasce de danos concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiças ou de dano derivado da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o “perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional” (ART. 300, NCPC).

Portanto, esse dano corresponde, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia, ou seja, do surgimento da lide que é ocorrência anterior ao processo. Não impedir na sua composição comprometerá a efetividade da tutela jurisdicional a que faz jus o litigante.

3 Da fungibilidade entre a tutela provisória de urgência de natureza cautelar e a de natureza incidental

Com o Novo Código de Processo Civil, a nova norma manteve a fungibilidade trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 10.444/2002, da qual acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973, autorizando a fungibilidade entre as medidas.

No novo ordenamento instrumental tal previsão está contida no artigo 305, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Desta forma, se o magistrado vislumbrar esta necessidade, poderá converter a tutela antecipada requerida em tutela provisória de urgência de natureza cautelar, ou vice-versa, ou ainda, converter a tutela de urgência em tutela de evidência.

A fungibilidade entre tutelas de urgência, antecipada ou cautelar, também é autorizada pelo artigo 297, e repetida no parágrafo único do artigo 305 na hipótese de cautelar antecedente que o juiz entenda ter caráter de tutela antecipada. Apesar de inexistir previsão expressa de medida antecedente proposta como antecipatória que o juiz entenda ser cautelar, ou de medida incidente que proposta como uma denominação, que tenha a natureza da outra, parece-me que o disposto no artigo 297 é suficiente para autorizar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada de urgência em qualquer caso. Embora esta última nunca tenha caráter antecedente, desde que o pedido formulado inicialmente preencha os requisitos da tutela a ser concedida.

Não se pode negar a diferença existente entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, visto que cada uma evidentemente exerce função distinta. No entanto, todas as tutelas integram um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo. Além disso, o novo código unificou, inclusive, os requisitos que cada uma delas deve preencher para sua concessão, razão pela qual a distinção torna-se cada vez menos significativa. Por isso, em muitos casos, poderá haver certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.

Tanto na tutela cautelar como na satisfativa, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e de outro pedido de tutela de urgência, atualmente, é basicamente a possibilidade de a tutela satisfativa estabilizar-se na ausência de recurso da parte contrária, o que não acontece com a tutela conservativa. Assim, a utilização de uma ao invés da outra é, na verdade, mero equívoco formal, que pode e deve ser corrigido pelo juiz.

Desta feita, os legisladores de maneira sábia, mantiveram tal previsão, certamente vislumbrando o imbróglio jurídico que acarretaria tais inovações, e assim, visando a urgência da proteção do direito pleiteado do qual se dispõe tal ferramenta, com a finalidade de promover maior celeridade ao processo, que por si só é tão burocrático.

Se a fungibilidade das tutelas de urgência era admitida e prestigiada quando seguiam procedimentos e requisitos totalmente distintos para sua concessão, com maior razão deve ser observada atualmente, em que são tratadas como espécies do mesmo gênero.

Os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória de urgência, denotam a novidade processual, disposta no artigo 300 do novo CPC: “Art 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Diferentemente do CPC/73, que exigia a demonstração da coexistência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida liminar (nas ações cautelares) e da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou da caracterização o abuso de direito de defesa ou do manifesto próprio protelatório do réu, para a concessão da tutela antecipada, o novo CPC padronizou os requisitos, exigindo a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo tanto para a concessão da tutela provisória de urgência como da tutela provisória antecipada.

A probabilidade do direito é apurada pelo magistrado por meio das provas produzidas pela parte que pretende obter a tutela provisória e da análise do direito aplicável ao caso concreto. O legislador infraconstitucional nem usou a expressão *fumus boni juris*, própria das ações cautelares, nem a expressão prova inequívoca da verossimilhança das alegações, própria da tutela antecipada, no regime do CPC/73.

A probabilidade (a existência) do direito deve ser apurada por meio de cálculo a ser realizado pelo magistrado em casa caso, verificando se possivelmente a tutela definitiva será favorável ao requerente da tutela provisória ou se é mais provável o julgamento da ação pela improcedência dos pedidos.

Embora o novo CPC nem tenha utilizado a expressão *periculum in mora* (perigo da demora, em tradução livre), própria das ações cautelares, nem a expressão fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, própria da antecipação de tutela, no regime do CPC/73, nos dois casos estamos diante de uma situação de urgência, a justificar a pretendida concessão da tutela provisória, o que nos permite dizer que esta só pode ser deferida numa situação de urgência, devidamente demonstrada pela parte.

A previsão das modalidades de tutelas provisórias de natureza cautelar, estão dispostas no art.301 do CPC, onde a nova lei processual apresenta a seguinte redação: “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito”.

Embora o novo CPC tenha modificado a natureza jurídica da tutela provisória cautelar, que deixou de ser ação, para ser pedido, que pode ser formulado em qualquer ação, ou de modo antecedente, eliminando, assim, as ações cautelares típicas ou nominadas, lista exemplos de providências que podem ser adotadas como consequência da concessão desse tipo de tutela, como o arresto, o sequestro e as demais medidas previstas na norma reproduzida.

Não obstante a referência a elas, é importante destacar que, em qualquer caso, o que fundamenta a concessão da tutela provisória cautelar é o poder geral de cautela,, não mais se exigindo o preenchimento de requisitos específico, como a prova literal da dívida líquida e certa, como condição para o deferimento

da medida liminar de arresto, a demonstração do fundado receio de extravio ou de dissipação de bens, como condição para a concessão da medida liminar de arrolamento de bens, apenas para exemplificar.

4 Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

Quando a tutela provisória cautelar é solicitada em caráter antecedente, como em plantões judiciais, o autor deve apresentar uma petição inicial, dando ensejo à formação de um processo, indicando (art. 305 da nova lei processual):

- a) A lide e o seu fundamento, para que o magistrado possa avaliar a probabilidade do direito;
- b) A exposição sumária do direito, pelas mesmas razões;
- c) O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, para que o juiz possa avaliar se a parte se encontra em situação de urgência, a justificar a imediata intervenção jurisdicional.

Além desses requisitos, que são específicos, o autor deve preencher os gerais, listados no art.319. A regra consta do art. 305 da nova lei processual, que tem a seguinte redação:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo Único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Em atenção ao princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade, se o autor equivocadamente formula pedido de tutela provisória cautelar, quando deveria ter formulado pedido de tutela provisória antecipada (leia-se: por pretender obter providência satisfativa), o juiz recebe um como se o outro houvesse sido formulado, advertindo o autor a esse respeito, sobretudo para que adite a petição inicial no prazo de 15 dias, complementando a sua argumentação, juntando novos documentos e formulando o pedido de tutela final.

No artigo 308 do CPC, podemos visualizar a efetivação da tutela cautelar e formulação do pedido principal, onde a nova lei dispõe:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal deve ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335”.

Da mesma forma como observamos na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando o autor primeiramente requer a concessão da tutela cautelar em caráter antecedente, após a sua efetivação, deve formular o pedido principal, complementando a petição inicial, nos mesmos autos do processo, anteriormente

formado, sem que tenhamos uma nova ação judicial, o que nos permite concluir que a petição inicial anteriormente apresentada (na qual o autor se limitou a requerer a concessão da tutela cautelar) era provisória, tornando-se definitiva com a formulação do pedido principal.

A norma reproduzida demonstra que não temos mais dois processos (uma ação cautelar e o processo principal), mas uma relação processual única, na qual os dois pedidos (da tutela provisória e da tutela final) devem ser formulados. O prazo fixado na norma só deve considerar os dias úteis.

A efetivação da tutela cautelar ocorre no momento em que o réu começa a ser atingido pelos efeitos da tutela provisória, sofrendo restrições financeiras, patrimoniais ou de qualquer outra natureza, como o momento em que é compulsoriamente afastado da sua residência, como consequência da concessão de tutela cautelar que determina a separação de corpos do casal; o momento em que o oficial de justiça arresta automóvel que se encontrava na posse do réu, apenas para exemplificar.

Considerando que, independentemente de o autor primeiramente formular o pedido referente à tutela provisória de urgência depois o pedido da tutela final, ou desde logo formular os dois pedidos em petição única, de qualquer modo teremos apenas um processo, já que o novo CPC modificou a natureza jurídica da cautelar, de ação para pedido que pode ser formulado em caráter antecedente ou incidental, quando dispõe de tempo, o autor pode formular os dois pedidos numa só petição, o da tutela provisória e o da tutela final (§ 1.º do art. 308 da norma reproduzida).

Neste caso, recebia a petição inicial, o magistrado primeiramente enfrenta o pedido da tutela provisória cautelar, posteriormente designando data para a realização da audiência de tentativa de conciliação ou da sessão de mediação e determinando o aperfeiçoamento da intimação das partes para que compareçam ao ato.

A permissibilidade para o adiantamento da causa de pedir consta no § 2º do dispositivo transcrito é justificada pelo fato de o réu não ter sido ainda citado, não tendo ocorrido a estabilização da lide.

5 Cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente.

O art. 309 do novo CPC prevê situações em que a tutela concedida em caráter antecedente perde a sua eficácia, o que nos obriga a estudar separadamente cada uma das situações por questões didáticas. Diante de qualquer delas, e cessada a eficácia de tutela anteriormente concedida, o parágrafo único do art. 309 estabelece que, se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Os efeitos decorrentes do indeferimento de tutela cautelar estão previstos no art. 310 do CPC, assim a nova lei processual dispõe: “Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento da decadência ou de prescrição”.

Por se limitar a não reconhecer o preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória cautelar (art.300), não invadindo o mérito da pretensão do autor, exceto quando o magistrado reconhece a ocorrência de decadência ou a prescrição, o pronunciamento pelo qual o juiz indefere a tutela cautelar não produz efeitos em relação ao pedido principal.

As semelhanças e diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, são dirimidas no novo CPC, pois o novo Código de Processo Civil de 2015 procurou acabar com a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da diferença entre os requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada e tutela cautelar. Desse modo, o art. 294, caput, indica que a tutela provisória pode ser fundada em urgência ou evidência. Visto que a tutela de urgência, por sua vez, se divide em cautelar e antecipada.

O art. 300 consagra, em seu caput, que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, ou seja, como a tutela de urgência engloba tanto a cautelar como a antecipada, tem-se que ambas possuem os mesmos requisitos para a sua concessão, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. No entanto, ainda que tenham sido equiparados os requisitos para ambas as figuras, a forma de processamento e a consequência do deferimento de uma ou outra são absolutamente diferentes.

Quanto ao processamento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, tem-se que, após a sua concessão, o autor deverá aditar a petição inicial, complementando a sua argumentação e juntando novos documentos (se necessário for), confirmando o pedido de tutela final em 15 dias, via de regra; o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação (e para o próprio cumprimento tutela antecipada, apesar do silêncio legal), sendo que o prazo da contestação será computado conforme o art. 335 do novo cpc.

Quando for formulado pedido de tutela cautelar antecedente, o réu será citado para contestá-lo em cinco dias, conforme dita o art. 306, bem como após a efetivação da tutela cautelar, o autor terá 30 dias para formular o pedido principal. Deste modo, se exige que a tutela cautelar seja efetivada para que o prazo seja iniciado, além do que este prazo é maior (30 dias, ao contrário dos 15 da tutela antecipada). A audiência de conciliação ou mediação somente será designada após a apresentação do pedido principal, e não desde logo.

Portanto, há previsão de cessação da eficácia da tutela cautelar caso o autor não deduza a pretensão principal no prazo legal ou se esta não for efetivada dentro de 30 dias, o que não ocorre na tutela antecipada. Assim, como visto, apesar das figuras apresentarem os mesmos requisitos, o procedimento em uma e outra é diferente. Não obstante, há outra importante distinção. A estabilização se aplica para as tutelas antecipadas, mas não para as cautelares.

Principais diferenças	Tutela antecipada	Tutela cautelar
Finalidade	Antecipar os efeitos da decisão.	Resguardar a futura eficácia da tutela.
Resultado final da ação principal	Idêntico, afinal ocorreu aqui a precipitação dos efeitos da tutela pretendida.	Diverso, pois a cautelar não tem por fim antecipar o efeito da sentença, mas de dar segurança ao um bem jurídico.
Fundamento	Urgência, diante de prova incontroversa ou de ação protelatória.	Necessidade, face ao <i>periculum in mora e fumus boni iuris</i> .
Natureza	Satisfativa, pois o próprio direito material discutido será tutelado.	Assecuratória, pois visa resguardar o direito material discutido, evitando um processo principal infrutífero.

Considerações finais

Em conformidade com os anseios da sociedade

Portanto, com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, inseriu-se a Tutela Provisória de Urgência, da qual ocupa o polo de Tutela Provisória, tendo em vista somente a proteção do objeto em discussão nos autos do processo, para que possibilite a discussão em processo que mais a diante possibilitará o acolhimento do pedido principal, possuindo um foco meramente assecuratório, cujos requisitos são: Juízo de probabilidade e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme exarado pelo artigo 300 do Código de Processo Civil.

O advento da tutela provisória de cautelar é que independente da nomenclatura, o magistrado poderá acolher e converter para a nomenclatura correta, o importante é que a parte requerente não fique desprotegida por conta de um equívoco de seu representante, no caso, seu advogado (a), ou por equívoco da parte de algum julgador, que também não são raras.

Importante mencionar também que a possibilidade de se utilizar uma peça simples para requerer a tutela provisória de urgência de natureza cautelar é outra benesse trazida pela nova lei, pois no dia a dia da área contenciosa não é raro ocorrer situações nas quais o requerente necessite de proteção patrimonial, ou extrapatrimonial, como a saúde e a vida, nos casos de plano de saúde, por exemplo.

A nova facilidade possibilita o deferimento da tutela com uma maior presteza, já que a nova norma instituiu exigências mais brandas para se comprovar a urgência do caso e o perigo do dano, além da possibilidade da fungibilidade, conforme exposto anteriormente, na qual oferece maior proteção à parte merecedora de tamanha proteção, independente do nível técnico de quem pleiteia, quanto de quem julga.

Assim sendo, tal ferramenta teve a sua alteração e implantação pelo Novo Código de Processo Civil da tutela provisória de urgência de cautelar, nas possibilidades antecedentes ou incidentais, as quais vieram trazer maior proteção ao patrimônio, à vida, à integridade física e psicológica das pessoas, sem prejuízo a celeridade das demandas, conforme os anseios da sociedade que lida com tamanha burocracia no dia a dia.

Referências

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro – Volume I – Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos – 1ª. Ed. – São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil - inteiramente estruturado á luz do novo CPC** – 2ª ed. – São Paulo: ed. Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático** – 9ª ed. – São Paulo: ed. Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquemático/Coordenador Pedro Lenza)

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil – Atualizado de acordo com o novo CPC** - 12ª edição, São Paulo, Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único** – 8ª. Ed. – Salvador: ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 56. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

