

Sheila Marta Carregosa Rocha
(Org.)

Direito & Linguagens

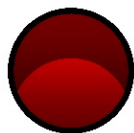
Revisitando autores das
Ciências Jurídicas e da Semiótica



Esta coletânea é resultado de um estudo realizado durante um semestre do curso de bacharelado em Direito na Universidade do Estado da Bahia, campus XX, no município de Brumado/Bahia/Brasil, pelos discentes que se debruçaram nas teorias que correlacionam o Direito à Linguagem, através da interpretação dos discursos. Uns mais fidedignos às teorias de autores muito utilizados nas Ciências Jurídicas, outros textos mais pragmáticos, interpretativos, estabelecendo uma relação da teoria com o campo empírico. Este desafio lançado teve como ponto de partida a teoria dos direitos fundamentais, com base nos discursos linguísticos aplicados à seara jurídica, que tem como alicerce a linguagem, mostrando construção e desconstrução a partir da língua portuguesa, do seu uso e da importância da relação entre emissor(orador) e receptor(auditório) revisitando a escola da “Nova Retórica” de Perelman, propondo para além do discurso, o juízo de valor através do poder da argumentação, chamando-o de “lógica do razoável”.



Direito e Linguagens



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli
PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber
PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros
PUCRS, Brasil

Direito e Linguagens

Revisitando autores das Ciências Jurídicas e da Semiótica

Organizadora:

Sheila Marta Carregosa Rocha



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 79

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ROCHA, Sheila Marta Carregosa (Org.)

Direito e Linguagens: revisitando autores das Ciências Jurídicas e da Semiótica [recurso eletrônico] / Sheila Marta Carregosa Rocha (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

214 p.

ISBN - 978-65-81512-44-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Linguagem; 3. Semiótica; 4. Brasil; 5. Ética; I. Título. II. Série.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	11
Sheila Marta Carregosa Rocha	
Prefácio.....	13
Vivian Meira	
1	15
A lei de greve à luz da constituição da república: revisitando a teoria de Robert Alexy	
Isaac Novais de Oliveira	
Jessé Castro Teixeira Pais	
2.....	29
A ponderação de princípios em sentença proferida por André Nicolitt: análise do discurso sob a égide de Robert Alexy	
Ruth Alda Oliveira Flores	
Vitor Manoel Bonfim Silva	
3.....	43
A teoria da integridade de Ronald Dworkin: o direito à vida como base interpretativa para a análise do aborto à luz da dignidade da pessoa humana	
Gabriel Willy Souza Aragão	
Letícia Costa Pimenta Sousa	
4.....	63
Apontamentos sobre a teoria da ponderação de Robert Alexy e os seus desdobramentos nas decisões judiciais e no direito brasileiro	
Luma Mikelle Nascimento Rodrigues	
Samuel Vitor Meira da Silva	
5.....	78
As contribuições de Ronald Dworkin para a teoria do direito contemporâneo	
Anderson Silva Dias	
Joice Marinho Silva	

6.....	94
Caso Lula: noções, distorções e disparidades do processo de condenação à luz principiológica de Ronald Dworkin	
Gabriel Torres da Silva Torres	
Taís Haywanon Santos Maia	
7.....	110
Direito penal x Chaïm Perelman: a influência da nova retórica na oratória do advogado penalista	
Nicole Gomes Porto	
Rita de Cássia Bonfim Moura	
8	121
Michel Pêcheux e a teoria da análise de discurso: um novo olhar sobre atuação midiática no município de Brumado-BA	
Alessa Conceição dos Santos	
Jaqueline da Silva Caires	
Jennifer da Silva Lopes	
9.....	136
O interrogatório judicial como instrumento de análise da argumentação do réu e das autoridades judiciárias	
Marilza Pires Correia Silva	
Vanderléia Marçal Teixeira	
10	150
Psicopatia e loucura: uma visão foucaultiana com enfoque nas significâncias comportamentais	
Valderlúcia Fernandes Rodrigues Noronha	
Ana Letícia dos Santos Gomes	
Jônitas Oliveira Silva	

11.....	165
O sensacionalismo midiático: o dito e o não dito nas reportagens	
Anna Bárbara Barros de Almeida	
Jamine Silva Santos	
12	175
Sorria Michel Foucault, você está sendo vigiado!	
Lorena de Almeida Nunes	
Paulo Henrique dos Santos Almeida	
13	188
Uma análise de decisão judicial sobre violência de gênero contra grupo LGBTQI+ à luz do discurso de Foucault	
Ana Luiza Leles Nonato	
Sophia Silva Fagundes Ribas	
14	202
A colisão entre princípios: liberdade de informação x direito ao esquecimento à luz da teoria de Robert Alexy	
César Augusto Lima Vieira	
Vinicius Jesus Lopes	

Apresentação

*Sheila Marta Carregosa Rocha*¹

Esta coletânea é resultado de um estudo realizado durante um semestre do curso de bacharelado em Direito na Universidade do Estado da Bahia, campus XX, no município de Brumado/Bahia/Brasil, pelos discentes que se debruçaram nas teorias que correlacionam o Direito à Linguagem, através da interpretação dos discursos.

Uns mais fidedignos às teorias de autores muito utilizados nas Ciências Jurídicas, outros textos mais pragmáticos, interpretativos, estabelecendo uma relação da teoria com o campo empírico.

Este desafio lançado teve como ponto de partida a teoria dos direitos fundamentais, com base nos discursos linguísticos aplicados à seara jurídica, que tem como alicerce a linguagem, mostrando construção e desconstrução a partir da língua portuguesa, do seu uso e da importância da relação entre emissor(orador) e receptor(auditório) revisitando a escola da “Nova Retórica” de Perelman, propondo para além do discurso, o juízo de valor através do poder da argumentação, chamando-o de “lógica do razoável”.

Esse discurso “dito” também está eivado do “não dito”, aproximando-nos de Michel Pêcheux, com uma mensagem subliminar, nas entrelinhas, deixando margem para a interpretação do leitor uma carga semântica reflexiva. Ainda que o emissor tenha liberdade para isso fazer, o leitor pode utilizar a teoria crítica de Frankfurt como Habermas para ir além e valorar a (in)coerência dos mais diversos e adversos discursos jurídicos manipulados.

¹ Organizadora e Docente da Disciplina Direito e Linguagem. Pós- Doutora em Família na Sociedade Contemporânea. Pós- Doutora em Sociologia

Ainda que haja uma predominância nas áreas penal/processual/criminologia, trazendo temas como aborto, a condenação no processo penal através da sentença, o interrogatório como meio de prova, a manipulação da mídia em caso de suicídio, a violência de gênero, a oratória do advogado criminalista, também se observa uma aproximação com a Psicologia, através da temática “loucura”, algo que nos perturba demasiadamente na contemporaneidade e que já foi um “tabu” em outrora; bem como o poder exercido pelo Estado, que “vigia e pune”, questionando os direitos fundamentais que num plano internacional são discutidos e protegidos como direitos humanos, estendendo para o direito de greve na defesa desses direitos com fundamentação teórica dos pensadores percussores da teoria.

Esperamos que a leitura seja leve, reflexiva e crítica dos esforços dos discentes que estão pensando o Direito, a Ciência do Direito, para além dele...

Brumado, 10 de dezembro de 2019

Prefácio

Vivian Meira¹

Muito do que fazemos relaciona-se com a linguagem em suas diferentes manifestações. O mesmo ocorre com as ciências. O conhecimento científico interage com a linguagem de modo único e, por meio dela, interpretamos, reinterpretemos, argumentamos, compreendemos, construímos, desconstruímos, refletimos sobre tudo ao nosso redor. Incumbida da tarefa de prefaciá-la, os artigos aqui presentes pretendem interagir com o leitor através de teorias que correlacionam o Direito à Linguagem, interpretando e refletindo sobre os diferentes discursos jurídicos.

Os treze textos que compõem esta obra utilizam os discursos linguísticos para analisar questões das Ciências Jurídicas e, por que não, refletir sobre a forma como o campo jurídico está imbricado com a linguagem e esses artigos envolvem questões presentes no nosso dia a dia, com temáticas atuais, como: o aborto, o direito à vida, o sensacionalismo midiático, a loucura, dentre outros temas. Textos pensados, refletidos e escritos por discentes do curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado da Bahia/Brumado que, no momento de construção e desconstrução de conhecimentos, do fazer discursivo e argumentativo, tiveram a sensibilidade de analisar questões diversas do campo empírico, relacionando-as com o campo teórico do Direito.

Para finalizar, gostaria de, neste espaço, agradecer a organizadora desse livro pelo convite de apresentar esta obra e, como ela mesma

¹ Docente da Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-Doutora em Estudos de Linguagem

destaca na sua introdução, essa publicação objetiva convidar o leitor a refletir sobre a Ciência do Direito para além dela mesmo.

Brumado, 12 de dezembro de 2019

A lei de greve à luz da constituição da república: revisitando a teoria de Robert Alexy

*Isaac Novais de Oliveira*¹

*Jessé Castro Teixeira Pais*²

1. Introdução

Segundo BIAS (2018) greve é meio real e espontâneo do trabalhador reivindicar condições dignas de trabalho e de desvinculação a ideia de trabalho relacionado a mercadoria. A greve não apenas paralisa um setor profissional, mas tem uma significância muito maior para a sociedade, ela é capaz de quebrar paradigmas, promover mudanças sociais ou adequar-se as mesmas, reconhecer direitos e deveres e, o mais importante, que é colocar o poder democrático em ação conjuntamente com uma classe para manifestar insatisfações desde a esfera laboral à política.

O conceito de greve no Brasil se dissemina a partir de 1917, quando operários de São Paulo liderados, principalmente, por imigrantes anarquistas italianos se mobilizaram em prol de mudanças sociais na esfera trabalhista (CASTRO 2017). O movimento grevista foi se articulando nas cidades vizinhas, estados e posteriormente em todas as grandes cidades do Brasil e reivindicava por melhores condições de

¹ Graduando em Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XX, Departamento de Ciências Humanas e suas Tecnologias (DCHT), Brumado (BA). E-mail: zackpiata12@gmail.com

² Graduando em Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XX, Departamento de Ciências Humanas e suas Tecnologias (DCHT), Brumado (BA). E-mail: jessectp@gmail.com

exercício profissional, direitos trabalhistas, menor jornada de trabalho, regularização do trabalho feminino e dentre outros anseios. A greve, durou 30 dias e reuniu cerca de 70 mil trabalhadores e trabalhadoras (REINHOLZ 2019). Foi um marco para a história brasileira, pois posteriormente o movimento paredista se enraizou e se impetrou no país tanto em cunho regional quanto nacional.

Durante as últimas décadas ocorreram as maiores greves gerais da história do Brasil, nas quais os trabalhadores se mobilizaram em massa no ano de 1986 para defender salários e o congelamento geral dos preços. Em 1987 a classe trabalhista novamente foram as ruas reivindicar contra o Plano Bresser do governo de José Sarney que, na tentativa de controlar a inflação, congelou os preços e os salários. Em 1989 foram realizadas novas paralizações de cunho semelhante aos citados com destaque para o descontentamento com o aumento da inflação. Em 1991 durante o governo de Fernando Henrique, a Greve Geral foi prol da garantia empregatícia, reposição das perdas salariais e defesa dos serviços públicos e, no mesmo governo, em 1996 uma nova greve cobrava condições de emprego, salário, aposentadoria, reforma agrária e manutenção dos direitos sociais dos trabalhadores (BRETAS 2017). Por último, ocorreu duas Greves Gerais recentes, no ano de 2017 contra a reforma trabalhista e da previdência e no ano de 2019 contra a reforma da previdência e cortes na educação.

1.1 Problemática

Diante do exposto e da importância dos movimentos paredistas ao longo Da história, é fundamental o ordenamento jurídico abarcar esse tema essencial para a democracia que foi e, continua sendo, uma ferramenta para transformações sociais de forma clara e justa para com as classes envolvidas (trabalhadores e empregadores). No que se refere a justiça legislativa, nota-se uma aparente incongruência sobre Lei de Greve (Lei 7783/89) (BRASIL, 1989) quando ela entra em possíveis

conflitos com o Art. 9º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL,1988) que versa a respeito do mesmo tema. Este artigo irá identificar se há antinomias de normas e, caso for comprovado que exista, descrevê-las e adequar sob a perspectiva de Robert Alexy a seguinte pergunta: qual a diferença entre regras e princípios e, o que deve prevalecer entre a Lei de Greve e o art. 9º da CFRB/88?

1.2 Objetivos

O enfoque dessa obra será analisar e discutir as duas leis acima referidas e a partir da arguição descobrir como decorre na prática a validade fática das normas. Após averiguações, transcorrer como as normas jurídicas influenciam as classes trabalhistas e os empregadores para apontar se o atual sopesamento de normas beneficiam ou prejudicam movimentos paredistas. Visto que o presente tema tem um reflexo extremamente significativo no cotidiano dos trabalhadores do país, se torna veementemente necessário um esclarecimento mais amplo e objetivo do texto normativo, proporcionando uma maior clareza sobre o tema. Findada a pesquisa, caso seja constatado uma discrepância jurídica, sucederá uma solução hipotética de acordo com as teorias do jurista alemão Robert Alexy.

1.3 Justificativa

No cotidiano é notável encontrar diversos movimentos grevistas, porém observa-se uma lei sobre o tema que limita ou impede reclames trabalhistas. Diante da importância do tema abordado não há espaço para afirmações infundadas, há pouco conteúdo doutrinário no que desrespeito as regulamentações de leis paredistas, por isso, surgiu a motivação para uma pesquisa em busca de respostas a saber se o ordenamento jurídico é claro e justo para com as classes envolvidas. Dada tal afirmação, o presente trabalho segue um viés informativo e

conscientizador, baseia-se em um conflito real e eminente em meio a realidade vivida por milhões de cidadãos e torna-se essencial para o debate e a compreensão de qualquer trabalhador do país.

2. Metodologia

O presente estudo tem como tema “A Lei de Greve à luz da Constituição da República: revisitando a teoria de Robert Alexy”. Serão utilizados três métodos para alimentar o trabalho possibilitando entender as diferenças entre regras e princípios de Alexy e descobrir pontos divergentes entre as leis citadas.

Primeiramente será feita uma análise comentada e técnica entre a CFRB/88 e a Lei 7.783/89 para ser expostos todas as divergências encontradas.

Concomitantemente, será utilizado referencial teórico de Bias (2018), Meneses (2019) e Kelsen (1998) que contribuem para o tema, discutindo sobre as mencionadas leis e o último dos citados autores versando sobre hierarquia entre normas.

Por fim, sucederá um estudo sobre Robert Alexy, sendo revisados trechos de suas obras para explicar a diferença entre regras e princípios sob sua visão e apresentar soluções possíveis diante um conflito aparente de normas.

3. Distorções entre a Lei nº 7.783/1989 com o a CFRB

O art. 9º da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) dispõe sobre o direito de greve e possui a referida redação:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Como nota-se o *caupt* do artigo somente compete aos trabalhadores decidir a oportunidade e os interesses que os mesmos optem por defender e, o legislador constituinte, de forma proposital, tomou o devido cuidado para não limitar esse direito porque trata-se do título II – *dos direitos e garantias fundamentais* da Constituição. O legislador somete delegou ao legislador infraconstitucional definir serviços essenciais inadiáveis a população e abusos cometidos para sujeitar os responsáveis a lei. Ou seja, não há nenhuma restrição quanto ao mérito, conteúdo e forma do direito de greve e as restrições que lei posterior versar não poderá ultrapassar as designações do § 1º e § 2º.

A lei criada para complementar artigo acima descrito foi a lei Nº 7.783/89, também conhecida como Lei de Greve, fruto Da Medida Provisória nº 59, de 1989 (BRASIL, 1989) editada pouco depois da promulgação da CRFB para limitar e restringir o direito de greve. Será mostrado em uma análise crua como o conteúdo da Lei extrapola de forma exacerbada o que o art. 9º da CF/88 a delegou destacando as incongruências principais em seus dezenove artigos.

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

Primeiramente a Lei de Greve em seu artigo 3º parágrafo único restringe o direito paredista obrigando que a entidade patronal seja notificada com 48h de antecedência. Aqui existe uma inconstitucionalidade porque como já foi apresentado a CRFB não delimita nenhuma restrição do tipo e não deixa a cargo do legislador ordinário nenhum conteúdo a não ser estabelecer os serviços essenciais e criar lei para tratar possíveis abusos. O próximo artigo a ser discutido é o art. 4º que faz os seguintes impedimentos:

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

§ 2º Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no "caput", constituindo comissão de negociação.

Nesse art. nota-se inconstitucionalidade ainda mais grave pois a Lei de Greve encarrega a entidade sindical ou na falta da mesma, assembleia dos trabalhadores, convocar assembleia que definirá todas as pautas e deflagração quanto cessação de greve sendo que o art. 9º da Constituição Federal não prevê esse tramite tão específico e detalhado, apenas delega “aos trabalhadores” decidir sobre a oportunidade e os interesses que o movimento deva defender. Esses requisitos burocráticos impossibilita uma greve em casos urgentes como elenca Meneses (2019) “a greve ambiental destinada à proteção da saúde do trabalhador e à preservação de um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado”.

O seguinte art. 6º da Lei 7.783/89 consta um detalhe que interessa ser discutido pelo seu caráter subversivo no § 3º.

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

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

Tendo em vista que o direito de greve é um direito coletivo é um despautério tal regulamentação. O direito de uma classe não pode ficar à mercê de um indivíduo, é antidemocrático o direito de um, contrário a uma paralização, se sobrepor sobre uma maioria favorável. Da mesma forma, Delgado (2017) ratifica:

É que o Texto Máximo assegura, enfaticamente, como direito fundamental, a greve, o movimento de sustação coletiva do trabalho; neste caso, o ato individual de insistir no cumprimento isolado do contrato choca-se com o direito coletivo garantido (DELGADO, 2017 p. 1629).

Apesar da lei de greve ser incongruente com a Constituição Federal ela é divergente com o próprio texto, ou, propositalmente sujeita a brechas favorável aos empregadores, pois diante da série de impedimentos que foram analisados e dos que ainda serão, a dúvida que fica é: para beneficiar quem que essa lei foi criada? A brecha citada se encontra nos arts. 7º e 9º em seus parágrafos únicos:

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

Como mostra a redação da Lei nota-se um espaço para, na prática, o parag. único do art. 9º violar o que o art. 7º regulamenta. O caráter abrangente de os empregados serem obrigados a assegurar serviços essenciais para evitar prejuízo irreparável ao empregador torna-se uma prerrogativa para boicotar uma paralisação visto que, praticamente nenhuma greve, atinge seus objetivos sem sacrifícios. Por último os arts.

da lei 7.783/89 Destoantes com o art. 9º da CRFB são o art. 8º e o *caput* do art.14º com as respectivas redações:

Art. 8º A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão.

Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Se o artigo 9º da CRFB diz que compete aos trabalhadores decidir a oportunidade de exercer o movimento paredista sobre os interesses que devam por meio dele defender o judiciário não tem competência para decidir a procedência das reivindicações. E não há que se falar no art. 9º § 2º da Constituição sob alegação de abuso pois, o abuso que a CRFB se refere são possíveis crimes e irregularidades e não sobre descumprimento de acordo, convenção ou decisão judicial.

Vale ressaltar o caráter inconstitucional de todos os artigos acima discutidos pois, através de uma ótica constitucionalista legalista tudo que a Lei de Greve trata salvo serviços essenciais e abusos são conteúdos restritivos que fere a norma maior que rege o país. “Ademais, a CRFB não admite restrições pela legislação infraconstitucional ao direito de greve, justamente por tê-lo consagrado propositadamente em sentido amplíssimo” (BIAS, 2018. p. 268). Segundo Hans Kelsen (1999), existe uma hierarquia de normas para regulamentar um Estado, sendo assim, o autor fundamenta que todas as normas representam uma pirâmide sendo a Constituição a lei máxima devendo todas as leis inferiores sujeitar-se a ela. Portanto, entende-se, pela análise criteriosa e técnica feita das leis e pelo entendimento dos autores citados, uma comprovada antinomia entre as normas que nos próximos capítulos será tratada sob o estudo do jurista alemão Robert Alexy.

4. Princípios e regras de Alexy: adequações diante uma antinomia

4.1 Biografia de Alexy

Nasceu na cidade alemã de Oldenburg, em 9 de setembro de 1945. É um dos filósofos mais reconhecidos e influentes que trata sobre o direito alemão e, concomitantemente, seus pensamentos exerce influência em vários países (incluindo o Brasil). Possui formação em Direito e Filosofia, Universidade Georg-August, de Göttingen. Em 1978 publicou o livro “Teoria da Argumentação Jurídica” inspirado na sua tese de PhD. Em 1984 publicou o livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, (que serviu de grande embasamento para esse artigo) (UFRGS, 2013). É professor da Universidade de Kiel e da Universidade de Göttingen. Em 2010 recebeu a Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha. Alexy é influenciado por vários autores, em especial, Hans Kelsen, Herbert Lionel, Adolphus Hart, Gustav Radbruch e Alf Ross (WIKIPÉDIA, 2019).

4.2 Princípios e regras de Alexy

Como se diferenciam princípios de regras? Eles podem ser utilizados concomitantemente? Robert Alexy (2008) explica de forma clara e concisa como identificar, observar e resolver um possível conflito entre essas ferramentas jurídicas. O ponto incisivo para tal distinção se dá que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. O autor considera-os "mandamentos de otimização", eles podem ser satisfeitos em graus variados, não depende exclusivamente do fato para existirem, precisam também de possibilidades jurídicas para serem respaldados. Sobre as regras, são consideradas por ele como normas sempre satisfeitas, ou não satisfeitas, não havendo um meio termo possível, ou se segue a palavra da lei ou contra ela se irá de encontro. As regras contêm aquilo que se deve ou não fazer, são

determinações do que é fático e juridicamente possível. Isso evidencia que toda norma é uma regra ou um princípio, não podendo assim serem confundidas.

Para Alexy (2008) os princípios e regras se mostram com maior clareza quando entram em um conflito aparente, ele acredita que tudo seja uma questão de relação entre o denominado princípio e uma dada norma. A título exemplificativo, ele utiliza o código de trânsito alemão (stVO), onde, as ultrapassagens são possíveis ou pela esquerda quanto pela direita, entretanto, a característica de ser cumprida ou não, não se limita somente a uma norma pouco descritiva, depende do momento em que se encontra um determinado fato.

Em seu pensamento crítico, o autor leva a uma análise mais técnica do texto normativo, em um conflito aparente, pode-se produzir diferentes efeitos, sendo assim, plausível de um cuidado mais individual com cada parte do conflito. Isso deve-se ao fato de que cada norma por si só já produz um efeito, em caso de conflito as duas partes conflituosas (regras e princípios) produziriam possivelmente um terceiro efeito. Já, se fossem aplicadas individualmente levariam, justamente por serem conflituosas, a efeitos inconciliáveis entre si, cria-se então um círculo jurídico conflituoso.

Diante uma antinomia temos conflitos entre regras e colisões diante princípios. Quando duas regras se conflitam só há duas soluções possíveis, ou uma regra é extirpada do ordenamento jurídico para que a mais adequada produza efeito ou é criada uma cláusula de exceção. Para exemplificar uma cláusula de exceção, Alexy (2008), traz o caso do alarme de incêndio nas escolas, o aluno não pode deixar a sala antes de soar o sinal, mas quando o alarme de incêndio toca há uma exceção da regra sem precisar excluir uma ou outra.

Quando dois princípios se colidem, a distinção ocorre de maneira diversa das regras. Quando algo é proibido segundo um princípio e permitido segundo outro, um deles terá que ceder. Entretanto o princípio que ceder não será declarado inválido nem será necessária uma cláusula

de exceção. Em alguns casos que princípios se divergem constantemente sobre o mesmo fato há, por parte dos tribunais, a adoção do princípio de maior peso para um determinado caso, ou seja, um princípio precedente.

5. Possíveis soluções de Robert Alexy para o caso concreto entre o artigo 9º da CRFB e a Lei nº 7.783/1989

A priori, o fundamento básico é analisar o conflito, feito isso, segue-se um parâmetro de valoração do fato junto a sua significância em meio a sociedade. A ótica de Alexy para uma solução do conflito fático entre a Lei de Greve e a Constituição Federal se dá por ele dito através de uma "Diminuição efetiva de uma das partes", ele assegura que a parte a ser "diminuída" não é considerada inválida, somente teria precedência diante da outra, uma análise concreta do fato deve existir, enquadrando uma adequação justa sobre o caso concreto. O direito de greve é assegurado pela CF, por outro lado é taxativo segundo a lei de greve, essa incongruência provoca como já foi dissertado acima, uma série de litígios, causando ainda mais uma descrença do trabalhador com o meio judicial. Não se figura com preceitos éticos generalizar uma norma e ao mesmo tempo se sobrepor com outra um poder discricionário e seletivo.

O direito de greve é uma norma de direito fundamental com caráter de princípio descrita no já mencionado título II – *dos direitos e garantias fundamentais* da Constituição, em contrapartida, a lei de greve é apenas uma regra de hierarquia inferior que foi delegada pelo artigo 9º da CF e claramente teve sua competência extrapolada como foi constado no capítulo três desse artigo. Existe duas regras conflitantes (CF e a Lei paredista), e como já foi brevemente explanado a cima quando regras se conflitam ou uma é excluída ou há uma cláusula de exceção, porém uma exceção não se aplica a esse caso concreto, pois o que temos são regras que deveriam coexistir harmonicamente, mas, por causa de uma taxatividade excessiva, acabaram por se divergirem. Com enfoque apenas para a teoria de Alexy a lei Nº 7.783/1989 deveria ser extirpada do ordenamento

jurídico, contudo, analisando de forma prática, não seria adequado a revogação total da lei e sim uma adaptação que será posposta adiante.

Ainda tratando do injustificado uso da lei de paralisação sobrepondo a Constituição, uma alusão a teoria hierárquica de Kelsen (1999) se torna possível porque ele prega a classificação da constituição como norma máxima e agrega a ideia de que a Lei de Greve deve ser usada com maior atenção, uma vez que, nessa teoria ela se tornaria inferior perante a CF. De modo similar a Kelsen, Alexy (2008) traz o exemplo do Tribunal Constitucional Federal alemão. A lei federal estabelecia que o comércio funcionaria entre às 7 e 17h nos dias úteis e na lei do Estado de Baden estabelecia que seria proibido o funcionamento das lojas após às 13h nas quartas-feiras. Diferentemente do art. 9º da CF e a Lei de Greve essas normas não poderiam coexistir e foi anulada a norma de direito estadual devido a sua hierarquia inferior.

Diante do estudo, análise de leis e da teoria de Robert Alexy, fica evidente uma antinomia, que não deveria haver no ordenamento jurídico brasileiro. E, como solução para o caso concreto baseado no autor e na pesquisa apresentada entende-se que a Lei Nº 7.783/1989 não deva ser revogada totalmente, mas sim os seus artigos que extrapola a determinação do legislador constituinte, versando apenas no que a ela é incumbida, ou seja, os serviços ou atividades essenciais inadiáveis da comunidade e possíveis abusos cometidos durante paralizações. Ressalta-se a necessidade de uma edição no que diz respeito a eventuais abusos para evitar possíveis boicotes e restrições que fere o caráter amplo de direito fundamental que a Constituição Federal oferece aos trabalhadores do seu país.

Seguir nesse caminho faz com que haja uma maior segurança jurídica, demonstrando que mesmo havendo um conflito já identificado e presente no cotidiano nacional uma maior atenção sobre essa problemática produz um efeito normativo mais eficaz, enquadra cada situação em um olhar individual especializado e propicia ao judiciário um poder decisivo mais embasado.

Considerações finais

O direito de greve é uma garantia fundamental para a existência do trabalho digno. A opção de se opor a condições não justas de trabalho é um marco trabalhista do país. A história evidência um passado de evolução positiva, sobretudo, espelha um futuro de segurança entre as relações sociais, econômicas e morais. A greve, é a voz daqueles que não são ouvidos, devendo ser não só garantida por lei, mas entendida por todos.

Nesse trabalho elucidou-se um conflito real sobre os preceitos de Robert Alexy, comparando e exposto formas com que o autor caracteriza um conflito aparente entre princípios e regras. Veio à tona uma solução que se adequa ao caso concreto, promovendo decisões jurídicas futuras sensatas e garantistas, sanando um problema que causa infinitas discussões. A necessidade de um esclarecimento se tem por hora como um passo para mediação do conflito e eleva a discussão para um debate maior fundamentado e propício a trazer uma resposta para sociedade trabalhista, demonstrando de forma teórica e aliada a um olhar prático de como pode-se encaminhar um processo de solução. É de se salientar que, o caminho traçado por esta obra é de cunho socioeducativo e de caráter científico, tornando-se, portanto, uma ferramenta esclarecedora para setor o trabalhista do Brasil.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIAS, Rafael Borges de Souza. **Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988: da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 263-290, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p263> Acesso em: 28/08/19.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 18.

BRASIL. LEI Nº 7.783, DE 28 DE JUNHO DE 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM> Acesso em: 19/08/19.

BRETAS, Valéria. **As maiores greves gerais que o Brasil já viu**. Exame, São Paulo (SP), 27/04/2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/as-maiores-greves-gerais-que-o-brasil-ja-viu/>> Acesso em: 13/08/19.

CASTRO, Márcio. **A grande greve de 1917: Levante anarquista**. Aventuras na História, São Paulo (SP), 09/07/17. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/a-grande-greve-de-1917-levante-anarquista.phtml>> Acesso em: 19/08/19.

DELGADO, Mauricio. **Curso de direito do trabalho**.16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENESES, Cláudio. **Antinomias Entre a Lei de Greve (Nº 7783/1989) e o Artigo 9º Constituição Federal**. Disponível em: < [http://www.lex.com.br/doutrina_27010533_ANTINOMIAS_ENTRE_A_LEI_DE_GREV E_N_7783_1989_E_O_ARTIGO_9_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27010533_ANTINOMIAS_ENTRE_A_LEI_DE_GREV_E_N_7783_1989_E_O_ARTIGO_9_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx)> Acesso em: 13/08/19.

REINHOLZ Fabiana. **Breve histórico das greves gerais no Brasil**. Brasil de Fato, Porto Alegre (RS) 04/06/19. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/06/04/breve-historico-das-greves-gerais-no-brasil/>> Acesso em: 19/08/19.

SALGADO, Daniel. **Desde o fim da ditadura militar, 6 greves gerais pararam milhões de brasileiros**. O globo, Rio de Janeiro (RJ), 06/04/18. Disponível em: < <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/desde-fim-da-ditadura-militar-6-greves-gerais-pararam-milhoes-de-brasileiros-21266283#ixzz5zqUCI1Am>> Acesso em: 19/08/19.

A ponderação de princípios em sentença proferida por André Nicolitt: análise do discurso sob a égide de Robert Alexy

*Ruth Alda Oliveira Flores*¹

*Vitor Manoel Bonfim Silva*²

1 Introdução

A consolidação do Pós-Positivismo e do Movimento Constitucionalista ratificou o ideal de defesa aos Direitos Fundamentais em sociedade, especialmente com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Com isso, o entendimento de que o Ordenamento Jurídico³ não se restringia somente à lei em sentido estrito passou a ser disseminado pela Filosofia do Direito. Assim, com o advento da força normativa dos princípios, a atividade jurisdicional do Estado passou a pautar sua atuação com vistas a promover a Equidade, o respeito às liberdades individuais e a garantia de direitos coletivos.

Desse modo, este processo trouxe grandes contribuições para a consolidação de decisões judiciais que, antes embasadas em uma fundamentação predominantemente pautada pelos costumes, obrigou o

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB - DCHT - Campus XX. Membro permanente da Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACIC) e monitora voluntária do Programa em Educação em Direitos Humanos (PEDH-UNEB). É estagiária voluntária na Vara Cível da Comarca de Brumado do TJBA - Fórum Juíza Leonor da Silva Abreu

² Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB - DCHT - Campus XX. Membro permanente da Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACIC). Monitor bolsista do projeto de extensão Oficina de Direito dos Idosos

³ A respeito ver: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

Estado-Juiz, a partir deste momento, a buscar outras justificativas para explicar o porquê de decidir de determinado modo e não de outro, na medida em que ganhou centralidade a busca pela promoção da Dignidade da Pessoa Humana, valor fundamental em uma sociedade democrática, posto que promove a limitação do poder estatal. Isto é, buscou-se adotar critérios mais seguros para a resolução de conflitos na esfera social, visto que a mera aplicação da lei, em grande parte dos casos, a torna injusta.

Nesse sentido, a partir do momento em que se pretende traçar uma leitura contemporânea sobre os meios para dissolução de colisões entre regras e princípios existentes no ordenamento ou mesmo o conflito situado, apenas, no plano das regras ou dos princípios, faz-se necessário grande esforço a fim de que se busque entendimento crítico capaz de adequar-se às exigências das partes litigantes e, ao mesmo tempo, seja considerado a utilização de critérios razoáveis que não tornem a atividade do intérprete do direito mero trabalho mecânico, mas que seja pautado por uma justificação embasada em um processo reflexivo.

Na tentativa de propor métodos qualificados para a resolução de eventuais conflitos entre regras e princípios, o filósofo Robert Alexy (1945) propôs um procedimento proporcionalista que visa dirimir possíveis conflitos entre normas⁴. A ponderação de princípios (sopesamento), nessa ótica, ganhou grande relevância quando entram em conflito duas normas de direito fundamental, uma vez que, em um momento inicial, pensava-se que tais normas não poderiam colidir, na medida em que discorrem sobre direitos que reservam para si proteção especial no mesmo nível normativo, pois garantem ao homem a manutenção de uma *status* especial em relação aos demais seres.

Nesse sentido, almeja-se no presente artigo analisar a teoria de Alexy aplicada a casos concretos. As questões centrais a serem analisadas são: de que modo se resolve a colisão entre dois direitos fundamentais, isto é, o Direito à vida x Direito à crença religiosa? A proposta é analisar

⁴ No entendimento de Robert Alexy, norma é um gênero do qual subdivide-se duas espécies: as regras e os princípios. (ALEXY, 2015, p. 87).

os argumentos do juiz André Nicolitt à luz da teoria de Robert Alexy sobre solicitação de autorização judicial para transfusão de sangue em José Ferreira, idoso com 81 anos de idade, portador de doença coronariana grave, hemorragia digestiva, insuficiência renal e doença pulmonar obstrutiva crônica, a pedido da Casa de Saúde e Maternidade Joarí. O motivo pelo qual o hospital acionou o Poder Judiciário foi o fato de o idoso recusar-se a realizar o procedimento, alegando ser Testemunha de Jeová.

A metodologia utilizada para a confecção deste trabalho é a abordagem qualitativa, a técnica de estudo de caso, além do método interpretativo, haja vista que objetiva-se fazer um estudo valorativo acerca da sentença com o propósito de analisar como a teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy encaixa-se na decisão judicial mencionada, bem como os procedimentos utilizados para a sua fundamentação. Além disso, o trabalho utiliza como principais referenciais teóricos as obras: *Teoria da Argumentação Jurídica* (ALEXY, 2011); *Constitucionalismo Discursivo* (ALEXY, 2015); *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2015).

O presente artigo será estruturado da seguinte forma: em um primeiro momento, traçar-se-á aspectos relevantes sobre a vida e obra de Robert Alexy para compreender e contextualizar o pensamento do autor. Em seguida, será proposta uma discussão relacionando a Teoria da Ponderação de Princípios com a sentença proferida por André Luiz Nicolitt a fim de que sejam estabelecidas relações de semelhanças entre a teoria do jurista e a sentença proferida.

2 Biografia e teoria

Robert Alexy, filósofo, jurista e pesquisador, nasceu na Alemanha (1945), país onde se dedicou a estudar a Filosofia do Direito. Concluiu o ensino superior na Universidade Alemã de Gottingen, local onde posteriormente, em 1976, defendeu seu PhD, do qual originou o livro

“Teoria da Argumentação Jurídica”. Além da obra citada, o filósofo publicou outros livros importantes, dos quais se destacam: “Teoria dos Direitos Fundamentais”, “Conceito e Validade do Direito”, “Constitucionalismo Discursivo”.

Entretanto, importa mencionar que anterior à teoria de Robert Alexy, o filósofo e jurista americano Ronald Dworkin (1931-2013) havia proposto e difundido mundialmente seu pensamento a respeito do sistema de Regras e Princípios⁵. No entanto, a teoria proposta por Alexy é um refinamento da teoria Dworkiana, visto que Dworkin desenvolveu sua proposição em época e realidade diferentes, mais especificamente, após o período entre guerras (1919-1939) e, conseqüentemente, após o enfraquecimento do Positivismo Jurídico e a consolidação da força normativa dos princípios.

Com o término do período entre guerras, marcado pela ascensão das forças nazistas/fascistas, que promoveram a cessação de direitos e o extermínio de pessoas, surgiu a necessidade de expandir os ideais garantistas de cunho constitucionalista pelo mundo. Dessa forma, vários países, impulsionados pelo movimento Pós-Positivista, bem como pelo Neoconstitucionalismo, começaram a defender e elaborar ordenamentos jurídicos pautados na garantia de Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva:

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.35).

Diante desse novo cenário, a Teoria dos Direitos Fundamentais, a Argumentação Jurídica e a Ponderação de Princípios, todas interligadas e

⁵ Nesse sentido, Ronald Dworkin entende que não há uma relação sinonímica entres os conceitos de regras princípios; pelo contrário, ambos são fortemente distintos. A respeito, ver publicação do portal Boletim Jurídico: FARIAS, João Guilherme. **Regras e Princípios segundo Ronald Dworkin**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4212/regras-principios-segundo-ronald-dworkin>. Acesso em: 13 ago. 2019.

aperfeiçoadas à contemporaneidade por Alexy, ganharam força e demonstram a importante contribuição da teoria do autor para o Direito enquanto ciência. Visto isso, Robert Alexy incorpora aos princípios uma força normativa, designando a estes a nomenclatura de “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2015).

Nesse contexto, os princípios atuam como uma espécie de “ordem jurídica”, isto é, um comando, que tem por função o cumprimento em sua máxima integridade, a fim de melhorar o respeito ao ordenamento jurídico como um todo. No entanto, Alexy estabelece graus variados para aplicação dos princípios, pois há circunstâncias de ordens fáticas e jurídicas que vão guiar a aplicação integral ou parcial dos princípios em casos e situações específicas. Assim, de acordo com o autor: “A caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY *apud* FERREIRA, 2010, p. 127).

Ainda nesse sentido, Alexy reforça sua ideia: “[...] eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2015, p. 104). Tal pretensão se justifica pelo fato de que o ordenamento não consegue adequar-se de forma completa às demandas existentes em sociedade, uma vez que o Direito, enquanto mecanismo de regulação da vida social, encontra desafios para sua efetivação, sejam estas de cunho material ou formal.

É importante elucidar também a diferença proposta por Alexy entre princípios e regras, bem como a diferença existente ao ser aplicada a ponderação em casos de colisão de regras com regras e de princípios com princípios. Dessa forma, como dito anteriormente, o princípio é um mandamento de otimização e, quando houver colisão entre eles em um caso concreto, um irá sobressair sobre o outro; contudo, o princípio não utilizado, nesse caso, não será invalidado. Segundo Alexy, “[...] Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir –

ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (2015, p. 94).

Tal proposição, no entanto, não se aplica às regras, pois estas são normas que podem ou não serem satisfeitas, contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (MORTE, 2016, p. 01). Assim, quando há colisão entre elas, uma deverá ser considerada válida e, por consequência, será declarada a invalidade da outra proposição. Segundo Alexy: “[...] Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente o que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (2015, p. 91).

Nessa perspectiva, (AMARAL, 2014, p. 06) ratifica a proposição de distinção feita por Alexy entre regras e princípios, bem como a performance que deve ser tomada para a aplicação desses instrumentos jurídicos:

A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy - não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (AMARAL *apud* ÁVILA, 2014, p. 06).

Destarte, a biografia de Alexy irá implicar na construção de sua obra que será de grande relevância para o estudo da colisão de direitos fundamentais e utilizada também como uma ferramenta pelos magistrados, bem como pelos demais intérpretes do Direito, na dissolução de conflitos existentes entre normas jurídicas.

3 Análise do discurso sobre a ponderação de princípios em sentença proferida por André Nicolitt

Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Teoria de los Derechos Fundamentales*)⁶, utiliza um julgado do Tribunal Constitucional da Alemanha para explicar como ocorre o Sopesamento⁷ de princípios em um caso concreto. A lide utilizada por Alexy diz respeito a uma emissora de televisão ZDF que planejava exibir um documentário chamado “*O assassinato de soldados em Lebach*”.

O programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e as armas foram roubadas com o intuito de serem cometidos outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que na época prevista para a exibição do documentário, estava prestes a ser solto da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos Art. 1º, § 2º, e o Art. 2º, § 1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque estaria ameaçada sua ressocialização.

Todavia, o Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor, então, ajuizou uma Reclamação Constitucional contra essas decisões (Alexy, 1985, p.100).

O julgado utilizado de modo exemplificativo pelo autor evidencia a colisão entre dois princípios da constituição alemã, que são o direito à informação/liberdade de imprensa, confrontado com os direitos da personalidade. Assim, em resposta à Reclamação Constitucional, o

⁶ A primeira publicação do livro de Robert Alexy: “Teoria de los Derechos Fundamentales”, traduzido para o Português como “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ocorreu em 1985.

⁷ O significado do termo “Sopesamento”, no âmbito jurídico, aparece na Teoria dos Princípios (elaborada por Robert Alexy) que relaciona a ponderação como um pilar que permite a resolução de eventuais conflitos entre princípios, garantindo a manutenção da normatividade. Em suma, que não sejam excluídos do ordenamento jurídico. A respeito, consultar publicação do site “Meus Dicionários”. Disponível em: <<https://www.meusdicionarios.com.br/sopesar>>. Acesso em: 15 set. 2019.

Tribunal Federal da Alemanha, decidiu por impedir a exibição do documentário, caso houvesse exposição dos nomes e imagens dos condenados, ou seja, caso ocorresse a lesão aos direitos da personalidade.

Análogo ao caso abordado por Robert Alexy, têm-se na jurisprudência Brasileira a lide acompanhada e julgada pelo Juiz André Nicolitt, referente a transfusão de sangue em paciente testemunha de Jeová, José Ferreira. Assim, este julgado trata-se de pedido feito pela Casa de Saúde e Maternidade Joará para que sua equipe médica pudesse realizar procedimento de transfusão sanguínea em um senhor que à época contava com 81 anos de idade, uma vez que tal procedimento era extremamente importante para garantir a manutenção da vida do idoso.

Conquanto, no caso em questão, os familiares e o próprio paciente, por motivações religiosas, apresentaram objeção ao pedido do hospital. Assim, o procurador legal destes comprovou, por meio da juntada de certidão, que, nos momentos de lucidez do senhor, este desejava expressamente não ser submetido a transfusão de sangue. Dessa forma, estaria cumprindo os requisitos para não realizar a transfusão sanguínea, sendo estes a capacidade civil plena e manifestação da vontade, livre, consciente e informada, disposta no Código Civil de 2002.

Visto isso, torna-se evidente a oposição entre princípios de cunho constitucional, mais especificamente a oposição entre o direito à vida, à liberdade de crença e ao respeito aos Direitos da Personalidade, dispostos no Art. 5º da Constituição Cidadã de 1988 e no Código Civil de 2002. Destarte, estaria o magistrado assumindo o papel de realizar a ponderação de princípios ao julgar o caso. Contudo, tal processo, embora haja vontade manifesta por parte do idoso a não submeter-se a transfusão de sangue, gera controvérsias no ordenamento jurídico, especialmente pela premissa social de valorização da vida em detrimento de outras matérias de caráter constitucional.

A esse respeito, diz o magistrado ao proferir a sentença: “A Constituição não resolve o tema sem que haja esforço interpretativo, vez que se encontram em aparente colisão as normas de proteção à vida e as

normas de liberdade, designadamente a religiosa” (NICOLITT, 2009, p. 01). Além disso, acrescenta:

O código civil de 2002 tampouco é capaz de solucionar a questão, pois o art. 11 dispõe que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, ocorre que não se pode falar que o instrumento assinado pelo paciente revela-se uma renúncia ao direito da personalidade. Muito pelo contrário, trata-se de exercício do direito da personalidade consistente na liberdade de crença (NICOLITT, 2009, p. 01-02).

Retomando o conceito de princípios como “mandamentos de otimização”, vale ressaltar que o dever do Estado é promover sua aplicação em maior grau possível, mas não em caráter integral. Assim, no momento em que o magistrado encontra-se diante de uma lide em que um idoso, em pleno gozo de suas de suas faculdades mentais, assina procuração renunciando ao direito de submeter-se a transfusão sanguínea é necessário cogitar que o direito à vida, mesmo sendo um objeto pelo qual o poder público deve zelar pela manutenção, encontra-se, na presente situação, permeado por circunstâncias especiais, visto que a liberdade de crença, como exposto pelo juiz, integra uma parte dos direitos da personalidade e, portanto, reserva pra si proteção especial.

A respeito da ponderação em casos de colisões entre princípios, salienta Alexy:

[...] a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios principais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015, p. 110).

Nesse sentido, a partir do momento em que se considera um princípio como mandamento de otimização, faz-se necessário pensar que

a busca por sua efetivação não se dá em caráter absoluto, mas relativa, especialmente pelas questões de ordem fáticas que circunscrevem o caso concreto. A esse respeito, diz Nicolitt:

Importante notar que a interpretação jurídica não pode ser deslocada do plano fático. No caso em tela estamos diante de um idoso de 81 anos, com um quadro de saúde extremamente complexo e grave. A toda evidência, a solução jurídica que se encontrar para este caso poderá ser diversa em se tratando de uma criança ou adolescente, ou mesmo de um adulto não idoso (2009, p. 03).

Contudo, surge um questionamento a partir do momento em que o juiz realiza a ponderação entre princípios de direitos fundamentais: quais os procedimentos utilizados para a justificação de sua decisão? Em quais fontes o juiz irá buscar embasamento? Se a lei, por si só, mostra-se antinômica, quais as formas possíveis de o juiz resolver o conflito sem abrir margens para novas lacunas (caso isso seja possível)? A respeito disso, salienta Alexy:

[...] As regras expostas na fundamentação interna, que fazem uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato, podem, se assim se deseja, ser vistas precisamente como resultado de um processo caracterizado como a metáfora do ir e voltar do equilíbrio. Com isso, também se torna claro que as formas de justificação interna não pretendem reproduzir o curso das deliberações efetuadas de fato pelos órgãos decisórios (2011, p. 227).

Desse modo, cabe ao magistrado buscar uma fundamentação consistente que seja capaz de compreender a realidade que encontra-se sob sua análise, ou seja, para além de buscar uma fundamentação pautada na lei, faz-se necessário a busca por elementos argumentativos diversos que sejam capazes de superar as decisões jurisprudenciais e possam compreender as questões que ganham a tutela jurisdicional do Estado de modo mais dinâmico, considerando os aspectos de caráter social e as complexidades que envolvem cada questão analisada. Seria, de fato, a busca pela verdadeira justiça ao julgar.

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: (...) É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância (KELSEN *apud* NICOLITT, 2009, p. 05).

Ainda nesse sentido, diz Nicolitt:

Tendo em vista que a jurisdição é a função através do qual o Estado administra a justiça, o Juiz encontra-se no meio deste furacão, ou seja, de exercer a função do Estado realizando algo que não se sabe em termos absolutos o que é (NICOLITT, 2009, p. 07).

A esse respeito, vale ressaltar que sopesar o direito à liberdade, bem como o direito à vida possui desafios de grandes proporções e que precisam serem questionados. Com relação ao direito à vida, conforme preleciona o Art. 5º, XLVII, CRFB/88⁸, “não é a vida um valor absoluto, tampouco um fundamento da República, primeiro porque a Constituição admite a pena de morte em caso de guerra, segundo porque no art. 1ª. o fundamento da República é a dignidade humana e não a vida” (NICOLITT, 2009, p. 09). De qualquer modo, o juiz ainda traz a seguinte colocação:

⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

O muito que o paciente viveu até agora (81 anos) não é nada perto do que ele acredita ser a vida eterna no paraíso. Menos ainda é o que lhe resta a viver caso o procedimento médico fosse bem sucedido, seja em relação ao que já viveu, seja em relação ao que pensa existir no paraíso. (NICOLITT, 2009, p. 08).

Convém ressaltar, nessas circunstâncias, que o juiz, mediante posicionamento já expresso em passagens anteriores, indeferiu o pedido do hospital de modo que, poucos dias depois, o idoso veio à óbito. Em seu parecer final, diz:

[...] Penso que o Juiz não deve fazer valer suas crenças, ou o que gosta, ou ainda o que intui ser certo ou justo por convicções pessoais, e sim, o que a Constituição lhe transmite enquanto valor democraticamente construído ou reconhecido pela sociedade (NICOLITT, 2009, p. 11).

Assim, no momento em que profere sua sentença, o juiz ressalta a necessidade de o intérprete não considerar aspectos de cunho pessoal na ponderação de princípios, apenas aquilo que, de fato, possa justificar determinada decisão à lide, haja vista que tal postura ratifica a atribuição do magistrado de administrar a jurisdição estatal e buscar garantir a efetividade do Direito na promoção da justiça.

Considerações finais

Com a realização desta análise, tornou-se possível constatar que a decisão proferida pelo juiz Nicolitt traz à tona o método de ponderação ou sopesamento de princípios proposto por Robert Alexy. No cenário em que são colocados em contradição dois princípios de direitos fundamentais, o entendimento proposto pelo magistrado centra-se na garantia de um direito à vida pela vida, de acordo ao entendimento do paciente, visto que seria uma disputa pela possibilidade de viver eternamente no paraíso.

Assim, como preceitua Robert Alexy, a teoria da ponderação de princípios busca alcançar em maior grau possível soluções para o caso

concreto que sejam capazes de adequar-se às exigências de ordem jurídica e social. Nesse caso, ao direito de o idoso recusar-se a receber transfusão, mesmo não dispondo de outros métodos para salvar sua vida, por questões de orientação religiosa e da qual, para ele, abandoná-la seria renunciar a algo maior e que limitaria alguns aspectos de sua personalidade.

Ademais, convém ressaltar que, de acordo à teoria da ponderação, os princípios constituem-se como “mandamentos de otimização”, sujeitos ou não a sua aplicação na realidade fática, embora seu não cumprimento em determinadas situações não afaste a validade da norma, mas apenas atue por meio de uma relativização específica e temporária que busque fundamentação também em outras fontes que não propriamente a lei, posto que o autor utiliza-se de conceitos multidisciplinares para tentar dar voz às perspectivas das partes e estabelecer uma conexão entre o conflito legal e os aspectos sociais referentes ao tema.

Finalmente, a ponderação é um mecanismo em que há análise da lei preocupada com a adequação social, de modo que o procedimento gera a necessidade do o julgador fundamentar suas sentenças com proposições de natureza filosófica, sociológica e, por conseguinte, garante aos sujeitos envolvidos na lide a possibilidade de terem suas demandas analisadas por critérios de cunho crítico que são responsáveis pela consolidação social e judicial dos Direitos Fundamentais, na medida em que a lei passa a ser interpretada a partir de uma perspectiva crítica que não resume o Direito ao mero texto, mas à realidade de ordem fática.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo - 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Org./trad. Luís Afonso Heck, - 4 ed. rev, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva – 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional brasileira e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76a46a2fef5c9dd7>>. Acesso em: 16 set. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Natália Braga. **NOTAS SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY**. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/7822/3ab87098bf3317b84a953ce46464d5aa856c.pdf?ga=2.252321674.2033346028.1568844925-891634925.1568844925>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MORTE, Luciana Tudisco Oliveira. **Estrutura da ponderação e da proporcionalidade em Robert Alexy**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50583/estrutura-da-ponderacao-e-da-proporcionalidade-em-robert-alexey>>. Acesso em: 16 set. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2ª Vara Cível Regional de Campo Grande. **Processo 2009.900.010281-5**. José Ferreira e Sr. Dr. Juiz de Direito André Luiz Nicolitt. 13 de julho de 2009. Campo Grande, RJ, p. 01-11. Jul. 2009.

A teoria da integridade de Ronald Dworkin: o direito à vida como base interpretativa para a análise do aborto à luz da dignidade da pessoa humana

*Gabriel Willy Souza Araújo*¹

*Letícia Costa Pimenta Sousa*²

1. Introdução

A questão da interpretação da norma está diretamente ligada às transformações sociais do Direito e à evolução da sociedade ao longo da história. A partir do século XX, instituiu-se a necessidade de aperfeiçoamento e exigências formais das regras para a obtenção de decisões judiciais completas e fundamentadas. Sob essa ótica, com a contemporânea conjuntura jurídica brasileira, é essencial uma análise a respeito da importância da legitimidade e integridade do Direito, em razão de deparar-se com certas interpretações sobre um mesmo fato se divergindo durante o processo, ocasionando discricionariedade nas decisões tomadas.

Nessa perspectiva, muito se indaga sobre a efetividade e os métodos judiciais utilizados no momento da aplicação do direito, posto isso, há um método e limite de interpretação no Direito que ofereça uma resposta exata, subsidiando assim à previsibilidade e segurança jurídica das

¹ Graduando do curso de Direito do Departamento de Ciências Humanas e suas Tecnologias, Campus XX, Universidade do Estado da Bahia - UNEB, e-mail <garagao368@gmail.com

² Graduanda do curso de Direito do Departamento de Ciências Humanas e suas Tecnologias, Campus XX, Universidade do Estado da Bahia - UNEB, e-mail <letticiapimenta@gmail.com

normas legais nas decisões? Para responder a esse questionamento, escolheu-se a discussão acerca do princípio da dignidade humana e o aborto, no sentido de descrever como foi executado esta sentença judicial e contrapor por meio da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, a qual pretende-se usar como base para fins deste artigo.

Por esse ângulo, ao abordar o referido tema, é de extrema importância situar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que devem ser observados e respeitados, já que muitas vezes são utilizados de forma indiscriminada. Ademais, optou-se em constatar-la essas duas concepções com a temática do aborto no Brasil, de acordo o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, essa questão é importante referência argumentativa acerca da discussão moral e jurídica sobre o valor e a proteção que se devem dar à vida, bem como a responsabilidades do Estado frente à dignidade humana da mulher.

Logo, o objetivo desse artigo, é identificar a coerência e legalidade das decisões judiciais, em específico ao caso do aborto, para assim, possibilitar uma reflexão acerca da atividade jurisdicional através do ponto de vista sob o prisma da Teoria da Integridade do Direito proposta por Ronald Dworkin. Além disso, tem como objetivos específicos ilustrar a dignidade humana dos envolvidos e o compromisso de ser aplicada no que diz respeito a interrupção da vida humana no nosso ordenamento jurídico.

O que motivou na escolha desse tema, foi o interesse em entender melhor a interpretação da lei, se a prestação jurisdicional é de fato sempre coerente, por isso, para o embasamento do trabalho escolheu-se Dworkin. Por conseguinte, a preferência pelo caso do aborto, se justifica com base no constante conflito entre a necessidade de se manter um direito íntegro e a obrigação do julgador ao decidir, optando por seguir o código do Direito ou a necessidade de preservar os direitos individuais das mulheres.

Em suma, para desenvolver com esse trabalho, optou-se por pesquisa bibliográfica, mediado por livros e artigos virtuais, para agregar

conhecimentos e materiais que sintetize a interpretação de Ronald Dworkin, tendo como base teórica as obras “O Império do Direito e o Domínio da Vida”.

Para tanto, o artigo está organizado em quatro partes. Inicialmente, vamos introduzir com a questão do aborto na legislação brasileira, diante da análise de algumas resoluções concretas pertinente a esse caso, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, como a decisão na ADPF nº 54-8-DF e o julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306. Na segunda parte, iremos dar continuidade com a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o dever da sua crescente aplicabilidade nas atividades jurisdicionais, para assim dar uma real efetividade nos direitos e garantias conferidos aos cidadãos.

Após este capítulo, será oferecida uma resposta crítica perante a decisão do STF em torno do aborto, segundo os referenciais teóricos de Ronald Dworkin. No quarto e último tópico, será exposto a Teoria do Direito como Integridade concebido por Dworkin, para logo após, apresentarmos de que maneira conforme o autor, devem ser realizadas as interpretações judiciais para evitar uma atuação discricionária pelo Poder Judiciário. Por fim, a referida teoria do filósofo norte-americano fornece as bases para a fundamentação deste trabalho.

2 Breve biografia de Ronald Dworkin

Ronald Myles Dworkin foi um dos mais importantes filósofos do Direito norte- americano, que viveu entre 11 de dezembro de 1931 e 14 de fevereiro de 2013, tendo falecido em decorrência das complicações provocadas pela leucemia. Indubitavelmente, é um dos grandes nomes da teoria jurídica e política da segunda metade do século XX até os dias de hoje.

Embora sua contribuição mais original e importante seja no campo da teoria do direito, sua obra tem do mesmo modo significativa relevância no campo da política, da moral e da ética, bem como domínios

do conhecimento que ele reconhecia como conceitualmente interligados. Formou-se primeiro em Filosofia no Harvard College, em 1953, com o grau *Bachelor of Arts*, também adquirido posteriormente na Oxford University, em 1955; e depois partiu para a graduação em *Jurisprudence* na própria Universidade de Oxford, em 1955, o que lhe despertou o definitivo interesse pela ciência jurídica e o levou à Escola de Direito de Harvard, onde se formou no ano de 1957.

Sua atividade como intelectual público ampliou o impacto de suas ideias para além do mundo unicamente acadêmico. Influenciou profundamente uma geração de juristas e marcou o debate de ideias sobre grandes temas contemporâneos, tais como: aborto, eutanásia, liberdade de expressão, democracia, eleições, feminismo, pornografia etc.

3. O aborto na legislação brasileira: considerações e análise

O aborto certamente é uma questão pessoal com repercussão social, visto que a Constituição brasileira protege a vida humana sem distinções. Ela considera que a vida se inicia na fecundação do espermatozoide no óvulo, passando, a partir desse momento, a garantir ao embrião todos os direitos civis. Deste modo, o aborto, é caracterizado pela retirada de um embrião ou feto antes que chegue a termo (cerca de 40 semanas), o que resulta na sua morte.

A Organização Mundial de Saúde define o aborto como sendo a interrupção da gravidez antes da viabilidade extrauterina do feto, isto é, antes de completar 22 semanas de gestação, podendo ser espontâneo ou provocado. Em nossa legislação, é classificado como crime contra a vida, pelo Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, em sua parte especial, mas especificamente nos artigos 124, 126 e 128, **in verbis**:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de 1 a 3 anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (CÓDIGO PENAL, 1940).

Diante dos artigos supracitados, percebe-se que dependendo da condição da pessoa que pratica o ato, a punição pode variar de um a dez anos, de acordo o caso. Assim, conforme a legislação brasileira, o aborto é permitido em três situações: a primeira delas é quando a gestação coloca em risco a vida da mulher; a segunda, quando a gravidez for decorrente de um estupro; e a terceira, que não está previsto originalmente no CP/1940, sendo uma decisão do STF, quando o feto for anencefálico.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal de Justiça recentemente decidiu pela atipicidade destes dois últimos casos de aborto mencionados anteriormente: através do julgamento da ADPF 54/DF, que criou uma nova exceção nos casos de fetos com problemas físicos específicos, bem como, o julgamento do HC 124306 pela primeira turma do STF, sobre a possibilidade de interrupção da gestação no primeiro trimestre, provocado pela própria gestante (art. 124) ou com o seu consentimento (art. 126) também não seria crime (HC 124306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849). Assim, ambas decisões serão explanadas seguidamente.

O Supremo Tribunal Federal fez uma mudança na legislação ao criar precedente para que um novo caso de aborto seja liberado, sendo julgado em abril de 2012. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental - ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da

interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada no Código Penal nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, prevalecendo o voto do Min. Relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski.

Dessa maneira, esta decisão foi para o caso da anencefalia na qual consiste em má-formação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Em outras palavras, o anencéfalo, mesmo com batimento cardíaco e respiração, seria um morto cerebral, não possuindo assim proteção jurídica. De acordo com esse entendimento, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida, revela-se uma conduta atípica, visto que a discussão da anencefalia pressupõe uma interpretação evolutiva, pois não foi expressamente contemplada no artigo 128 do Código Penal como excludente de ilicitude.

À vista disso, as partes que suscitou a arguição alegaram que a antecipação do parto não constituiria aborto, já que a expectativa de vida de bebês nascidos com anencefalia é muito curta, sendo uma patologia letal. Logo, esse julgamento abordou inúmeros princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a legalidade, da liberdade e a autonomia da vontade, bem como o do direito à saúde, dentre outros.

Destarte, para complementar o debate acerca do aborto, também é importante discorrer a respeito do julgamento enfrentado recentemente pelo STF. Desse modo, o caso versa a respeito do Habeas Corpus 124.306/RJ, na qual foi impetrado pela defesa de dois pacientes que mantinham uma clínica de aborto e foram presos em flagrante. O Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias/ RJ concedeu a liberdade provisória aos acusados de suposta prática dos crimes previstos nos artigos 126 e 128 do Código Penal – respectivamente, tipo penal do aborto e formação de quadrilha.

Nos autos do Habeas Corpus, os pacientes alegaram inexistentes os requisitos necessários para a decretação de prisão cautelar, pois não

foram preenchidos, de forma motivada, os requisitos legais que legitimam este ato. Posto isso, considerou-se, necessário conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, período em que não foi formado o córtex cerebral, onde permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade. Então, não haveria bem jurídico a ser tutelado, já que não se trataria de uma vida até os três meses.

Desta forma, é evidentemente que a significância do Habeas Corpus 124.306 juntamente com a ADPF 54, vai muito além de mera análise processual, visto que a criminalização do aborto atinge os direitos fundamentais das mulheres, bem como a violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que o meio usado não se mostra adequado para proteger o bem jurídico tutelado, já que diversas pesquisas demonstram que a proibição não diminui o número de abortos, mas apenas impedem que eles ocorram de maneira segura.

Sob esse ponto de vista, conclui-se que, a tipificação do aborto não envolve apenas questões jurídicas, mas, principalmente, questões de caráter ideológico e religioso. Isso porque, assim como a vida é protegida em nossa Constituição Federal, observa-se que outros princípios também devem ser considerados em prol da mulher, tais como a liberdade, e o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual este evidenciaremos no próximo capítulo.

4. A concepção do princípio da dignidade da pessoa humana e a questão do aborto

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem na dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos e mecanismo de efetivação dos ideais da democracia. Base de qualquer sistema jurídico contemporâneo, civilizado, tal princípio passa a traçar no meio jurídico como um piso vital mínimo. Dessa forma, visto por muitos

com o mais importante fundamento constitucional insculpido em nossa Carta Magna, o princípio, em comento é, ou deveria ser, irradiador de todo o pensamento jurídico interpretativo.

Embora não seja uma tarefa simples conceituar a dignidade da pessoa humana, o jusfilósofo Ronald Dworkin possui uma visão secularizada pautada em dois princípios. Primeiro, perdura o princípio do valor intrínseco, o qual sustenta que a vida humana possui valor objetivo e, por essa razão, todas as ações da vida humana são analisadas por todos em termo de querer ou rejeitar. Segundo, há o princípio da responsabilidade pessoal, o qual todos os indivíduos são responsáveis pelo avanço de sua própria potencialidade. Contudo, estes dois princípios são elucidados pelo valor da equidade e da liberdade.

Isto posto, a dignidade da pessoa humana representa o direito de que todo o ser humano deve ser respeitado como pessoa, de não ser lesado em sua existência (a vida, o corpo e saúde) e de desfrutar de um âmbito existencial próprio. Sendo este princípio um arcabouço mínimo de valores indissociáveis de qualquer ser humano, e que deve ser assegurado em qualquer estatuto jurídico.

O jurista Alexandre de Moraes em sua obra “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional” acentua bem os valores extraídos dessa norma:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 128).

À vista disso, percebe-se que tal princípio é ligado a direitos e deveres e envolve as condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito a esses direitos e deveres. No qual se

relaciona também com os valores morais porque objetiva garantir que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores pessoais.

A priori, a dignidade da pessoa humana vem construindo um protagonismo jamais visto na história e é comumente invocado cada vez que alguém acredita que algum dos seus direitos tenha sido violado. O uso assíduo do argumento de ofensa à dignidade vem apresentando sérios questionamentos. Por sua vez, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes. Em virtude disso, e para conclusão da argumentação a partir das questões concernentes ao referente princípio, é fundamental elucidar o pensamento de Dworkin sobre a questão do aborto.

De acordo com o filósofo, os debates sobre as principais questões bioéticas se estabelece em desacordo permanente pela razão de estarem deslocadas de seu correto eixo de discussão. É o caso do aborto, no qual o debate geralmente sobrevém em saber se ele é permitido ou não moralmente a partir da indagação de entender se o feto é ou não uma pessoa e se ele possui direito e deveres. Na concepção de Dworkin, esta é uma questão derivativa e deveríamos retroceder e questionar algo anterior e mais relevante: a saber, se a vida possui ou não valor intrínseco. O resultado é uma posição realista de que “[...] o valor seria uma propriedade das próprias coisas independentemente do que as pessoas possam pensar ou desejar”.

Dworkin entende que existem pessoas que encaram o aborto de um modo derivativo, isto é, pressupõe os direitos e os interesses do feto. Em contrapartida, há aqueles que possuem uma abordagem independente e levam em conta o caráter sagrado e o valor intrínseco da vida. Ele volta-se para o segundo grupo, justamente por acreditar que não faz sentido alguém possuir interesses próprios a não ser que possua consciência e que tais interesses têm de se ser aqueles presentes no momento do aborto, e não aquelas que eventualmente se desenvolverão caso o aborto não seja feito. Por esse motivo, o aborto deve ser analisado sob a ótica do

valor intrínseco da vida, a despeito de qualquer interesse ou direito que o feto possa ter.

Sendo assim, Dworkin faz uma comparação com as obras de artes: assim como grandes obras de arte que, acima dos gostos pessoais de cada um, a humanidade procura preservar com afincos, a vida tem um caráter sagrado, ou seja, inviolável e intrinsecamente valioso. Não se entende como uma questão instrumental, mas de valorização e proteção uma vez que a vida já tenha começado.

Dessa forma, Ronald compreende o “sagrado” no sentido de inviolável e não precisa, necessariamente, ter uma conotação religiosa. Destarte, tal sacralidade pode ser atribuída a uma coisa de dois modos distintos: Primeiro, por designação, em que o sagrado conferido é a animais, amuletos e objetos patrióticos. Segundo, por gênese, quando algo passa a ser sagrado não pelo que é especificamente, mas pela maneira que surgiu ou passou a existir.

5. A interrupção da gravidez à luz da obra “domínio da vida”

Ronald Dworkin questiona em sua obra, “Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais” a existência ou não de direitos individuais inerentes ao feto. Deste modo, para arrematar a argumentação sobre a licitude do aborto no presente texto, é essencial elucidar o pensamento desse filósofo e qual seu ponto de vista em relação as decisões que versam sobre a interrupção da gravidez.

Segundo a teoria do autor, a proibição do aborto no Brasil, se elenca de duas maneiras, sendo estas, o derivativo e o independente. Para ele, aquelas pessoas que justificam o modo de pensamento "derivativo" entendem que o feto, desde a concepção, é um sujeito com direitos individuais e, desta forma, ninguém poderia retirar do feto o seu direito à vida. Assim, a garantia da existência do feto, no pensamento "derivativo" de Dworkin é supremo, havendo, inclusive, contradição na decisão de aborto nos casos de risco de vida da mãe, visto que, não há como valorar

se a vida da mãe é tão mais importante que a do filho. Em contrapartida, as pessoas que defendem o modo "independente", levam em conta o caráter sagrado e o valor intrínseco da vida.

Sob essa perspectiva, Dworkin acredita que não faz sentido algo possuir interesses próprios a não ser que possua consciência, e trazendo isso para os casos do aborto, não ocorre frustração de vida quando não nasce a criança, pois não há investimento criativo em vidas que nunca existiram. Assim que se iniciam as divergências entre defensores e combatentes da interrupção da gestação, visto que conservadores radicais acham que a morte imediata do feto é uma frustração maior que qualquer outra opção e os liberais acham que a morte prematura minimiza a frustração da vida, atendendo ao princípio de sacralidade da vida humana.

À vista disso, a análise dworkiana investiga essas exceções ao aborto consideradas por conservadores e por liberais. Sobre os abortos realizados com intuito de salvar a mãe:

Para os muito conservadores [...] uma escolha um favor da mãe pode parecer justificável com base no fato de que uma escolha contra ele frustraria, além do mais, os investimentos pessoais e sociais em sua vida; mesmo essas pessoas desejam apenas minimizar a frustração total da vida humana, o que exige que se salve a vida da mãe nessa terrível situação. (DWORKIN, p.131).

O filósofo, então, faz uma importante observação, ele relaciona a questão dos direitos do feto à possibilidade ou não de se atribuir personalidade aos nascituros, pois, para Dworkin, só é possível falar em direitos quando existirem interesses. Dessa forma, o autor critica as posições mais conservadoras, pois demonstra que pouquíssimas pessoas acreditam que o feto seja uma pessoa com direitos e interesses equivalentes aos dos outros membros da sociedade desde o momento de sua concepção.

Vale ressaltar, que há outros autores que indagam a respeito de quando começa a personalidade do nascituro, como Robert Spaemann e Peter Singer, discorrendo sobre a possibilidade de tratar o feto como uma pessoa propriamente dita, com direitos e interesses.

A personalidade é um atributo que encerra propriedades compartilhadas por todos os seres humanos. Mas isso não significa que são as propriedades que fazem com que se identifique a personalidade. Na verdade, essas propriedades atuam como condições de possibilidade do processo de reconhecimento. Ao afirmar isso, o autor nega a tese de que a personalidade seja um fato natural ou mesmo biológico; antes disso, ela representa uma construção social, um modo de viver - ou de existir. (SPAEMANN, 2006).

A tese de Spaemann é que não se pode identificar o início da existência de uma pessoa dissociada no início da existência do ser humano que ali está. A personalidade não é o resultado de um processo de desenvolvimento, mas sim uma “moldura” (SPAEMANN, 2006).

Singer (2002), por sua vez, rebate com simplicidade aqueles que objetam tratando o feto como vida em potencial, pois não existe regra que afirme que um X potencial tenha o mesmo valor de um X, ou que tenha todos os direitos de um X. Segundo ele, a vida do feto humano não deve ter maior valor que a vida de um animal no mesmo nível de racionalidade, consciência, sensibilidade, etc. Ele, então, sintetiza: “Uma vez que nenhum feto é uma pessoa, nenhum feto tem o mesmo direito à vida que uma pessoa”, compreendendo que a afirmação de que os seres racionais e autoconscientes são intrinsecamente valiosos não constitui uma razão para desaprovar todos os abortos, pois nem todos os abortos privam o mundo de um ser racional e consciente de si mesmo.

Nesse sentido, Dworkin, ao contrário de Spaemann e Singer, é menos parcial e procura na sua obra não apenas analisar argumentos contrários, mas atingir o cerne da questão do aborto. Para isso, de acordo a concepção do autor o aborto deve ser analisado sob a ótica do valor intrínseco da vida, independentemente de qualquer interesse ou direito que o feto possa ter, e isso requer uma explanação sobre os três valores que Dworkin aborda, sendo estes, o instrumental, que depende da sua utilidade e da capacidade de gerar meios para obtenção de outras coisas, o subjetivo, quando uma coisa é especialmente valiosa para uma pessoa, e o intrínseco, quando uma coisa tem valor independente do que as

peças apreciam ou do que é bom para elas, tornando-se o último relevante para a discussão do aborto.

Logo, em sua obra Dworkin levanta pontos que defendem a posição a favor da descriminalização, justificando que um Estado Democrático de Direito não pode ferir o valor intrínseco da vida humana. Ademais, o jurista faz uma leitura moral do ordenamento jurídico no tocante a decisão ADPF n. 54, à perspectiva que sustenta que a interpretação dos princípios não deve considerar apenas a Constituição como um todo, mas também um juízo moral e ético de toda a sociedade. É inegável que o entendimento do julgamento foi um marco importante para certificar a proteção e dignidade humana da gestante, valores imprescritíveis para a possível legalização do aborto.

6. A teoria da integridade do direito e a ideia da resposta correta

O cenário jurídico brasileiro, caracterizado principalmente pelo Poder Judiciário, demanda um estudo cada vez mais desenvolvido acerca da importância da coerência e da integridade do Direito. Neste sentido, é evidente que um dos maiores desafios do pensamento jurídico atual, principalmente no que concerne à interpretação jurídica, é a busca da conciliação entre a segurança jurídica e a correção das decisões.

À vista disso, fica evidente a necessidade de se promover uma importante análise de uma teoria da decisão, a qual, para fins deste estudo, faremos menção de Ronald Dworkin. Segundo ele, um dos principais ideais de justiça nas decisões é a observância da igualdade de consideração. Esta observância irá refletir, até mesmo, no próprio reconhecimento de legitimidade do Poder Judiciário ou de tribunais específicos. Por essa razão, Luciano Fuck (2016) irá afirmar que a legitimidade e credibilidade de uma Corte decorrerá do seu comprometimento com a volatilidade de suas decisões, pois em alguns casos seria improvável ao jurisdicionado prever se o entendimento

anteriormente adotado será o aplicado mais uma vez ou meramente ignorado em breve.

Assim sendo, podemos chegar à Teoria da Integridade do Direito proposta pelo autor supracitado, e para elucidar de forma específica o conceito desta no presente trabalho, é fundamental tecer sobre o pensamento do mesmo e como ele poderá influir na tomada de decisão justa. É impensável também, qualquer discussão séria no Brasil sobre questões como aborto, questões gerais sobre liberdade e igualdade sem considerar a visão do renomado autor. Sua visão construtiva do direito é ao mesmo tempo uma análise profunda e direcionadora de seu enriquecimento.

A teoria do direito de Dworkin (2007) ampara que argumentos jurídicos apropriados repousam na mais razoável interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada sociedade. A essa teoria da argumentação jurídica integra-se uma teoria de justiça, cujo todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na concepção de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas obrigações sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, e devem ser tratados, em todos os aspectos pertinentes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito.

Dentre os inúmeros elementos de sua filosofia sofisticada está que o direito se compõe de soluções para todos os problemas. Quando diz isso acaba por apresentar uma variação das pretensões do positivismo tradicional, segundo o qual quando um juiz se depara com um caso de difícil solução onde não há lei ou decisões prévias a serem aplicadas, ele exerce o seu poder discricionário e decide o caso com base no que parece a ele correto decidir. De fato, Dworkin refuta essa posição, expondo que um juiz não faz o direito, mas interpreta o que já faz parte do conhecimento jurídico, dando voz aos valores nos quais o sistema jurídico se ampara, ou seja, na ideologia prevalecente na sociedade. Não haveria necessidade de sair do âmbito do direito para que se permita o

juízo de uma determinada situação. Para o autor, há a necessidade de aplicação de um raciocínio interpretativo para definir o que seja o direito, o que implica avaliações morais e políticas.

Em seu livro “O Império do Direito”, Dworkin sustenta que há dois valores na sociedade, os quais ele nomeia de virtudes políticas. São elas a coerência e a justiça. De acordo com ele, a coerência compreende os elementos normativos, enquanto a justiça é o resultado correto do sistema político; para ele é “a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos” (DWORKIN, 2007, p. 483). Por conseguinte, foi imprescindível criar uma terceira virtude política, que é a Integridade, a qual comunica as outras duas virtudes, pois uma decisão válida, de acordo com as normas, pode não ser justa a quem lhe é endereçada. Assim, a Integridade tem o encargo de balancear essa divergência discorrendo que a decisão deve guiar-se por uma comunidade de princípios, a qual trabalha na moralidade política de toda a sociedade, e não apenas de suas autoridades.

Conforme assegura Dworkin, a integridade se vincula a legitimidade política, na medida em que a comunidade e seus membros aceitam que são governados por princípios comuns e não por regras provenientes de uma decisão política. Considera-se que os direitos e deveres políticos de cada indivíduo não se esgotam nestas regras, mas necessitam, de forma transcendental, da comunidade de princípios que repercutem destas regras. (DWORKIN, 2007).

Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade, então teremos um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos. (...) A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. (DWORKIN, 2007, p. 200-201).

Dworkin entende que, a decisão de um caso para o qual não haja regras ou precedentes jurisprudenciais é única e correta; o juiz, nesses casos, tem o dever de encontrar a resposta correta dentro do melhor

senso moral das práticas jurídicas, razão pela qual não se podem relegar ao seu poder discricionário tais decisões. Como os princípios jurídicos são mais abrangentes, capazes de abarcar tanto direitos quanto políticas públicas, então os casos difíceis deverão ser decididos por meio de sua aplicação e interpretação.

Dworkin trata a decisão judicial como uma peça na qual o juiz age interpretando todos os princípios morais e legais de uma comunidade, trazendo-os para o caso concreto e fazendo a devida interpretação construtiva, dando a melhor interpretação possível dentro do caso concreto, sob o prisma político da situação, amparada também em uma detida análise dos precedentes. (CAVALCANTI, 2016, p. 294).

Portanto, é notório que Dworkin ultrapassa o pensamento de Hans Kelsen (1999) da Teoria Pura do Direito. Dworkin não se limita à teoria da moldura, a qual diz que a proposição normativa, isto é, a letra da lei, impossibilita a interpretação da norma. Dessa maneira, Ronald procura extrair da proposição normativa várias interpretações para se chegar à melhor solução possível do caso, e não apenas ficar restrito à letra da lei, o que ocasionaria, provavelmente, em uma decisão injusta.

Por essa razão o acerto de Dworkin, ao demandar uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar as suas decisões, uma vez que afetam os direitos fundamentais e sociais, além da importante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a apropriada justificação da decisão estabelece um direito fundamental. Uma decisão justa à Constituição será uma resposta hermeneuticamente correta porque é fruto de uma reestruturação histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade. A resposta apropriada à Constituição deverá estar constituída em argumentos de princípios e não argumentos de política, como bem explica Dworkin.

Em concordância com Bitencourt e Sobrinho (2011) a decisão judicial, diante deste modelo proposto por Dworkin denota uma resposta correta para cada caso que irá decidir. Conforme a sua percepção,

sempre existirão princípios organizados acertadamente no sistema jurídico vigente capazes de fundamentar a decisão do juiz. Esse princípio será estabelecido de maneira argumentativa em compatibilidade com a práxis jurídica e social da comunidade que observa o direito como integridade: a comunidade de princípios. Ademais, Habermas (1998, p.

292) coloca uma importante questão: o juiz compartilha – como todo cidadão – de uma compreensão paradigmática do Direito, que fornece para ele um estoque de interpretações e orientações normativas.

Sendo assim, entende-se que a integridade do Direito, proposta por Dworkin, objetiva que o juiz busque uma decisão pautada em aspectos fáticos, morais e normativos relevantes para a melhor solução do caso. A interpretação jurídica deve ser a melhor possível, pois só assim se chegará a melhor solução possível do caso. Dessa forma, ele cria uma limitação à discricionariedade do juiz, visto que, à vista disso, não haveria espaço para decisões arbitrárias. Por essa razão, ele idealiza a reconstrução do Direito, pelos princípios da Integridade, da justiça e da equidade. Segundo Dworkin, a integridade não se confunde com a equidade e nem com a justiça, porém está ligada a elas, na medida em que, a integridade só faz sentido entre pessoas que almejam também a justiça e a equidade.

Considerações finais

Face ao exposto, entende-se que Ronald Dworkin nos oferece reflexões construtoras sobre o processo interpretativo do Direito, buscando julgamentos imparciais e pautados na verdadeira intenção dos autores e não aos seus valores pessoais. Em suma, compreendemos com o trabalho, que para se obter um bom resultado nas decisões judiciais, ou como diria Dworkin, para que se alcance a melhor luz dos fatos, devemos ir além do ordenamento jurídico, realizando assim uma sentença justa e fundamentada.

Logo, a Teoria do Direito como Integridade, oferece uma alternativa aos problemas enfrentados pelas demais teorias do direito. Não obstante, sua defesa é de que sempre haverá uma resposta correta à questão de qual a melhor interpretação do direito da comunidade de princípios, não cabendo ao intérprete ir além das limitações que as possibilidades do conhecimento e do discurso lhe impõem.

O autor consegue entrar no cerne da questão do aborto e apontar as explicações jurídicas e filosóficas existentes, além de relatar os equívocos e contrassensos que se apresentam nos julgamentos. Assim, Dworkin alimenta uma teoria baseada na inviolabilidade da vida, na autonomia da vontade e nos direitos individuais das mulheres reconhecidos universalmente, sempre alcançando um posicionamento equilibrado.

Dessa forma, após toda explanação argumentativa e crítica sobre a licitude do aborto, conclui-se que, é possível a legalização da interrupção da gravidez, haja vista que na discussão inclui-se à proteção dos direitos da mulher, que frequentemente vêm sendo violados e não assegurados. Não obstante, é indispensável analisar o aborto sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sinal é um dever do Estado garantir, pois nessa ótica, fica nítida a necessidade e urgência de uma maior atenção para o tema.

Referências

BITENCOURT, Caroline Muller; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Decisão judicial no Constitucionalismo Contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do Juiz Hércules**. Revista Justiça do Direito, v.1, n.2, jul/dez, 2011 – Ed. Especial – p.78-95.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal**. ADPF 54. Confederação Nacional dos trabalhadores da Saúde. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 18 set. 2019.

.. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.** Plenário. Voto do Min. Joaquim Barbosa. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j. 11/04/2012g Informativo do STF n. 661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A7alo%20-%202026>>. Acesso em: 18 set. 2019.

.. **Código penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. **O Novo Cpc e o Direito Como Integridade. Revista Constituição e garantias de direitos.** Natal, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

.. **O domínio da vida.** Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

.. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

.. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FUCK, Luciano Felício. **Ampliação da idade de aposentadoria fortalece Poder Judiciário.** Coluna do Observatório da Jurisdição Constitucional no Conjur. Disponível em: <<http://idp.edu.br/imprensa/2741-2015-05-11-20-55-26/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito.** Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e Anencefalia: **Direitos Fundamentais em Colisão** - Revista e Atualizada com Comentários à ADPF 54 do STF. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. 240p.

LIMA, J.L de. CLIPES, M.P. **Elementos estruturais do crime de aborto e suas especificidades**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/elementos-estruturais-do-crime-de-aborto-e-suas-especificidades/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin: Teórico do Direito**. 2017. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>>. Acesso em: 11 set. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin. Como casos podem ser decididos à luz de uma “resposta correta”**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23808>>. Acesso em: 16 set. 2019.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SPAEMANN, Robert. **Persons: the difference between ‘someone’ and ‘something’**. Trad. Oliver O’Donovan. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Apontamentos sobre a teoria da ponderação de Robert Alexy e os seus desdobramentos nas decisões judiciais e no direito brasileiro

Luma Mikelle Nascimento Rodrigues

Samuel Vitor Meira da Silva

1 Introdução

Robert Alexy, representa um dos maiores pensadores do Direito Contemporâneo. Nesse sentido, sua obra influenciou sobremaneira grande parte da doutrina jurídica brasileira dos últimos anos. Ele apresenta - principalmente em suas obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Teoria da Argumentação Jurídica* -, uma sugestão teórica para aplicação dos direitos fundamentais por meio da regra ou princípio da ponderação. Em vista disso, havendo colisão de princípios constitucionais em um dado caso concreto, traduzindo-se em direitos fundamentais, faz-se necessário o uso de um verdadeiro juízo de ponderação. No qual há o sopesamento de ambas as normas dentro de uma verdadeira fórmula matemática, para que se verifique ao final da equação, qual será o menos gravoso a existência do outro, para assim prevalecer no caso concreto.

À vista disso, Alexy tem por objetivo criar um sistema de racionalização das decisões judiciais por meio da argumentação jurídica. Existem, portanto, determinados casos que o direito codificado não oferece uma resposta. Aqueles que Ronald Dworkin batizou de *Hard*

Cases nos quais é preciso fazer um juízo de ponderação entre princípios jurídicos que estão em rota de colisão, pois, será inviável a aplicação de ambos, sem que um exclua o outro. Isto posto, as decisões precisam ser racionalmente fundamentadas com argumentos que demonstrem a valoração de cada princípio jurídico e como um prevalecerá sobre outro no caso concreto.

O Direito brasileiro não raramente adota a proposta teórica do autor alemão em diversas das decisões judiciais envolvendo colisão de princípios constitucionais, preponderantemente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores. Comumente, casos envolvendo liberdade de imprensa versus direito à intimidade ou direito à vida versus liberdade religiosa são os de aplicação mais recorrentes e aqueles que requerem uma solução mais complexa do aplicador da norma. Não obstante, questiona-se se a teoria Alexyana está sendo devidamente aplicada nos tribunais brasileiros. Haja vista a solidificação das críticas doutrinárias que discutem, entre outras coisas, se o Brasil de fato adotou uma vulgata da ponderação ou uma ponderação não autêntica. Na qual a aplicação da norma se prestaria apenas de retórica para uma falsa fundamentação da decisão judicial.

2 Algumas considerações sobre a técnica da ponderação proposta por Alexy.

A ponderação é o método proposto por Alexy¹ para a resolução de colisões entre princípios – segundo o autor, mandamentos de otimização² –, que diferentemente das regras, havendo colisão de princípios a resolução se dá por critérios de especialidade, temporalidade e hierarquia. Isto é, um não exclui o outro uma vez que ambos possuem a mesma valoração e, por esse motivo, coexistem concomitantemente no ordenamento jurídico. Sobrevindo conflito entre princípios é preciso

¹Teoria dos direitos fundamentais, p. 94.

²Idem, p. 96.

verificar qual norma detém maior peso naquela situação. Pois, segundo o autor, busca-se “definir qual desses interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”³.

O autor alemão, na mesma linha de raciocínio de Dworkin⁴, tinha ciência que aplicar normas com maior grau de abstração e generalidade não era uma fácil incumbência. Dado que o manuseio dessas diretrizes requer do intérprete uma maior sensibilidade, devendo o julgador aproveitar o máximo possível do seu conteúdo e, nessa perspectiva, por se encaixarem em um maior número de casos, fundamentar de forma coerente o seu uso, sobretudo quando colidirem com outras de igual hierarquia. Para isso, o mecanismo criado para tal feito foi o *sopesamento*, também sinônimo de ponderação, no qual o aplicador do direito deve observar o peso de cada princípio em uma dada circunstância jurídica, na qual um irá sobrepor o outro, sem excluir o outro por inteiro.

Outrossim, Alexy faz um paralelo entre regras e princípios para caracterizar a ponderação e exemplificar que ela só se aplica a princípios. Independe, portanto, da existência de um conflito entre direitos e garantias fundamentais expressos como regra, os quais serão mais bem aprofundados no próximo tópico. Desse modo, Robert Alexy explica que as regras só se aplicam por subsunção, nunca por sopesamento⁵. Tendo elas, todavia, que usar outros critérios interpretativos gerais ou previstos na Constituição -interpretação conforme a constituição, mutação constitucional, e etc.-, distintos daqueles utilizados no sopesamento de princípios. Sendo que na hipótese de colisão de princípios constitucionais, o autor não adota a ideia de que um deles possa ser inválido, mas sempre coexistindo ainda que em menor grau.

Para visualizar melhor a técnica da ponderação, é pertinente traçar alguns exemplos. Existe colisão de direitos fundamentais quando a

³Teoria dos direitos fundamentais, p. 92.

⁴Levando os direitos a sério.

⁵Teoria dos direitos fundamentais.

indústria de cigarros é obrigada legalmente a expor advertências sobre as consequências do uso na embalagem. Ora, é recorrente que a liberdade no exercício de atividades econômicas é direito fundamental, todavia, é imposta uma restrição no que corresponde ao bem jurídico tutelado que é a saúde pública. Haja vista que é um bem coletivo protegido de igual maneira pela Constituição Federal do Brasil e que deve ser preservado. Desse modo, as duas normas prevalecem em um mesmo caso concreto, sendo que uma limita a outra.

Ademais, cabe ressaltar os casos de pessoas adeptas à determinada agremiação religiosa e que se escusam à doação de sangue ainda que em estado crítico de saúde. Sabe-se que, nesses casos, tanto a vida, como a liberdade de crença são tutelados de igual maneira pela normatividade do Estado. Entretanto, tendo em vista as circunstâncias fáticas do caso relatado e que ambos os princípios tutelados possuem valor social e jurídico relevante, aquele que prevalecer sobre o outro deverá ser aplicado em consonância ao uso devido da técnica da ponderação.

Contudo, nem sempre será uma decisão fácil para o aplicador da norma como visto anteriormente no caso sobredito. Porém, é preciso que o intérprete ao realizar nesse contexto a ponderação dos bens jurídicos, seja, sobretudo, sensível às circunstâncias metafísicas do caso concreto. Interpretando, desse modo, de forma coerente a concepção de estar vivo para aquele que se recusa a receber o sangue de outrem por livre consciência de crença, e além disso, analisar a idade daquele que rejeita a doação. Podendo haver, conseqüentemente, decisões antagônicas a respeito de um mesmo fato a depender do critério utilizado pelo julgador.

Por último, cite-se a relação entre a liberdade de imprensa e vida privada que constantemente se digladiam em maior ou menor grau, na qual por vezes, uma prevalece sobre a outra, a depender das circunstâncias do caso concreto em que o sopesamento é aplicado.

Logo, nota-se que a proposta do autor Alemão foi justamente dar soluções que até então o legislador não prevê expressamente no

ordenamento jurídico, mas que precisam ser tomadas como uma forma de pacificar relações que envolvem bens jurídicos de igual valor para a ordem constitucional.

3 Diferenciação entre regras e princípios segundo o autor Robert Alexy e o discurso normativo.

O presente tópico tem como finalidade traçar um paralelo entre regras e princípios constitucionais, a fim de diferenciá-los minuciosamente para que não se confundam enquanto espécies diferentes de normas jurídicas. Para tanto, faz-se necessário explicar as diferentes concepções dadas por Alexy e Ronald Dworkin⁶ no que corresponde a diferenciação entre ambas as diretrizes. Não obstante, utilizando teorias hermenêuticas e não argumentativas.

Tanto Dworkin, como Robert Alexy⁷ classificam os princípios como uma classe *díspar*, que não pode ser confundida com as regras e que seriam, portanto, variantes das normas devidamente dispostas no ordenamento jurídico. No entanto, os autores destoam quanto à estrutura das normas. Visto que, Dworkin reconhece os princípios como uma série de padrões que determinam as condições de justiça, equidade e moralidade do corpo social. Nesse sentido, possuem uma carga axiológica excessiva e se diferenciam das regras por apresentarem uma ordem lógica e cognitiva. Alexy, entretanto, discorda quanto a estruturação das normas no que corresponde à distinção lógico-qualitativa que possuem.

Assim sendo, essas singularidades propostas por ambos os autores se dão pelas especificidades resultantes da aplicação distinta dos princípios e das regras. A hermenêutica jurídica é nesse sentido, imprescindível para discernir o enunciado normativo e a norma propriamente dita.

⁶Levando os direitos a sério.

⁷Teoria dos direitos fundamentais.

Em conformidade ao pensamento de Alexy, a tipologia das “normas jurídicas” se subdivide em duas espécimes as quais denominamos princípios e regras. À vista disso, o autor concebeu a sua teoria acerca dos direitos fundamentais, objetivando, mormente, estabelecer através do conceito semântico de norma a separação entre essas duas definições. Isto posto, no que corresponde a tipificação das normas, estas podem ter sua origem na decretação direta pela Carta Constitucional, ou subscritas à mesma. Sendo que a primeira corresponde as normas textualmente estabelecidas na Constituição e a segunda, consequência de uma interpretação mais objetiva do dispositivo constitucional.

Destarte, para Alexy as normas e princípios são resultado de uma diferença qualitativa na qual ambos representam um “dever ser”. A diferenciação entre regras e princípios, portanto, se baseia sobretudo no conceito de princípio dado pelo autor. Isto é, uma norma que regulamenta os atos em sua máxima, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Em contrapartida, as regras devem ser cumpridas de maneira exata e absoluta. Em razão disso, havendo conflito entre regras (antinomia), coexiste a possibilidade de uma prevalecer e a outra ser declarada inválida ou, a depender do entendimento anexa-se uma cláusula de exceção à uma delas. Alexy afirma, desse modo, que salvo em hipóteses que haja essa exceção, as regras declaradas inválidas devem ser extintas do sistema dado a falta de validade jurídica das mesmas.

Quanto aos princípios, somente um prepondera sobre o outro. Nessa perspectiva, havendo colisão de princípios um deve ceder frente o outro. A isso denomina-se “lei de colisão”, sobre a qual se constrói a teoria dos princípios de Alexy. Por essa razão, a teoria alexyana considera os princípios como sendo uma particularidade visto a sua capacidade de se adequar as diferentes possibilidades fáticas e jurídicas. Destarte, a sua aplicação não está restrita apenas aos outros princípios e regras conflitantes, como também se adequa aos padrões essenciais à sua manutenção.

Dessa forma, os princípios podem ser corporificados de acordo com as individualidades do caso concreto, ajustando-se a elas. Em

contrapartida, as regras têm por obrigação a imediata aplicação sempre que haja uma situação fática para tal, independente das circunstâncias a ela atreladas. Daí a importância da teoria da ponderação de Robert Alexy no que toca a efetiva aplicação do direito na modernidade. Haja vista a necessidade de se efetuar um sopesamento para que se possa atingir a solução mais adequada ao caso concreto e desse modo, solucionar os conflitos existentes entre os princípios.

4 A teoria da ponderação Alexyana e a sua aplicação ao caso concreto.

O conflito normativo entre regras e princípios ganhou grande notoriedade no que diz respeito ao método discursivista. Haja vista que, a racionalização das decisões judiciais através da delimitação do campo subjetivo do juiz, torna-se indispensável à adequação da norma jurídica ao caso concreto. Nesse sentido, a aplicação de regras e princípios deve atender aos mecanismos lógico-argumentativos necessários à efetividade da norma. Objetivando, mormente, afastar quaisquer cargas valorativas das decisões judiciais, ainda que haja admissão de valores na interação entre moral e direito. Uma vez que o juiz não deve se basear em questões subjetivas que ostentam vontades e ideais personalíssimos para fundamentar suas decisões. A argumentação deve atuar de forma a retificar e justificar racionalmente a ponderação ao passo em que representa um fator determinante da lógica formal do discurso.

Outrossim, a argumentação jurídica e a ponderação de princípios e regras são imprescindíveis à fundamentação das decisões judiciais que têm como finalidade uma decisão acertada das normas ao caso concreto. Desse modo, o juiz ao tomar uma decisão tem o dever de fundamentá-la em consonância ao que prevê a legislação vigente, tencionando uma resolução legítima entre às partes.

A ponderação proposta por Robert Alexy nesse sentido, representa um importante instrumento da proporcionalidade. Visto que para o

jurista, esse princípio se subdivide em máximas parciais de adequação, necessidade e proporção em sentido estrito. Por esse motivo, é considerado por muitos doutrinadores como o princípio basilar que assegura todos os demais direitos fundamentais. Já que é por meio da proporcionalidade que se analisa a importância do princípio escolhido e se é suficientemente grande para justificar a restrição do princípio contraposto.

Em se tratando de normas constitucionais conflitantes, se faz necessário o uso da técnica da ponderação como meio mais apropriado para resolução de um conflito entre as partes. Alexy, em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, diz que havendo colisão entre princípios “[...] um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições”. (ALEXY, 2011, p. 93). À vista disso, não é possível determinar qual princípio será preponderante frente ao outro sem analisar as circunstâncias nas quais ocorre a colisão. Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos discorre:

Quando se trabalha com a Constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher *uma* norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. Situação semelhante ocorre com muitas normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais, mas parecem afrontar outras. (grifo do autor) (BARCELLOS, 2006, p. 55)

Sob outra perspectiva, conforme discurso expresso pelo Ministro Barroso, a constitucionalização do direito está vinculada sobretudo ao caráter expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se propaga com força normativa por todo o ordenamento jurídico (BARROSO, 2007, p. 217). A partir dessa compreensão, a colisão de princípios e regras se relaciona intimamente com essa expansão e, por esse motivo, está vinculada à argumentação jurídica proposta por Alexy.

Isto posto, no que diz respeito à aplicação da Teoria da Ponderação, esta deve ser a mais lógica e racional possível. Trata-se da necessidade de estabelecer relações condicionadas à precedência, que, ao final, resultam na lei de colisão que determinará em quais termos o sopesamento de regras e princípios deverá ocorrer. Consentindo ao intérprete clareza na aplicação “ponderada” das normas contraditórias quando se verificarem certas condições (ALEXY, 2008, p. 99). Havendo colisão de princípios, prevalece aquele que melhor se adequar as disposições previstas na regra jurídica responsável por sopesar quais critérios são determinantes para que um sobreleve o outro.

Em se tratando de conflito entre regras, pressupõe-se a exclusão mútua que as regras contraditórias produzem uma na outra. Desse modo, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias. Não havendo um conflito aparente e provavelmente as regras sejam verdadeiramente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes (ALEXY, 2008, p. 92-93).

A colisão de princípios, por sua vez, não admite à exclusão de um princípio frente à outro. Sendo resolvida mediante aplicação da lei de colisão, na qual se determina qual princípio possui maior peso normativo e que, por conseguinte, deve regular o fato (ALEXY, 2008, p. 95). Logo, o princípio de maior precedente que estiver conforme o emprego de uma lógico-hermenêutica, determinará qual regra irá regulamentar a situação.

5 A “vulgata” da ponderação aplicada no Brasil.

Muitos autores brasileiros, a exemplo de Lenio Streck, André Karan Trindade, Clarice Tassinari, Marcelo Cattoni, dentre outros, tem realizado severas críticas de como os Juízos e Tribunais brasileiros vêm aplicando a teoria do autor alemão quando se deparam com os “hard

cases”. O próprio Alexy⁸, em passagem pelo Brasil, ao ser questionado se tinha ciência de como sua teoria era utilizada pelas cortes superiores, mais especificamente pelo STF, declarou que sabia que o uso era recorrente, todavia, pelos poucos julgados que teve a oportunidade de ler, inferiu que se tratava de uma “vulgata” da ponderação, ou seja, o STF e afins tem aplicado aquilo que Karan denominou de proporcionalidade Sui Generis⁹, que nada mais é do que a aplicação da discutida teoria sem a mesma preocupação com a racionalidade argumentativa tão estimada por Alexy.

A crítica à forma de como a teoria da ponderação é aplicada ao Brasil se sustenta em dois pilares bem distintos. A primeira, afirma que muitas vezes o princípio da proporcionalidade é usado para maquiagem a discricionariedade judicial, uma outra discussão que é direcionada ao Judiciário brasileiro de há muito tempo. Bem, a segunda crítica é de ordem menos prática, voltada ao corpo da teoria em si. Enfim, de agora em diante será demonstrado apenas os fundamentos da primeira crítica, demonstrando como se sustenta, tomando por análises alguns julgados apreciados pelo STF, e os principais votos dos ministros, que usaram como fundamentação o princípio da proporcionalidade.

O primeiro caso é o (HC 82.1424/RS) que tem como impetrado o escritor Siegfried Ellwanger Castan, que foi acusado de Racismo (Lei 7.716/89) no ano 1991, pelo fato de ter escrito livros com conteúdo antissemita. Pois bem, o acusado foi absolvido em primeira instância de todos os fatos a ele imputado, todavia, após recurso a câmara criminal do Rio Grande do Sul, os desembargadores reformaram sua sentença, e o condenaram a 2 anos de reclusão pela prática de Racismo. Enfim, não satisfeitos, seus advogados interpuseram Habeas Corpus junto ao STJ, a qual também foi negado, tendo por final recorrido ao STF, e aqui começa o imbróglio. Quando do julgamento, a Suprema Corte, deliberou qual seria o alcance jurídico do termo racismo, e a pedra angular do caso, que

⁸Em evento realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁹Artigo publicado no site Consultor Jurídico.

era a possível colisão entre liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Fato é que todos os ministros utilizaram mesma técnica – ponderação, tendo, todavia, cada um, resultados diferentes para o caso, apesar de ao final darem uma resposta constitucionalmente ao caso denegando o remédio constitucional. Os votos dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio demonstram bem isso. Sendo o primeiro pela concessão, e o segundo pela denegação. No entender de Marco Aurélio,

[...] estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela (BRASIL, 2004, p. 869- 870).

Lembrando a teoria de Alexy, o ministro utiliza da “ponderação” para justificar a possível colisão que entendeu existir no caso concreto, explicando que, quando haver um choque entre direitos fundamentais, um deve se restringir para que o outro prevaleça. O Magistrado completa seu voto afirmando que o Tribunal do Sul errou ao condenar o escritor, pois, o mesmo simplesmente usou de sua Liberdade de expressão ao publicar as obras. Em sentido oposto, Celso de Mello diz que:

[..] critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...] (BRASIL, 2004, p. 631).

Percebe-se que da mesma forma que Marco Aurélio, o decano do STF também utilizou da técnica proposta por Alexy para fundamentar

sua decisão, ou ao mínimo tentou. Ocorre que apesar disso, Celso de Mello teve um posicionamento diametralmente oposto ao de Marco Aurélio. Na oportunidade ele entendeu que se tratava de uma colisão sim, todavia, a liberdade de expressão naquele caso, não poderia justificar discursos de ódio contra determinada raça, ferindo dessa forma o princípio da dignidade da pessoa humana, prevalecendo assim, este no caso concreto.

O segundo caso é o HC 90.298 RS, na qual foi invocado o princípio da proporcionalidade para quebra do sigilo bancário sempre que a utilização da prova ilícita servir para realizar outro valor fundamental mais relevante. Na oportunidade, a autoridade policial, em sede de investigação, quebrou o sigilo bancário da paciente sem autorização judicial para tanto, sendo que essa conduta foi posteriormente confirmada pelo poder Judiciário, sopesando o interesse público e a proibição de provas ilícitas. Não é preciso muito esforço, para perceber que se trata de prova obtida ilicitamente mediante violação de garantia constitucional. Em decorrência disso, a autoridade policial conseguiu uma confissão da ré, na qual serviu sustentar, de maneira isolada, o oferecimento da denúncia. Resultado, a paciente foi condenada a reclusão de 2 anos, tendo recorrido as diversas instâncias do Poder Judiciário, até Suprema Corte, a qual, foi concedida o Habeas Corpus pelo ministro Cezar Peluso, reconhecendo-o, toda ilicitude que lastreou o processo penal. Segundo o ministro,

[...] A confissão, aqui, aparece como efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feito sem a quebra prévia do sigilo. Assim, a palavra da acusada, como meio de prova, também padece de igual ilicitude, agora por derivação. Imprestáveis as provas fundamentam a condenação imposta à paciente, mister decretar-se-lhe a absolvição. (BRASIL, 2009, p. 24)

Por fim, cite-se o RHC 88.371/SP em que houve autorização judicial deferindo interceptação telefônica, além do prazo previsto na lei 9.296/96, que prevê 15 dias improrrogáveis, sendo devidamente

fundamentada a necessidade desse meio pelo Juiz. No caso em questão, houve autorização para que se continuasse a interceptar por prazo superior a 30 dias, na qual, ao fim da instrução criminal, as conversas telefônicas foram usadas como provas, que resultado na condenação do agente. Enfim, a parte recorreu as instâncias superiores do Poder Judiciário, até se chegar Superior Tribunal de Justiça, que acabou denegando o pedido Habeas Corpus, invocando o princípio da proporcionalidade para justificar a ilegalidade da interceptação telefônica. Segundo aquela corte,

[...] Dessa forma, atendendo aos ditames de proporcionalidade e ponderação de interesses e sopesando as circunstâncias que revestem o caso em análise – quais sejam, a complexidade e a periculosidade da organização criminosa, o elevado número de integrantes, dentre estes policiais civis, e a grande quantidade de crimes supostamente cometidos –, não há se falar em constrangimento ilegal na prorrogação das interceptações telefônicas pelo prazo de 30 (trinta) dias contínuos. (BRASIL, 2010, p. 13)

Pelo voto, nota-se que o sopesamento de princípios permitiu que a interceptação fosse considerada legal, mediante a proporcionalidade, pois estava presente no caso concreto de valorar questões como segurança, patrimônio e proteção a vida.

Infelizmente a decisão que de negou habeas corpus no STJ foi confirmada pelo ministro Dias Toffoli perante o STF, entendendo também que não houve ilegalidade, pois, esta foi justificada por interesses maiores. São suas palavras,

Pelo que se tem na decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra, neste momento, nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o deferimento da liminar. Com efeito, o julgado proferido por aquela Corte de Justiça encontra-se suficientemente motivado a justificar a formação de seu convencimento, além de estar, à primeira vista, em sintonia com o entendimento preconizado nesta Suprema Corte no sentido de que ***“persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem***

ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação”
(RHC nº 85.575/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**,
DJ de 16/3/07).

Enfim, os Tribunais brasileiros frequentemente utilizam a ponderação para justificar suas decisões teratológicas, em que muitas vezes estão em dissonância com a Constituição. Por a aplicarem de forma atécnica, acabam por não se preocuparem com a racionalidade da argumentação utilizadas em seus votos, transmutando a notória teoria de Alexy, em uma verdadeira vulgata.

Considerações finais

Ante o exposto, fica clara a importância que o princípio da proporcionalidade vem tendo nas decisões judiciais em todo o direito ocidental, principalmente no Brasil. A proposta de Alexy ao criar a ponderação era fornecer respostas a casos que a simples subsunção de normas não seria suficiente. Para tanto, o autor traça em linhas bem distintas a diferença entre regras e princípios, aduzindo que a ponderação só se aplicaria a princípios, pois, aquelas se resolvem por outros meios tradicionais de resolução, quando dos conflitos de normas. Diferente delas, os princípios, sempre terão o mesmo peso normativo, tendo que pondera-los e aplica-los conforme a proporcionalidade.

Todavia, não basta sopesar princípios e declarar o mais relevante ao caso concreto. É preciso todo um círculo argumentativo racional fundamentado, justificando assim, o por quê, por exemplo, de um direito fundamental se sobressair frente ao outro, se em tese todos tem o mesmo valor normativo para a Constituição.

A crítica direcionada aos Tribunais brasileiros é justamente no sentido de faltar comprometimento com a argumentação jurídica. Na qual, grande parte dos Magistrados vem usando a teoria de Alexy para maquiagem o ativismo judicial, trazendo uma fundamentação superficial aos acórdãos e sentenças como as mostradas anteriormente.

Em síntese, apesar do modo como vem sendo utilizada no âmbito brasileiro, a proposta teórica do autor alemão não perde seu brilhantismo. Sendo um dos métodos mais importantes de resolver colisão de princípios constitucionais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins fontes, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

F. LIMA, André Canuto de. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey#targetText>>

TRINDADE, André Karam. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Conjur, 16 de novembro de 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>

As contribuições de Ronald Dworkin para a teoria do direito contemporâneo

*Anderson Silva Dias*¹

*Joice Marinho Silva*²

1 Introdução

Após o colapso político do positivismo clássico, sobretudo em consequência dos desastres deixados pela Alemanha nazista, no pós-guerra, sustentados sob a ideia da lei enquanto fundamento máximo de validade, conduziu a urgência de modificação na forma de interpretar a norma jurídica. A concepção de que o direito é a lei, desamparado de qualquer base axiológica, não mais se mostrava suficiente para atender aos anseios desencadeados pelo avanço da sociedade. Diante dessa perspectiva que surge o movimento do pós-positivismo tendo como um de seus adeptos, Ronald Dworkin, cujas principais ideias serão abordadas no decorrer deste artigo.

As decisões judiciais apresentam-se como um instrumento de resolução de litígios, trata-se da função de associar duas ou mais normas a um caso concreto. O que muito tem se discutido na contemporaneidade diz respeito ao grau de interpretação usada pelo magistrado para fundamentar essas decisões. O grande problema se encontra na

¹ Acadêmico de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) - Campus XX. E-mail: andersondias.dinh097@gmail.com

² Acadêmica de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) - Campus XX. E-mail: joice_marinho7@hotmail.com

discricionarieidade do juiz, até que ponto ele poderá usar das suas convicções e valores pessoais nas resoluções de casos nos tribunais, sobretudo aos casos difíceis. Visando solucionar este impasse, Ronald Dworkin desenvolve em suas teses importantes contribuições para a teoria do Direito.

Através do estudo deste autor norte-americano, será analisado quais foram as suas principais ideias para o problema discricionário dos juízes de forma a alcançar uma maior segurança nos casos de difícil resolução. O principal objetivo deste artigo será investigar os métodos interpretativos de Dworkin, para que assim possa ser identificado o real papel do Poder Judiciário no que diz respeito às demandas sociais e na sua contínua busca pelo equilíbrio entre a lei e a justiça.

Ademais, será feita uma leitura a partir do Estado Constitucional de Direito, buscando associar as teses defendidas por Dworkin para a consolidação dos princípios como normas vinculadas às decisões dos tribunais. Observando ainda a função do Estado na proteção dos direitos sociais e também analisando quais os impactos dessa perspectiva para a previsibilidade do direito até então pautada em cercear a interpretação do magistrado aos limites da lei.

Foi utilizado uma pesquisa bibliográfica para a obtenção dos resultados, bem como a investigação em obras do autor Ronald Dworkin e artigos que tratavam da mesma perspectiva pela linha de pesquisa adotada. Fez-se uso também de publicações elaboradas em sites de teor jurídico sobre o autor citado e seus ensinamentos, bem como na busca para enriquecer nossos resultados.

2 Ronald Dworkin: vida e obra

Para compreender a obra de um autor, mister se faz conhecer a sua biografia, seus ideais de luta. Nascido no dia 11 de dezembro de 1931, na cidade de Worcester, do estado norte-americano de Massachussets, Dworkin, ficou conhecido por ser um implacável crítico do positivismo

jurídico. Aprovado no exame de ordem em 1959, seus primeiros artigos serviram de base para o desenvolvimento das suas teses posteriores, tratando de assuntos, tais como, a discricionariedade judicial e a conexão entre o direito e a moral.

Os estudos de Dworkin na década de 90 é marcado por temas polêmicos relacionados ao aborto e a eutanásia³, os quais contrasta diretamente com o direito à vida. Em 1967 é publicado seu mais famoso artigo, “*The model of rules*”, fazendo emergir debates que passariam a questionar o próprio status do positivismo jurídico.

Ronald Dworkin, desenvolve em sua obra algumas teses centrais, nas quais ele defende que o sistema jurídico não pode ser discricionário tecendo duras críticas ao pensamento de Hart⁴. Para Dworkin, o juiz deve buscar sempre pela coerência e integridade do direito tentando alcançar ao máximo os princípios de justiça. Uma de suas teses estão embasadas na ideia de que uma boa interpretação jurídica repousa na melhor interpretação moral. Além disso, ele discorre sobre a relação das regras e princípios enquanto normas do sistema jurídico, determinando que as regras sejam aplicadas ao modo de tudo ou nada. Suas teses serão examinadas mais detalhadamente em um segundo momento deste artigo.

Como liberal que era, Dworkin se preocupava em abordar em suas obras os princípios mais relacionados aos direitos fundamentais e individuais contribuindo para o direito constitucional assim como também para a filosofia moral e política. As reflexões motivadas por este intelectual procuraram trazer as principais questões da sociedade atual que de alguma maneira pudessem fomentar o campo do direito.

Dentre as suas obras destacam-se *Levando os Direitos a Sério* (1977), *Uma Questão de Princípio* (1985), *O Império do Direito* (1986) e *A*

³ DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1993. Na tradução para o português: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes; 2003.

⁴ Para Herbert Hart, o juiz poderá usar do poder discricionário para preferir decisão na ausência de vinculação legal, enquanto Dworkin é contra este poder, alegando não ser o juiz membro do legislativo.

Virtude Soberana (2005). No ano de 2011 é publicado sua última obra, “*Justice for Hedgehogs*”, a respeito dos valores e da sua unidade axiológica. Ronald Dworkin está entre os grandes nomes de filósofos do direito que passaram pelo século XXI. Morreu de leucemia aos 81 anos de idade na cidade de Londres em 2013, demais deixou uma enorme contribuição para a teoria do direito.

3 A teoria interpretativa de Dworkin

É possível observar três etapas interpretativas trazidas por Dworkin na sua obra “O Império do Direito”, que servem como instrumento para o estudo do direito enquanto prática social. A primeira é a pré-interpretativa onde deve ser feita uma análise que identifique as regras e padrões sobre aquilo que é válido na prática. A comunidade deve concordar com os resultados sobre o que foi interpretado, “mas é preciso haver um alto grau de consenso - talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa” (DWORKIN, 1999, p. 81). É necessário também que esses resultados possam ser usados na argumentação do dia-a-dia.

Na segunda etapa o intérprete deve ter como foco uma justificativa geral levando em consideração os resultados obtidos na primeira etapa.

A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interprete essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática. (DWORKIN, 1999, p.81).

Por fim a última etapa é uma pós-interpretação, que leva o intérprete a moldar seus resultados e suas ideias para adaptar no que realmente ele acredita ser aceito, e distinguir entre as considerações adequadas à nossa prática a que seja melhor introduzida pelos esclarecedores. Tem por objetivo buscar uma solução para um caso através de análises e interpretações. “Poderíamos resumir essas três

partes observando que a interpretação procura estabelecer um equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa de uma prática social e uma justificativa apropriada de tal prática” (DWORKIN, 1999, p.82).

Sempre acontecerá divergências inevitáveis a partir da interpretação de cada um, e ainda mais quando se trata do melhor resultado encontrado, pois existem muitas controvérsias e todas estariam adequadas. Durante essas etapas o intérprete vai utilizar de vários recursos para formular sua decisão, tais como crenças, suposições ou convicções, mas a mesma não deve permanecer caso esteja muito distante das hipóteses obtidas pela comunidade. Esse método faz com que não crie espaços discricionários.

Para Dworkin “não pode haver uma disparidade muito grande entre as convicções de diferentes pessoas sobre tal adequação;” (DWORKIN, 1999, p.83) seria necessário resultados mais substantivos para ser utilizados na prática por sua melhor versão, e de juízos que separem o desejável do deplorável. Cada convicção deve ser independente para que possamos distinguir o que seria interpretação e invenção, essas ideias substantivas devem florescer e serem trabalhadas e não precisa ser aceita por toda comunidade como é preciso na etapa de interpretação e adequação.

4 Principais teses determinadas por Dworkin

Como opositores de Dworkin na tese da resposta correta os filósofos do direito, Hart e Kelsen, em uma decisão difícil seguindo os pensamentos dos positivistas, o juiz decidiria utilizando da discricionariedade para analisar as partes do processo. Esse pensamento é totalmente contrário as teses de Dworkin, pois segundo o mesmo não é permitido que juízes faça novas interpretações para aplicar em diferentes casos, ainda que seja mais difíceis e que as convicções não estejam claras, é dever do juiz analisar o ordenamento e encontrar essas respostas. O juiz não pode atuar como legislador (DWORKIN, 1981, p.05).

Para Dworkin uma boa decisão jurídica repousa na melhor interpretação moral da comunidade, ele traça pensamentos liberais e faz uma distinção qualitativa a respeito do ordenamento e conclui que o direito deve ser analisado e aplicado de uma forma justa, principalmente para as minorias. Hart baseia o ordenamento jurídico apenas em regras, que facilitaria várias interpretações dentro de um processo, esses ensinamentos são oriundos da textura aberta da linguagem⁵.

Regras e princípios são ambas regras jurídicas e possuem estrutura ampla e distintas, as regras seriam aplicadas de uma forma válida ou inválida, como o próprio autor demonstra seria levado em conta por uma perspectiva de tudo ou nada:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Dworkin traz uma diferença entre princípios e diretrizes políticas, enquanto uma tenta prevalecer os direitos individuais de uma forma total a outra valoriza uma questão política e econômica que beneficia uma parcela da sociedade. Os princípios seguem um critério de peso, pois não é possível dizer que existe um mais importante que o outro, as decisões devem ser ponderadas e analisadas, e a partir disso ser utilizado o princípio que melhor se adequa na decisão, em caso de conflito entre princípios deve aplicar aquele que melhor se encaixe no caso concreto.

⁵A textura aberta do direito pode ser entendida como uma indeterminação linguística presente nos sistemas jurídicos, mais especificamente nas normas jurídicas, ou seja, existe textura aberta no direito quando a linguagem jurídica não se apresenta clara, lançando dúvida sobre a sua aplicação no caso concreto.

Um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido processo legal, ou qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo a ser alcançado, que, geralmente consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável (DWORKIN, 2002, p.141-142).

Para demonstrar a aplicabilidade dos princípios Dworkin utiliza de uma metáfora que denomina como o juiz Hércules, para melhor entendimento, ele analisa um caso que foi julgado em Nova York onde um neto que iria receber uma herança do avô pois foi nomeado pelo mesmo para receber, cometeu homicídio contra o avô para alcançar esse objetivo. Mesmo o ordenamento não especificando que ele deveria ou não receber a herança, o juiz levou em consideração um princípio que diz “que ninguém pode se beneficiar dos próprios atos ilícitos”, tendo visto esse caso difícil o juiz não aplicou uma regra e sim um princípio com base na moral, e não deu a herança para o neto assassino.

Dessa forma, o juiz Hércules deve ter habilidades especiais para resolver casos difíceis analisando todo o ordenamento, a questão histórica e os princípios, aplicando os mesmos da melhor forma possível e objetiva. Deve também esse juiz saber a intenção da lei, aceitar o ordenamento, buscar em decisões anteriores e em princípios básicos do direito. A decisão por vezes pode ser bem difícil, mas uma comunidade que busca a interpretação da norma sempre vai encontrar a resposta correta.

Ao decidir um caso difícil Hércules sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo (LAGES, 2001, p. 47).

Deve-se observar que os precedentes para Dworkin tem uma importância muito grande, e que uma decisão vai refletir nos futuros casos, mesmo aqueles que apresente características diferentes, por isso é preciso sempre buscar a forma mais justa e correta para tomar decisões.

5 Ronald Dworkin e suas críticas ao poder discricionário do juiz

Ronald Dworkin tem como principal contraposição as ideias defendidas por seu antecessor, Herbert Hart (1907 - 92). Este filósofo estabelece algumas de suas convicções no livro *“The Concept of Law”*, para ele o ordenamento jurídico era baseado em regras, podendo haver diversas interpretações por parte do juiz a depender do caso concreto. Hart sustenta a possibilidade de existir casos não regulados pela norma jurídica, principalmente casos difíceis e com normas contraditórias incompatíveis. A esses casos caberia a discricionariedade judicial.

Esses não são simples “casos difíceis”, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino “discricionariedade” (HART, 2009:326).

Dworkin critica esta posição de Hart, pois para ele não existem chances de discricionariedade, uma vez que estaria o juiz criando um direito novo aos fatos pretéritos. A integralidade do sistema jurídico se daria através do uso da moral e dos princípios pelo julgador, negando dessa forma a incompletude do ordenamento. Embora Hart conteste o posicionamento de Dworkin ao afirmar que a discricionariedade aconteceria apenas na omissão da lei ficando o juiz impedido de realizar reformas de larga escala. A arbitrariedade não se aplica ao interpretar a

lei, o juiz deverá buscar sempre por razões gerais a partir das suas crenças e valores que justifique a sua decisão.

Hart (1907) se reconhece como pertencente do “positivismo brando” uma vez que aceita a aplicação de princípios e regras morais no direito mesmo que estas não mantenham a mesma importância que as regras positivistas descritas pelo ordenamento jurídico. Segundo Hart o ordenamento é formado por normas e princípios que apresentam o que ele chama de “textura aberta”, sendo responsável pelas incertezas presente na lei. A essas normas ele divide em duas espécies, a primeira seria as normas do tipo básico ou primário que impõe deveres ao indivíduo, vinculando-se a estes de forma obrigatória. Já a segunda espécie seriam as normas parasitárias ou secundárias, outorgando poderes, seja na esfera pública ou privada.

Acerca desta divisão, Dworkin explica: “Portanto, podemos registrar a distinção fundamental de Hart da seguinte maneira: uma regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) porque é válida” (DWORKIN, 2010:33). Uma norma aceita é aquela que está em consonância com os valores sociais de cada grupo, logo, as pessoas a respeitam por entender que essa norma seja necessária para o convívio em sociedade. Já a norma válida é aquela que surge de o poder dever do Estado em manter a paz social, tornando-as imperativas aos seus destinatários.

Ronald Dworkin defende uma teoria liberal do direito, para ele o grande erro dos positivistas é considerar que o problema da teoria do direito está na estratégia ou fatos jurídicos e não em relação aos princípios morais. O fracasso, pois, do positivismo jurídico, corrente a qual Dworkin nega categoricamente, estaria em adotar uma abordagem jurídica convencional ao invés de trazer à luz os problemas da teoria moral. Na visão deste autor, a limitação feita pelos positivistas em interpretar a lei nos moldes das normas e regras acabam por desconsiderar os princípios deixando margem pra o uso da discricionariedade do intérprete.

Já na percepção de Hart, ao aceitar o uso de princípios pelo intérprete, também estará permitindo o emprego da discricionariedade diante das múltiplas interpretações que possam haver, levando-se em conta a “textura aberta” também existente nos princípios. Muito embora nos casos de colisão entre os princípios o juiz deverá escolher aquele que melhor se enquadra ao caso concreto. O fato de não existir um método seguro que determine qual princípio utilizar é o que permite a presença discricionária do julgador.

Para os positivistas uma regra jurídica só seria válida quando promulgada por uma instituição competente. A esse tratamento Dworkin denomina de teste pedigree, o qual busca analisar os meios de criação de uma norma pra determinar se esta possui ou não validade, podendo ser instituída tanto por meio do poder legislativo ou até mesmo através de precedentes judiciais. Apesar de esse teste não satisfazer a ideologia de Dworkin visto que os princípios não podem se restringir a ideia de tudo ou nada que permeiam as regras, ou então os casos difíceis ficariam sujeitos a teoria do poder discricionário.

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo (DWORKIN, 2010:64).

Este pensador questiona a distinção feita pelos positivistas entre o direito e a moral, de acordo com a sua corrente doutrinária os princípios oferecem as razões para a aplicação das regras. Assim sendo, a lei não deve ser tratada isoladamente, mas sim conforme os valores da moralidade. Essa concepção contraria completamente os fundamentos da “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen⁶ (1934), nesta obra ele procura estabelecer uma ciência pura do direito, distante de todo o sincretismo de

⁶ Kelsen faz uma distinção entre o “ser” e o “dever-ser”, no sentido de que o Direito e Moral são esferas metodologicamente separadas. Assim, segundo ele o “dever-ser” exprime usualmente a ideia do ser-prescrito, não a do ser-competente (ser-autorizado) ou a do ser-permitido.

outras correntes científicas, compreendendo apenas aquilo que faz parte do âmbito jurídico.

Ronald Dworkin, busca determinar um meio que justifique a moralidade da lei, para isso ele afasta a possibilidade de o juiz recorrer a discricionariedade nos casos difíceis. A completude se daria tanto por meio do direito explícito como também através dos princípios implícitos. O equívoco dos positivistas seria justamente usar da discricionariedade para edição de leis novas, que além de causar uma maior insegurança jurídica, também acabam por lesar o princípio da tripartição dos poderes.

6 Contribuições das ideias de Dworkin para a efetivação do estado constitucional de direito

Ronald Dworkin ao defender um “ideal humanista”, presente na obra “A virtude soberana”, deixa claro a fundamental importância da sua existência para direcionar as democracias contemporâneas. A partir disto podem ser deduzidos outros valores, tais como, da liberdade, da igualdade e da responsabilidade pessoal (autonomia e liberdade), os quais devem ser compreendidos como um todo, em conjunto com os valores políticos e morais. Consequentemente essa visão acaba formando uma estrutura humanista que permite articular-se aos princípios para assegurar a integridade do direito e assim construir um sistema completo de proteção do ser humano.

A democracia ocupa um lugar central na teoria política de Dworkin, o qual procura estabelecer um modelo ideal adequado a garantia dos direitos individuais e de minorias. Para ele, a interpretação do juiz deve adotar uma posição estrita dos valores morais, o que caracterizaria os adeptos do liberalismo, enquanto que os conservadores defendem que a decisão seja fundamentada na lei estrita ou segundo os interesses daqueles que os criaram. Este último posicionamento não deve ter espaço no Estado Constitucional de Direito.

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chama-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito se mostram deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2006, p. 26-27).

Amparado pela concepção do liberalismo igualitário, Dworkin defende uma teoria liberal do direito. Para esse autor qualquer um que pretende levar os direitos a sério precisa considerar duas ideias basilares. A primeira direcionada a dignidade humana, enquanto a segunda, mais familiar, da igualdade política. Por meio do individualismo ético que enfoca o valor associado à vida humana pela comunidade político-jurídica, Dworkin, coloca que cada indivíduo tem liberdade de escolher e viver de acordo com o seu plano de vida

É possível pressupor dessa ideia de Ronald Dworkin, que aqueles membros da comunidade política que se encontram em situação de vulnerabilidade devem ter acesso aos mesmos direitos e ao respeito que o governo atribui aos membros mais poderosos, de modo que a liberdade de decisão que lhes é permitida, seja, verdadeiramente disponível a todos os demais membros da comunidade. Dessa forma cada um se torna moralmente responsável pelas escolhas que faz.

A partir disso, entende-se Dworkin sendo também um humanista ao demonstrar preocupação no que concerne a dignidade humana. A sua visão faz com que o torne um referencial para a hermenêutica contemporânea, além das suas ideias serem um contraponto ao criticar o positivismo e a análise do discurso, *Civil Law*. Embora o direito brasileiro adote este modelo de sistema, cuja principal fonte do direito se encontra na norma escrita, a Constituição da República de 1988 traz como princípio fundamental a Dignidade da Pessoa Humana, o que evidencia que a realidade social não pode ser desprezada para seguir o sentido estrito da lei.

A partir da vinculação do direito aos princípios, nota-se a necessidade da sua observância tanto por parte da sociedade em geral, como também em específico pelos legisladores e aplicadores do direito, a fim de atender as demandas individuais e coletivas, evitando que os direitos fundamentais sejam violados pelo poder arbitrário do Estado. Para limitar esse tipo de poder o artigo 5º da Constituição Brasileira elenca, direta ou indiretamente, uma série de princípios os quais buscam assegurar a liberdade do indivíduo e a sua igualdade de tratamento perante a lei. Destaca-se aqui o Princípio do Acesso ao Poder Judiciário, sob o qual permite a sua apreciação nos casos de lesão ou ameaça a direito, permitindo ao indivíduo a possibilidade de reivindicar pela preservação dos mesmos.

Nesse viés, as interpretações dadas pelos tribunais têm função essencial para a efetivação das garantias fundamentais do indivíduo. As decisões judiciais não podem estar totalmente engessadas pelo direito legal ou então seria o mesmo que autorizar a possibilidade de novos desastres diante do controle de líderes extremistas. Nessa situação os princípios desenvolvem papel preponderante ao tornar a existência de uma obrigação jurídica sustentada em termo pelos princípios que devem permear tanto a sua elaboração como também a sua aplicação. No livro “Levando os direitos a sério” é apresentado por Dworkin um exemplo de caso difícil, da *Spartan Steel*⁷, em que a solução para o seu litígio estaria justamente no uso dos princípios.

A única forma legítima de governo capaz de efetivar a realização dos direitos humanos seria a democracia. Contudo, isto se torna ilusório ao passo que a vontade política majoritária, defendida pelo filósofo

⁷ Dworkin, em sua obra “Levando os direitos a sério” cita um exemplo de um caso difícil, o da *Spartan Steel*: Os empregados do réu haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia de energia elétrica que fornecia energia ao autor da ação, e a fábrica deste foi fechada enquanto o cabo estava sendo consertado. O tribunal tinha de decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política [...]. Dworkin defende a tese de que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, como o da *Spartan Steel* devem ser geradas por princípios, e não por políticas.

Jeremy Waldron, é posta contra os interesses sociais das minorias. Ao seguir um modelo democrático coparticipativo, no qual as pessoas possuem pleno direito de uma vida pública, Dworkin propõe que a vontade da maioria precisa condizer com as necessidades das minorias, de forma que as pessoas possam governar a si mesmas como associadas. Para o autor a “regra da maioria”⁸ é insuficiente para atender os anseios da comunidade, precisa ser feito uma correlação com os indivíduos prezando sobretudo pela dignidade humana.

Diante disso é relevante considerar o papel do Estado brasileiro na promoção de uma sociedade mais justa e equilibrada. Para tanto, é prioritário o desenvolvimento de ações afirmativas que objetivam eliminar desigualdades historicamente acumuladas pelo país, de forma que possa reparar perdas resultantes da discriminação e marginalização das minorias. Mister se faz, no entanto, que seja exercido o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo para assegurar um governo de todas as pessoas que respeite a individualidade das minorias.

Considerações finais

O desenvolvimento desse estudo possibilitou uma análise da teoria interpretativa de Ronald Dworkin em face das suas contribuições para o direito contemporâneo. Foi possível verificar que mesmo os casos de difícil resolução podem ser decididos pelo interprete à luz dos princípios do direito. Mesmo negando o uso do poder discricionário a sua teoria não estava isenta dessa aplicação, assim como foi demonstrado por Hart.

Dworkin define o positivismo como um sistema de regras em que o esquecimento dos princípios lhe importou num enorme custo teórico. As regras só poderiam ser aplicadas ao modo de tudo ou nada, dessa forma o direito passa a ser descrito no sentido estrito e os tribunais e

⁸ Em síntese, Dworkin fornece duas razões para rejeitar a concepção majoritária de democracia: 1) o conceito de democracia é interpretativo e não está ligado a um critério específico, muito menos à decisão da maioria que não é nem uma condição necessária nem uma condição suficiente; E, 2) o princípio da maioria não é um processo intrinsecamente justo, mas isso não significa que nunca seja um método justo de decisão.

operadores do direito estaria impossibilitado de revelar a natureza moral da gramática jurídica.

Um direito pautado exclusivamente na lei mostra ser falho em promover um Estado Constitucional de Direito, que aspire pelos ideais de igualdade e liberdade para com a sua nação. A proposta desse autor é justamente dá voz as minorias e para isso é preciso que a sociedade como um todo estejam comprometidas com as suas causas. Para tanto a dignidade da pessoa humana precisa estar acima de todas as decisões políticas, pois é apenas na presença desse princípio que é possível falar em democracia.

Neste sentido, é importante frisar que, para este filósofo, os princípios precisam direcionar o interprete a uma razão argumentativa, tratando o direito em questão como uma ciência interpretativa que deve combinar, portanto, com elementos descritivos e valorativos. Não é possível que o juiz se abstenha de julgar o caso concreto, pois é seu dever zelar pela coerência e integridade do direito, mesmo que para isso ele tenha que recorrer a moral política, uma vez que é preciso considerar o melhor caminho que conduza esta decisão para o bem-estar comum.

Referências

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. (1999a), **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FUGA, Bruno; CENCI, Elve Miguel. **Discricionariiedade do juiz: discussão entre Dworkin e Hart**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4997, 7 mar. 2017.

- LIMA, Joice. **Ronald Dworkin e a ideia de interpretação**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53228/ronald-dworkin-e-a-ideia-de-interpretacao>. Acesso em: 16 set. 2019.
- MOREIRA, Leandro A; MAYRINK, Raquel R. **Breves apontamentos sobre a filosofia de Ronald Dworkin e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/691/dworkin-esta-entre-os-grandes-dos-seculos-xx-e-xxi-por-andre-rufino-do-vale..> Acesso em: 15 set. 2019.
- PRADO, Esther Regina C.L. **Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade**, 2012. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32889/os-metodos-interpretativos-de-ronald-dworkin-e-o-direito-como-integridade>. Acesso em: 16 set. 2019.
- VALE, André Rufino do. **Dworkin está entre os grandes dos séculos XX e XXI**, 2013. IBADPP. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/691/dworkin-esta-entre-os-grandes-dos-seculos-xx-e-xxi-por-andre-rufino-do-vale>. Acesso em: 16 ago. 2019.

Caso Lula:
noções, distorções e disparidades do processo de
condenação à luz principiológica de Ronald Dworkin

*Gabriel Torres da Silva Torres*¹

*Taís Haywanon Santos Maia*²

1 Introdução

As regras e princípios são normas com características distintas, mas igualmente vinculantes e, em certos casos, os princípios poderão justificar, de forma mais razoável, a decisão judicial. Eis a síntese apertada da teoria do filósofo e jurista Ronald Myles Dworkin que defendia que os princípios, por meio de ponderação, mostram-se como o direito em si. Defendia também a corrente do utilitarismo, abordando o que é justo, em busca do melhor resultado possível para o maior número de pessoas. É olhando por esse viés que muitos juristas utilizam de seu pensamento para a defesa de diversos casos concretos. Para ilustrar a aplicação das teorias, este artigo trabalha com o processo de condenação que se foi tramitado no ano de 2018, e tem como sujeito do processo o ex-Presidente da República Federativa do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva.

Também integrou como parte do processo o Habeas Corpus 152.752, que se mostra como sendo um remédio constitucional, que visa prevenir

¹ Graduando em Direito, pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB, gabriel_torres15@live.com

² Graduanda em Direito, pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB, taishsmls@gmail.com

ou anular a prisão arbitrária, feita por motivos outros que não o estrito cumprimento da lei. Está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 5º inciso LXVIII e pode ser acionado sempre que alguém sofrer ou se sentir ameaçado de sofrer violência, ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Dito isso, cabe analisar o decorrer do processo e suas disparidades e contradições, levantando assim, o questionamento: sendo analisado através da teoria Dworkiana, o julgado que foi alvo de parcialidade e iniquidade no que tange aos autos do processo e a votação de seu Habeas Corpus, levantando um questionamento nacional de uma possível perseguição política para com o ex-presidente.

Sendo assim o foco do presente artigo é analisar a fundamentação do julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal acerca do processo de condenação, e investigar, à luz de Dworkin, as possíveis disparidades, irregularidades e contradições presentes no processo. Além de examinar a coerência e integridade no direito, no que cerne a hierarquia e importância dos princípios de visão técnica paralelo aos princípios que correspondem ao exercício dos direitos fundamentais, e a sua supremacia enquanto norma perante às vontades individuais dos julgadores. Por fim, averiguar em face do Princípio da Presunção de Inocência aliado a Dignidade da Pessoa Humana o porquê do mesmo não ter sido profícuo e nem utilizado para um julgamento que não teve seu trânsito julgado, e como tal fator traz à sociedade a sensação de impotência ante o judiciário brasileiro que é tido como parcial para uma parcela do corpo social.

Tratando-se, para alguns vieses ideológicos, de um dos maiores líderes político da recente história da Democracia brasileira, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva foi condenado em 12 de julho de 2017 pelo então Juiz Federal Sergio Moro em um processo que vem sendo alvo de inúmeras críticas de doutrinadores em se tratando da sua legitimidade. Esse artigo traz uma dialética, com argumentos contrários e outros favoráveis, utilizando-a como o método, para analisar os

argumentos à luz da teoria de Dworkin, pois mediante a um processo legal é de importância extrema ser obedecido todos tramites legais, respeitando os princípios basilares da nossa CRFB/88 que ampara a todos indivíduos sem discriminação e atende a todos de forma igual, até porque cria precedente para as futuras demandas judiciais.

2 Biografia e obra

2.1 Biografia

Ronald Myles Dworkin nasceu em Worcester, Massachusetts, embora tivesse também cidadania reconhecida no Reino Unido, nasceu no dia 11 de dezembro de 1931, foi um jurista, filósofo, professor e estudioso dos Estados Unidos. Dworkin formou-se primeiro em Filosofia no Harvard College. Apenas em 1957, depois de já ter passado pela Universidade de Oxford, se formou na Escola de Direito de Harvard. Passou a exercer a advocacia, após tornar-se membro da ordem dos advogados de Nova York. Atuou como assistente do renomado juiz Learned Hand da Corte de Apelo dos Estados Unidos. No ano de 1962 ele se tornou professor de Direito da Universidade de Yale.

Em 1969, foi indicado para a Cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford, depois de se aposentar de Oxford, Dworkin assumiu a cátedra Quain de Filosofia do direito em University College London, assumindo em seguida a cátedra Bentham de Teoria do direito -- uma posição que ele manteve até o final de sua vida.

Durante a sua vida acadêmica escreveu basicamente sobre temas que serviram como alicerce para suas teorias posteriormente, tais como a conexão entre direito e moral, o anti-utilitarismo no raciocínio jurídico e discricionariedade judicial. Defensor dos direitos humanos e liberdade progressiva, Dworkin construiu, em seus 81 anos de vida, um legado inestimável em defesa da justiça, dos direitos humanos e dos temas morais. Teve sua morte datada em Londres no dia 14 de fevereiro de

2013, aos 81 anos, em decorrência das complicações provocadas pela leucemia.

Foi influente tanto no âmbito da filosofia do direito quanto no da filosofia política e recebeu diversos prêmios pela sua atuação na área. Dworkin defendeu uma "leitura moral" da Constituição dos Estados Unidos e uma abordagem interpretativista do direito e da moralidade e, de acordo com uma pesquisa do *Journal of Legal Studies*, Dworkin foi o segundo acadêmico legal mais citado do século XX.

2.2 Teoria e obra

Conflitos político-econômicos foram bastante recorrentes no século passado, quando refletiram em quase todos os campos do conhecimento, incluindo o campo jurídico. A teoria positivista sempre foi alvo de grandes críticas e com o avanço do tempo não se mostrava mais capaz de atender aos desejos da sociedade, o formalismo analítico positivista, de autores como Kelsen, se via ameaçado por uma nova perspectiva filosófica.

Apesar de o Direito ainda possuir como base principal a norma escrita, os avanços sociais, morais e políticos levam à necessidade de maior poder interpretativo dos juízes. O modo de ação do julgador deve levar em consideração a realidade de cada caso concreto, permitindo assim uma maior flexibilidade do Direito, deixando o sistema positivista, não mais capaz de atender as demandas judiciais, se tornando insuficiente.

Neste contexto, Ronald Dworkin é tido como, um dos grandes nomes da teoria jurídica e política da segunda metade do século XX, sendo motivador para uma mudança conceitual do conceito do direito a partir de suas críticas ao positivismo jurídico. Dworkin se preocupou em encontrar um conceito do Direito apto a explicar acertadamente a prática jurídica contemporânea. Ele ampara a sua argumentação contrapondo-se

às concepções do convencionalismo e do pragmatismo ou utilitarismo, para apresentar uma teoria do Direito como Integridade.

O autor afirmava que não há uma consonância acerca do conceito de Direito e, defende a ideia do Direito como ciência.

Precisamos disciplinar a ideia do direito como ciência, ver de que modo a estrutura do "instinto" jurídico difere de outras convicções que as pessoas possam ter sobre o governo e a justiça. (DWORKIN, 1999, p. 14).

E critica a perspectiva do direito como questão de fato, pois sob esse ponto de vista, a discordância teórica seria ilusória, os seus aplicadores divergiriam em relação ao que o direito deveria ser.

Utilizando alguns casos judiciais reais da Corte Suprema dos Estados Unidos e da Câmara dos Lordes, o escritor procura conceder uma compreensão melhor sobre a essência da argumentação jurídica. Sua preocupação maior é em relação a interpretação do direito, fundamentos do direito, e ao uso de critérios linguísticos na verificação de veracidade ou falsidade das proposições jurídicas.

A interpretação é a base principal para decisão judicial, na teoria dworkiniana. Acreditar que os operadores do Direito, devem voltar-se suas decisões ao argumento de que “a lei é clara”, é reincidir no lapso de que há um direito que existe sem qualquer esforço interpretativo.

3. Trajetória política de Luis Inácio

Luís Inácio Lula da Silva, popularizado como Lula, nasceu no interior de Pernambuco em 1945. De origem humilde e buscando melhores condições de vida, migrou para São Paulo a procura de emprego, aos 14 anos teve sua carteira de trabalho assinada pela primeira vez, logo após realizou um curso profissionalizante e então ingressou na Metalúrgica Independência, da qual foi demitido por reivindicar aumento de salário. Com o perfil sempre voltado à defesa dos direitos trabalhistas, percorreu um longo caminho até ocupar o cargo de

presidente do sindicato dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo em 1975, momento em que ocorria no Brasil o período de Ditadura Militar. Ainda no mandato, comandou duas das maiores greves dos metalúrgicos, sendo que, em uma delas, teve seu mandato sindical cassado e foi preso com base na extinta Lei de Segurança Nacional, vigente durante o período ditatorial.

Entre a primeira greve geral e a prisão, Lula corroborou com a fundação do Partido dos Trabalhadores que se mostrou na época como sendo uma unidade geral da esquerda, abrigando no rol de membros grandes intelectuais, artistas, a classe operaria, sindicalistas e católicos adeptos da teologia da libertação. Lula filiou-se e saiu candidato sete vezes, para os cargos de, respectivamente, governador, deputado federal e presidente da república. Sendo eleito tão somente para o cargo de Deputado Federal do Estado de São Paulo, e duas vezes para a Presidência da República.

O governo Lula compreende dois mandatos consecutivos (2003 a 2010), e é fortemente marcado e lembrado até os dias de hoje como sendo dias de prosperidade em território nacional, uma vez que a economia mundial se encontrava em um momento favorável. Sua gestão tirou milhares de pessoas do índice de pobreza absoluta, através de programas como Bolsa Família e Luz Para Todos, também mostrou um grande enfoque na área educacional. Nesse período, o número de universidades públicas foi ampliado e várias foram inauguradas, criou-se o Pro Uni cujo o intuito era de democratizar e oportunizar o ensino superior para os mais pobres, financiando a sua educação, no mesmo período, a taxa de analfabetismo caiu de 11,8% para 9,7%, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ademais, investiu também na Educação de Jovens e Adultos, que tem como objetivo estimular a reinserção da comunidade no sistema de ensino.

Tais feitos mostram que o governo petista foi marcado por grandes investimentos na educação, seguindo a linha de pensamento de que a educação é o principal caminho para o desenvolvimento do país e

emancipação intelectual de cada indivíduo, buscando sempre a melhora de condição social, logo, mostrou-se como sendo um governo de cunho populista, concluindo a gestão, após dois mandatos no Palácio do Planalto, com uma aprovação na casa dos 80%, segundo o Ibope. Tendo talvez por esse motivo, sido alvo de olhares mais críticos e atentos acerca de sua gestão e trajetória, levando assim, a uma ‘perseguição institucionalizada’.

3.1 O fenômeno do antipetismo como fato social

Diversos estudos já foram feitos sobre o PT, o petismo e o lulismo, dentre os estudiosos estão o cientista político André Singer e o sociólogo Jessé Souza, que exploram em algumas de suas obras os efeitos colaterais e possíveis razões pelas quais o petismo e anti-petismo terem grande força sendo duas faces de uma mesma moeda com proporcional poder e impacto popular. Entretanto com o passar do tempo essa crença foi diminuindo, principalmente, por conta do grande número de escândalos que envolvem os membros do partido. Criando uma onda antipartidarista que é causada pela insatisfação do cidadão em relação ao desempenho das elites partidárias e instituições, influenciando diretamente nas eleições.

Mudanças nas bases de identificação partidária petista deslocou-se para um eleitorado de menor renda e menor escolaridade, aumentando suas bases especialmente no Nordeste. (VEIGAS, 2011).

A socióloga e jornalista Maria Eduarda da Mota Rocha, discorre sobre a crise do que levou o antipetismo a ganhar tanta voz, explicando ainda que não se trata de uma crise apenas brasileira e sim mundial, envolvendo a representatividade dos representantes políticos e a recusa do sistema político. A socióloga e jornalista Maria Eduarda da Mota Rocha, em entrevista concebida a Radio Brasil de Fato, explica acerca do fenômeno do antipartidarismo, e como tal fator trouxe consequências ao Partido dos Trabalhadores,

Há, por um lado, um grande processo de desqualificação da política, que atinge os poderes instituídos. E o PT está no poder há um certo tempo. Então, ele fatalmente é alvo desse sentimento de recusa da política que a gente está vivendo. Esse é um fenômeno global, que tem levado à ascensão da extrema direita em muitos lugares do mundo.

Esse antipetismo se intensificou ainda mais a partir de 2012 com as denúncias de corrupção no âmbito da operação “Lava Jato” (ou do chamado “Petrolão”). Com o apoio da mídia foi como uma explosão, acabou associando o Partido dos Trabalhadores apenas à corrupção. A operação “Lava Jato”, serviria para destruir o sistema político, de acordo com o então Juiz, Sergio Moro, porém para isso a operação começou com o enfraquecimento e retirada do PT do governo.

Além disso, há um fator distinto que se configura como de extrema importância para a perpetuação desse fenômeno, a influência midiática com suas premissas jornalísticas de que há um inimigo comum na sociedade. Agindo de forma sutil e sempre transparecendo em que lado está, a mídia, desde que ganhou força, sempre obteve um “voto decisivo” nas questões políticas da sociedade. Através de atrações que induzem o pensamento do espectador sem influencia-lo a aprofundar com senso crítico, os meios de veiculação vêm ganhando cada vez mais força na atual conjuntura política, induzindo a opinião popular sempre a favor de uma elite que trabalha em prol de seus próprios interesses, opinião esta que divaga em suas prioridades por falta de criticidade.

A alienação perpassada pela mídia nos remete a diversos fatos atuais que já entraram para história, podem ser citados momentos que foram de extrema relevância para política nacional e decisiva para o futuro do país, tais como o processo de Impeachment, que com alto teor de manipulação e ausência de senso crítico de parcela da população, por estarem coniventes com o discurso midiático que fomenta a existência de um inimigo nacional, foi-se consolidado um processo pseudolegal, para alguns taxado como Golpe Parlamentar, e que atualmente já se foi comprovado com base legal. Fazendo um retrospecto com a citação do

filósofo Friedrich Hegel, os acontecimentos históricos repetem-se duas vezes: a primeira como tragédia, a segunda como farsa.

Assim como o Golpe Constitucional, o golpe militar sofrido pelo Brasil também contou com a influência das mídias vigentes para que se legitimasse, através de um falso fantasma de ameaça comunista, que hoje se traveste de antipetismo. Ademais, contar-se-á também com o famoso debate transmitido pela Rede Globo de Televisão em 1989, o qual, o até então candidato Lula foi sabatinado junto a Fernando Collor. Um dia após, foi-se transmitido no jornal de maior audiência nacional o mesmo debate, porém, editado de modo que favorecesse o candidato apoiado pela mídia: Fernando Collor. Tal fato foi comprovado pelo diretor da rede televisiva José Bonifácio de Oliveira, popularmente conhecido como Boni, apenas comprovando o papel da mídia na defesa dos interesses da elite.

4. Fatídica a pátria que tem no juiz a figura de herói

O caso do ex-presidente Lula foi, de início, julgado, através da Operação Lava Jato, pelo atual Ministro da Justiça Sergio F. Moro. Tal fator foi de extrema importância para houvesse uma circundante polêmica acerca dos limites do judiciário e de sua imparcialidade. Isso porque, de acordo com o Princípio Processual do Juiz Natural, o indivíduo que é réu em um processo deve ser julgado por um magistrado que esteja relacionado a causa, esse local geralmente se mostra como sendo o do ocorrido. A competência do então Juiz Sergio Moro para julgar o caso é deveras questionada no processo em questão, visto que, o correto processual seria que o réu fosse julgado onde praticou o ato criminoso, dessa forma, em São Paulo, não no Paraná.

No caso Lula, a denúncia feita pelo Ministério Público afirma que os recursos que resultaram no tríplex do Guarujá derivaram de três contratos mantidos por consórcios integrados pela OAS com a Petrobras. No entanto, tal fator apenas se deu como subterfugio para que o processo fosse levado para Curitiba, visto que foram criadas conexões infundadas

com a Petrobrás. Dado o ocorrido, analisa-se também que, durante a sentença de condenação, o então Juiz Sergio Moro não demonstra vínculos entre os contratos para as obras e o apartamento, cerne do julgamento, logo, não se pode conceber como um juiz acata uma denúncia e decide ignora-la no parecer, apenas comprovando, dessa forma, que houve uma ofensa ao princípio supracitado, visto que, diante disso, o processo em momento algum poderia ter sido julgado por Sergio Moro em Curitiba.

Um distinto fator que corrobora com a ideia de parcialidade e, de certa forma, comprova mais uma vez o aludido, se dá por meio de conversas divulgadas pelo site de jornalismo The Intercept Brasil, mensagens essas que foram recebidas através de um hacker que usou de meios ilícitos para obter acesso aos celulares do atual Ministro da Justiça e do Procurador Deltan Dallagnol onde copiou as conversas e as repassou ao jornal, tal comunicação nos mostra que o principal procurador da Lava-Jato, estava apreensivo quanto a inconsistência das acusações que salientavam Lula como beneficiário de um apartamento no Guarujá entregue pela construtora OAS em troca de contratos na estatal Petrobras.

Além disso, entre as mensagens publicadas, dá-se ênfase em um diálogo ocorrido em outubro de 2018, mês em que ocorreu pleito para o cargo de presidência, onde procuradores buscaram impedir que Lula, preso desde abril de 2018, cedesse entrevistas, visto que sua aparição, de certo, beneficiaria o seu candidato à presidência, Fernando Haddad. O ex- presidente, ainda que cumprindo pena de restrição de liberdade, se mostrava nas pesquisas como sendo o favorito a vencer as eleições de 2018, no entanto, sua candidatura foi vetada pela justiça eleitoral.

Merece visibilidade também outro coeficiente no decorrer de todo o contexto processual, que promove a Força Tarefa da Lava Jato como sendo um possível instrumento de favorecimento a interesses pessoais e perseguição política ao ex-presidente Lula: o convite público de Jair Bolsonaro a Sergio Moro (magistrado responsável pela condenação do ex-presidente) para ocupar o cargo de Ministro da Justiça ou integrar o

corpo do Supremo Tribunal Federal. Isso por que, como já dito anteriormente, Lula se mostrava como sendo primeiro lugar nas pesquisas, logo, como justificar a atitude do atual Ministro, ao prender o principal concorrente e atualmente, ocupar um cargo de grande prestígio social em um governo que, para ter chegado ao poder, fez-se necessário a prisão do seu principal oponente?

A imparcialidade do juiz se dá como princípio constitucional no ordenamento jurídico e sucede-se diante do entendimento previsto no artigo 5º, inciso XXXVII e LIII da CF/88, de que, o processo e a sentença serão conduzidos por uma autoridade competente. Tendo em vista o referido, é inconcebível tolerar quaisquer rastros de irregularidades vinda da figura do magistrado. A imparcialidade do juiz é pressuposto de validade no processo, dada a sua importância, tem proporção universal e consta na DUDH de 1948, artigo X:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Portanto, tendo como base o aludido, cabe analisarmos a existência de um Tribunal de Exceção, que se dá quando os julgadores são escolhidos de modo arbitrário, o mesmo é expressamente vedado pela CF/88, dado que vai de encontro aos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e ao já referido, Princípio do Juiz Natural. Caso seja comprovado tal fator, o processo deverá ser imediatamente anulado.

5. Estudo do caso à luz de Dworkin

Em contraposição ao Positivismo Jurídico, Dworkin afirma, em sua obra “Levando o Direito a Sério”, que o direito deve ser considerado como uma integridade, que permanece intacto, e para tal precisa dos princípios e da interpretação. O autor utiliza-se de princípio para indicar

todo o conjunto de padrões que não são regras. Assim ele caracteriza dois modelos para distinção de regras e princípios, primeiro ele fala da aplicabilidade do tudo ou nada, presente nas regras, e segundo na dimensão do peso, que está intrínseco nos princípios.

O autor descreve os princípios de modo genérico, para referir a todos os standards, padrões.

Deve ser observado, não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social, que se possa considerar favorável, mas porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade. (DWORKIN, p. 22, 1997).

Trazendo a luz do pensamento dworkiano em todos os trâmites do processo do caso de Lula, pode-se ver, intrinsecamente, que as intenções do, na época, Juiz Sergio Moro eram políticas. José Socrates, ex Primeiro Ministro de Portugal, em uma entrevista dada a TV Migalhas, declarou que o posicionamento de Sergio Moro nunca foi de um juiz e sim de ativista político.

Tornando-se Ministro da Justiça e Segurança do atual Presidente, governo este que em todas as pesquisas estava em segundo lugar nas intenções de votos, ficando atrás apenas de Lula. Tendo em vista que nos autos do processo o réu estava sendo condenado por corrupção, no entanto sem que o tribunal tenha dado como prova algum ato. O que vai de encontro ao Princípio do Devido Processo Legal, assegurado na nossa CFRB/88 no Art. 5º, inciso LIV, é uma garantia constitucional ampla e que concede a todo indivíduo, o direito fundamental de um processo justo e devido. Sendo assim, trata-se de um dos princípios basilares do processo.

A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal discorre sobre:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter o acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Fazendo uma análise conjunta ao Princípio do Devido Processo legal e aos autos do processo, para alguns intérpretes, as garantias constitucionais no caso in concreto foram violadas, porque as provas não eram suficientes para ensejar uma sumária e rápida condenação, haja visto que o ex presidente Lula foi condenado sem que fosse provado tecnicamente quais foram os atos ilícitos cometidos.

Por esse viés, utilizando-se ainda de mais um dos Princípios basilares do processo penal brasileiro o da Presunção de Inocência, taxado no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição, discorre sobre “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, este visa a tutela da liberdade pessoal. Esse princípio teve origem na Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que em seu art. XI afirma:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa

Tendo por base mais estes conceitos, pode-se observar como o processo de condenação apresentar em sua base falhas técnicas, que acabam influenciando diretamente na decisão final. Tal atitude coloca o judiciário brasileiro com uma visão até então parcial, haja vista que tecnicamente e de acordo com Princípios fundamentais da nossa CFRB/88, esse caso não poderia ter uma condenação, pois uma das bases do processo são as provas.

Considerações finais

Sendo assim, Dworkin deixa bem claro a importância dos princípios e o indispensável compromisso do juiz, que deve desenvolver o direito plenamente, para que assim, haja o bem maior, além de uma garantia de serem estes direitos amplos e para todos. Ainda sobre os princípios o

autor coloca-os acima da prática do direito, pois só eles podem designar o sentido mais apropriado para que vislumbre um futuro melhor quanto a uma sentença justa.

Olhando por um viés a luz de Dworkin pode-se observar que no que concerne a valorização e utilização dos princípios como sendo regentes ao direito, o processo de condenação do ex Presidente, apresenta diversas falhas, visto que para o autor os princípios não podem ser utilizados para fins próprios e sim coletivos, como foi o caso da Ministra Rosa Weber, que ao negar o Pedido de Habeas Corpus 152.752 utilizando-se do Princípio da Colegialidade no qual renunciou daquilo que efetivamente considera, entende e iria decidir, para seguir o entendimento que se estabeleceu pela maioria votante, como sendo mais relevante ao caso do que Princípios Básicos da CFRB/88 como o da liberdade. Criando dessa forma, um direito baseado em convicções pessoais, opondo-se a doutrina em si.

A Ministra ainda utilizou do pensamento de Dworkin na justificativa do seu voto, discorrendo sobre a questão dos princípios, no entanto pecou ao desconsiderar que Ronald criou o seu legado pautado, principalmente, na defesa da justiça e dos Direitos humanos, sendo um defensor da liberdade progressiva. Tendo em vista as irregularidades do processo, que inclusive é ameaçado de nulidade haja vista as trocas de mensagens entre o Juiz do caso e o Promotor de acusação, e a falta de atos comprovatórios, utilizar-se de Dworkin para justificativa de seu voto acarretou em diversas críticas de doutrinadores.

De certo que é cada vez mais concomitante ter conhecimento de magistrados que decidem sentenças conforme suas convicções individuais, e não íntegras, valendo-se de um poder discricionário para legitimar as suas ações. Ademais, ressalta-se também, a possibilidade de talvez, um diferente desfecho para o caso se, entre os protagonistas do processo, atuassem o clamor pela justiça e não a sede pelo poder.

Portanto, concluímos como sendo inadmissível de acordo com o senso de equidade e justiça vigentes em qualquer corpo social de direito e

democrático que um cidadão seja julgado de maneira tão parcial por um judiciário o qual, aparentemente, não há o desejo da justiça “justa”, mas sim, o querer de uma “justiça” que mantém privilégios. Também não se pode conceber um indivíduo que foi privado de um direito fundamental, tal qual o direito de liberdade e de ir e vir antes mesmo de que as possibilidades de recurso se dessem como esgotadas.

Lula é, de certo, uma figura emblemática na história do país, tê-lo preso de maneira possivelmente arbitrária apenas deixa instável a estrutura social e nos leva a questionar a postura do judiciário brasileiro que parece ter manobrado de maneira conveniente diversos fatores, como o fato de o ex-presidente não poder concorrer ao pleito eleitoral, fato que culminou no cenário vigente e elevou de cargo o Juiz do caso para Ministro da Justiça.

Referências

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Sumula 14.** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Tese de Repercussão Geral definida no Tema 184, aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 9-12- 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

DWORKIN, Ronald. LEVANDO O DIREITO A SERIO, tradução e notas Nelson Boeira. Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O IMPÉRIO DO DIREITO, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/34167> > acessado em 10/09/2019

<https://dicionariodireito.com.br/tribunal-de-excecao> > acessado em 10/09/2019

<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/11/01/sergio-moro-aceita-convite-de-bolsonaro-para-ser-ministro-da-justica.ghtml> > acessado em 11/09/2019

<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/> > acessado em 08/09/2019

<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html> > acessado em 17/09/2019

RIBEIRO, Ednaldo et al. Sentimentos partidários e antipetismo: condicionantes e covariantes. *Opinião Pública*, [s.l.], v. 22, n. 3, p.603-637, dez. 2016. FapUNIFESP (SciELO). > acessado em 30/08/2019

VEIGA, L. “O partidarismo no Brasil (2002/2010)”. *Opinião Pública*, vol. 17, nº 2, p. 400-425, 2011). > acessado em 30/08/2019

_____. “Os partidos brasileiros na perspectiva dos eleitores: mudanças e continuidades na identificação partidária e na avaliação das principais legendas após 2002”. *Opinião Pública*, vol. 13, nº 2, p. 340-365, 2007.). > acessado em 31/08/2019.

Direito penal x Chaïm Perelman: a influência da nova retórica na oratória do advogado penalista

*Nicole Gomes Porto*¹

*Rita de Cássia Bonfim Moura*²

1 Introdução

O objetivo principal deste trabalho é o vínculo que pode ser notado entre a arte da Nova Retórica e a sustentação de um advogado penalista perante o tribunal do júri. Outrossim a retórica surgiu com os sofistas no século V antes de Cristo permitindo a persuasão através da sustentação oral, assim como a Nova, contudo sem que haja coação. Entretanto, para aristóteles a técnica sofista não era eficiente já que eles mantinham-se fiéis ao significado puro do mecanismo retórico. Assim, escreve um livro no qual sistematizou o estudo da Retórica e a definia como importante elemento para a Filosofia, a colocando no mesmo patamar da lógica e dialética.

Na década de 50, Perelman ressurgiu com as ideias de Aristóteles, indo além assim como seu precursor, acrescentando o juízo de valor aos argumentos e trazendo moldes da Nova Retórica para a escrita. Todavia, esse não será o foco do trabalho. O advogado penalista, além das provas materiais e testemunhos do réu e de terceiros, precisa de uma

¹ Discente do curso de Direito , 2º semestre, Universidade Estadual da Bahia

² Discente do curso de Direito , 2º semestre, Universidade Estadual da Bahia

sustentação oral que valha a atenção do júri. Suas teses virão com juízo de valor em abundância para que haja o poder de convencimento.

Dessa forma, a técnica do estudo de caso, será adotada nesta pesquisa e tem o advogado Dr. Quaresma como o seu sujeito, no sentido de analisar o seu discurso, aproximando-se de Chaim Perelman. Além disso, houve a utilização de pesquisas bibliográficas para fundamentação teórica deste artigo de forma que se entrelace com o discurso do advogado.

No caso da defesa do advogado Dr. Quaresma, que será o exemplo do trabalho, é utilizado desde a aproximação física do júri, há caminhadas até a mesa do juiz e o uso de televisão que exhibe uma matéria da rede Record, que falam de um momento do passado do Dr. Quaresma. Mesmo com todos esses recursos, é na fala que o advogado expande suas teses.

A análise do julgamento do Marcos Aparecido com base na teoria de argumentação jurídica - A nova retórica de Chaim Perelman em conjunto com Lucie Olbrechts Tyteca. Nessa perspectiva usaremos uma abordagem descritiva, com bases em pesquisas bibliográficas, para apontar a influência das ideias de Perelman na lógica do raciocínio jurídica usada pelo o advogado Dr. Quaresma, definido a como parte da lógica jurídica propriamente dita, que cuida efetivamente da aplicação do raciocínio jurídico e dos reflexos de seu uso na prática quotidiana do discurso jurídico (no convencimento do juiz, no entrechoque de argumentos com a parte adversa, convencimento do júri).

2 Uma exposição sobre as idéias de Perelman

O uso da retórica na Teoria da Argumentação jurídica é um assunto discutido a muitos anos, contudo não podemos falar da retórica sem citar o filósofo Aristóteles, considerado o pai da teoria da argumentação, ele a definiu como a *“arte de procurar, em qualquer situação os meios de*

persuasão disponíveis”,³ com o raciocínio humano a partir de um silogismo com uma base de lógica formal e da racionalidade lógica-dedutiva.

O filósofo Chaïm Perelman utilizou de base a teoria aristotélica para fundamentar e criar a Teoria da Argumentação jurídica, chamando a de nova retórica, para ele a retórica utiliza-se de argumentos para produzir um convencimento ou persuasão. Desse modo, ela é a parte fundamental para a criação do discurso.

Ademais, no seu livro *Tratado da Argumentação: A nova retórica*⁴, ele utilizou o termo auditório para definir as pessoas que são destinadas o discurso, no qual o orador pretende convencer ou persuadi-las através da retórica, para Perelman o auditório possui um papel muito importante pois o orador baseará se neste para construir seu discurso, utilizando de suas origens sociológicas ou psicológicas.

Dessa forma, ele relata no seu livro que para o orador conseguir uma argumentação eficaz, ele deve conhecer aqueles que pretende conquistar, utilizando-se de múltiplos argumentos para conquistar o auditório, então fica evidente nas suas ideias que o orador deve focar em aspectos culturais, sociológicos ou psicológicos. Assim, se esse auditório possuir características heterogêneas, ele deve utilizar de diversos argumentos para conquistar os diversos elementos do auditório, para que seu discurso se adapte ao auditório que é destinado, pois um bom orador conhece os elementos necessários para se condicionar o discurso ao auditório. Nessa perspectiva, entende-se que o orador e o auditório são elementos de profunda ligação em que um depende do outro para se construir uma boa argumentação, e se não houver essa ligação a argumentação será considerada repulsiva.

Além disso, um assunto muito tratado por Perelman é a lógica jurídica, ela surge com a superação de pensamentos pós-positivistas

³ Aristóteles, *Retórica*, I, 1355, b 26-27.

⁴ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO - A NOVA RETÓRICA*. Trad. Maria E.A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

abandonando conceitos da lógica formal que representava um pensamento racional, utilizado por matemáticos, para o autor a lógica formal não se encaixaria na retórica. De forma que o pensamento de Perelman inclui um pensamento valorativo na retórica, superando ideais positivistas de outros pensadores.

Outro assunto muito tratado por Perelman são as Técnicas Argumentativas, ele fala da suas generalidades, de forma explica as diferentes técnicas argumentativas utilizada pelo o orador, colocando o auditório como um núcleo fundamental, pois o orador fará interligação do seu discurso com o auditório.

Os argumentos quase-lógicos são aqueles que procuram estabelecer uma estrutura real, o orador utiliza-se de argumentos formais com uma linguagem natural, em visto disso eles são semelhantes aos raciocínios formais utilizados por matemáticos. Dessa maneira, Perelman relata que eles possuem uma certa validade no seu discurso, criticando o seu aspecto racional: *[...] os argumentos quase-lógicos têm pretensão a certa validade em virtude de seu aspecto racional, derivado da relação mais ou menos estreita existente entre eles e certas fórmulas lógicas ou matemáticas [...]*"⁵. Destarte, em contrapartida os argumentos baseados nas estrutura reais possuem uma ligação entre o real e os juízos permitidos no discursos, desse modo o filósofo adiciona uma carga valorativa provinda da realidade que os afeta.

Portanto, o autor expõe em suas obras a complexidade do discurso jurídico, por isso relata as técnicas argumentativas utilizadas por oradores. Dessa forma, diversos juristas a utilizam no seu discurso para convencer ou persuadir o auditório, utilizando de argumentos fortes e fracos, desse modo cabe ao orador saber diferenciá-los. Assim, Perelman evidencia a importância da retórica para a construção de uma boa argumentação jurídica.

⁵ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO -A NOVA RETÓRICA**. Trad. Maria E.A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.297.

3 Uma breve descrição do crime

Após um caso extraconjugal com Bruno Fernandes, então goleiro do time carioca Flamengo, em 2009, Eliza Samudio, 25 anos, procurou a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (Deam) em 2010. No local, Eliza relatou que estava grávida do goleiro e que o mesmo a agrediu para que abortasse a criança.

Após o nascimento do menino, Eliza acionou a Justiça requerendo o reconhecimento de paternidade por Bruno Fernandes. Passado esse momento, Eliza teria recebido uma ligação de Bruno. Segundo as testemunhas, a desaparecida teria dito na ligação que Bruno queria que ela fosse morar em Minas Gerais, para ficar mais perto da família dele, e que o relacionamento havia melhorado.

De acordo com o portal Terra, no dia 7 de junho de 2010, o bebê de Eliza teria sido levado à fazenda do jogador por um amigo de Bruno, o Macarrão, e ficado aos cuidados da então esposa do goleiro, Dayanne Rodrigues do Carmo Souza. A informação foi dada por três testemunhas ouvidas pela DH de Contagem no dia 25 de junho. No dia 9 de junho de 2010 Eliza, com seu filho de quatro meses, teria sido vista por uma vizinha no sítio do goleiro Bruno no Condomínio Turmalina, em Esmeraldas, Minas Gerais. Em 10 de junho do mesmo ano, Eliza teria sido espancada por três homens na propriedade do goleiro, conforme as denúncias anônimas feitas dia 24. As roupas e bolsa teriam sido queimadas por Bruno.

Ademais, em 24 de junho de 2010, de acordo o portal UOL⁶ - A polícia de Minas Gerais recebe a primeira denúncia de que Eliza teria sido espancada até a morte por Bruno e outros dois amigos, e começa a investigar o caso, descobrindo que a ex-namorada do goleiro não tem contato com ninguém desde o dia 5 de junho. Autoridades do Rio recebem ofício da Divisão de Homicídios (DH) de Contagem, em Belo Horizonte, solicitando diligência. Policiais vão até um endereço na zona

⁶ Revista online brasileira de informação.

oeste do Rio para tentar encontrar Eliza. A polícia houve duas amigas e a advogada de Eliza, que disseram não conseguir falar com a estudante há semanas. Neste dia, Dayanne diz que recebeu uma ligação de Macarrão, ordenando que entregasse o filho de Eliza, e Bruno seria acusado de sequestro, pois Eliza “estaria armando alguma coisa”. No dia 25, de acordo o jornal O Dia a Polícia foi ao sítio de Bruno em Minas e vê uma mulher com um bebê. Quando voltam à tarde, o bebê havia desaparecido. Funcionário do sítio afirma que o bebê esteve lá por 15 dias, mas nega ter visto Eliza.

No dia 26 de junho, em uma breve entrevista para jornalistas do Ninho do Urubu, Rio de Janeiro o goleiro Bruno, do Flamengo, afirma não saber do paradeiro de Eliza e nem o do filho dela. Em 6 de julho de 2010 Ministério Público pede prisões temporárias de Bruno, da mulher dele, Dayanne, de seu amigo e assessor, Luiz Henrique Ferreira Romão, o Macarrão, e de mais quatro pessoas.

No dia 7 de julho do mesmo ano Bruno e Macarrão se apresentam à Divisão de Capturas Polinter-Andaraí do Rio de Janeiro por volta das 17h. Às 19h10, são transferidos para a Delegacia de Homicídios (DH), na Barra da Tijuca, onde passaram a noite. A polícia conclui que foi um segurança de Bruno, Marcos Aparecido dos Santos, quem matou Eliza, na cidade de Vespasiano.

O delegado Edson Moreira afirma que Bruno participou do assassinato, levando Eliza até o local. A polícia pede a prisão de Marcos, conhecido como Bola, Paulista ou Neném

Em 28 de julho de 2010, de acordo o Portal Terra a suposta morte de Eliza Samudio é concluído. O texto, de 1,6 mil páginas e três anexos, indicia o goleiro Bruno de Souza, do Flamengo, por seis crimes. O ex-capitão rubro-negro responderá por homicídio, sequestro, cárcere privado, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e corrupção de menores. Luiz Henrique Ferreira Romão, o Macarrão; Flávio Caetano de Araújo, Wemerson Marques de Souza, o Coxinha; Dayanne Rodrigues do Carmo Souza, Elenilson Vitor da Silva, Sérgio Rosa Sales e Fernanda

Gomes Castro também foram indiciados pelos mesmos crimes. O ex-policial Marcos Aparecido dos Santos, o Bola, responderá por homicídio qualificado, formação de quadrilha e ocultação de cadáver.

Sendo Assim, Marcos Aparecido dos Santos, o supracitado Bola, que terá o julgamento analisado com relação a Nova Retórica de Perelman, de acordo com a sustentação do advogado Dr.Quaresma. Segundo a polícia de Minas Gerais, por meio do Portal de notícias Terra, Bola matou Eliza por estrangulamento e teria escondido o corpo da jovem em sua casa, no município de Vespasiano (MG). Segundo o depoimento do primo adolescente de Bruno, Bola amarrou e deu uma gravata em Eliza, que morreu por asfixia. Em seguida, o ex-policial teria esquartejado o corpo. O menor afirma ter visto Bola arremessar pedaços do corpo da estudante para alimentar seus cães da raça rottweiler. Na noite do crime, segundo a polícia, Eliza teria dito ao ex-policial que "não aguentava mais apanhar"⁷(ELIZA,Samudio). Em resposta, Bola teria dito à jovem que ela não iria mais apanhar, mas iria morrer. Foi indiciado por homicídio qualificado, formação de quadrilha e ocultação de cadáver. A polícia também investiga sua participação em outros assassinatos.

4 Aplicação das idéias de Perelman ao julgamento do Marcos Aparecido (Bola)

Ao interligar Perelman a toda manobra de um advogado penalista elucida-se o poderio do juízo de valor perante o auditório, nesse caso a bancada do júri. Logo no começo do júri de Marcos Aparecido dos Santos, o advogado Dr.Quaresma exibe uma reportagem da Rede Record de Televisão⁸, expondo o passado de usuário de entorpecentes do Dr.Quaresma.

⁷ TERRA.Veja quem é quem no caso Bruno. Disponível: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/veja-quem-e-quem-no-caso-bruno.ce52dc24bfe9a310VgnCLD200000bbceboarCRD.html>> Acesso: 1 de set 2019.

⁸ Rede Televisiva brasileira.

Dessa forma o orador utiliza de um discurso tendencioso para retratar visão do advogado penalista, como uma vítima da difamação de um meio de comunicação, colocando em voga qual seria o pensamento valorativo a ser adotado na visão do júri. Ao elencar essa atitude do advogado com as idéias de Perelman, elucida que a retórica utilizada procura achar os meios de persuasão disponíveis para convencer o auditório da falácia da rede de televisão contra o advogado, levando o júri a acreditar nele, como a vítima do caso, mesmo que o que está sendo discutido realmente, é a defesa e acusação de homicídio de Eliza Samudio cometido por Marcos Aparecido.

No relato sobre passado como usuário de drogas, o que o advogado tenta fazer é distanciar a atenção do réu por alguns instantes, provocando no júri uma empatia, para aos poucos ter sua oratória, que veio embutida de juízo de valor, ecoando nos pensamentos do auditório. Nessa perspectiva Dr.Quaresma utiliza de vários argumentos para persuadir o júri de características heterogêneas, pois o seu discurso tende a se adaptar ao auditório.

Além de refletir a base da oratória em suas próprias experiências pessoais, o advogado, emprega da realidade vivida também pelo réu. Segundo Perelman: *“As páginas que precedem chamaram suficientemente a atenção para o fato de que o raciocínio jurídico visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos[...]”*⁹ (Lógica Jurídica: A Nova Retórica) De forma que, utilizam de variadas formas de argumentos, misturando a história de vida do jurista com a do acusado. A realidade do réu é então posta como argumento de defesa, vindo a refletir na retórica do Dr.Quaresma que aproveita desses elementos para construir o seu discurso com uma carga social.

Ademais, Perelman relata que *“O papel do advogado é utilizar, nos limites permitidos pela deontologia profissional , todos os meios que lhe permitirem fazer triunfar a tese que aceitou a defender[...]”* (PERELMAN,

⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.p.182.

Chaim).¹⁰ Assim o advogado protela na sua tese aspectos sociológicos e psicológicos sobre o réu, como exemplo o fato dele ser um ex-policia, com uma conturbada passagem pela corporação, onde o mesmo alega perseguição contra sua pessoa, o supracitado passado traumático, e ainda que meios de comunicação contestaram a capacidade do seu advogado.

Sendo assim, o orador ao se aproveitar do auditório individual, com a tese ecoada na psique do júri, o Dr. Quaresma válida sua oratória com as ideias de Perelman sendo o meio não só de evitar a condenação do réu, mas de sensibilizar o corpo de jurados. Dessa forma fica claro o vínculo da Nova retórica com a oratória do advogado penalista haja vista é mais que uma relação de uso do juízo de valor, sendo a base ainda que desconhecida da persuasão argumentativa.

Considerações finais

As ideias de Perelman possuem uma grande influência no Direito. Com ideias pós-positivistas o filósofo ganhou destaque no mundo jurista ao aliar a oratória ao juízo de valor. Perelman traz, nas perspectivas de auditório universal e particular, como os pensamentos nunca serão imparciais, pois eles serão constituídos pelas experiências pessoais de cada um. Ao utilizar da oratória valorativa o advogado espera contar que a opinião pessoal daquele júri, irá se juntar as informações passadas por ele, formando assim a tese de como funciona a persuasão, defendida pela Nova Retórica, do advogado.

Contudo é importante citar que mesmo que suas obras tiveram uma grande influência, elas também receberam diversas críticas, principalmente pela ambiguidade do conceito de auditório universal, pois este pode apresentar diversos significados e ser de uma difícil compreensão, já que mesmo exemplificando que o auditório universal seriam as teses invocadas pelo jurista, ele não expõe que não apenas o advogado, mas outros membros do julgamento expõe suas declarações,

¹⁰ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.216.

provando o quão amplo e além da oratória do advogado o auditório pode ser.

Provando as críticas a obra de Perelman o filósofo espanhol Manuel Atienza o qual acredita que ele não soube diferenciar o seu aspecto ideal,ou seja o normativo,do seu aspecto, fático. Além disso, o filósofo também é criticado pelo filósofo alemão Robert Alexy sobre a abstratividade do conceito supracitado de auditório, acrescentando por que este pode ter várias formas e significados.

Ademais ao elencar as idéias de Perelman com a argumentação do advogado Dr.Quaresma, percebe-se que a sua Teoria Argumentativa se encaixa perfeitamente na ideia de uma argumentação valorativa, utilizando os aspectos sociais e psicológicos para convencer um auditório, por isso não acreditamos nas críticas feitas a sua Teoria.

Com a quantidade de informações aos quais estamos sendo bombardeados diariamente, é impossível desvencilhar toda e qualquer informação que recebemos do juízo de valor. Se uma pessoa incorpora a sua formação diariamente que a ajuda a entender a realidade, é perceptível que a mesma pessoa, ao se ver em um júri, trará suas crenças pessoais para a bancada de jurados dessa forma as idéias do filósofo possuem grandes influências no mundo jurídico de forma que este supera pensamentos positivistas, colocando uma visão mais social do discurso jurídico. Sendo assim, após analisar a sua teoria em conjunto a uma argumentação de um advogado percebe-se que mesmo sendo criada na década de 50, ela pode ser aplicada até os dias atuais ,possuindo características atemporais que dão a base da oratória com juízo de valor que Chaim Perelman explanou.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

FREITAS,S,Tiago. **A lógica da argumentação jurídica no pensamento de Chaïm Perelman: reflexos na interpretação do direito.** Revistas.Unifacs.

FIRPE,Q, Ercio.DEBATES; **Tribunal do Júri de Contagem do Caso Bruno. Julgamento do Bola. Ércio Quaresma Firpe** (1:30:40 s) Disponível em : <<https://youtu.be/O9xCQaoaGAU>>

NIEDZIELUK,Luzinete Carpin. **Resenha: PERELMAN, CHAN 8s OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO -A NOVA RETÓRICA.** Trad. Maria E.G.G. Pereira.São Paulo: Martins Fontes, 1996; WORKING PAPERS EM LINGÜÍSTICA, UFSC, N.4, 2000.

NAVARRO.S, Luise, **A noção de auditórios na teoria da argumentação de Chaïm Perelman.**Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=283aa4a76808d58c>. Acesso: 25 de ago. 2019

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO - A NOVA RETÓRICA.** Trad. Maria E.A.P. Galvão.São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.297.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica.** Tradução Vergínia K. Pupi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN,Chaïm.**Considerações sobre uma lógica jurídica.** Acervo digital.UFPR. L.S Navarro.2011

PACHECO.B, Gustavo.**Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman,**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/31109854/25334-25336-1-PB.pdf> Acesso: 24 de ago 2019 14:12

RUZON,P, Bruno. **As origens da teoria da argumentação no pensamento de Chaïm Perelman.**2010. Disponível:<https://jus.com.br/artigos/15107/as-origens-da-teoria-da-argumentacao-no-pensamento-de-chaim-perelman>. Acesso: 27 de ago 2019

TERRA.**Veja quem é quem no caso Bruno.** Disponível:<<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/veja-quem-e-quem-no-caso-bruno.ee52dc24bfe9a310VgnCLD2000oobbcceboaRCRD.html>> Acesso: 1 de set. 2019.

**Michel Pêcheux e a teoria da análise de discurso:
um novo olhar sobre atuação midiática
no município de Brumado-BA**

*Alessa Conceição dos Santos*¹

*Jaqueline da Silva Caires*²

*Jennifer da Silva Lopes*³

1 Introdução

A base teórica que sustentou o trabalho foi a Análise de Discurso francesa, fundada por Michel Pêcheux, na década de 60, na França, e trazida por Eni Orlandi, para o Brasil, que busca verificar como os sentidos são produzidos, levando em conta as condições de produção dos discursos e os efeitos de sentido que deles irrompem. Para essa teoria da interpretação, a linguagem não é transparente, logo, todo texto pode ter mais de um sentido.

Em primeiro lugar será relatado um pouco sobre a biografia do grande filósofo Michel Pêcheux e logo em seguida um breve aparato sobre a sua teoria da análise

do Discurso, que mostra o que muitas vezes os textos tentam de forma subliminar trazer, porém não estão escritos de forma clara no que diz respeito ao texto verbal. Fato esse que faz a necessidade de um olhar

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Campus XX, Brumado-BA

² Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Campus XX, Brumado-BA

³ Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Campus XX, Brumado-BA

diferenciado sobre os textos, que muitas vezes tem um posicionamento, seja esse político e teórico e em vários momentos são tendenciosos, o qual mostra o quanto o ser humano pode ser alienado sem muitas vezes nem perceber.

Nos outros capítulos será abordado sobre a espetacularização das tragédias, que é um fenômeno que abarca os diversos tipos de mídia, não sendo uma exclusividade da contemporaneidade. A maior divulgação dos canais de informação possibilitou uma ampliação vertiginosa deste processo, permitindo uma rede comunicativa abrangente, que forma uma unidade de pensamento que, se dominada por um grupo específico, é um elemento de poder capaz de controlar o percurso sócio histórico da humanidade. Esta ação fortalece o poder simbólico da mídia, que se torna um poder paralelo que extrapola os limites legais de garantia de direitos individuais, levando a condenação pública de indivíduos, mesmo que, por vezes, não haja sequer processo legal ou uma apuração verdadeira dos fatos.

Concomitantemente analisaremos manchetes de casos específicos da mídia da cidade de Brumado e através da teoria de Michel Pêcheux, vamos observar o que está dito e o não dito nos escritos e afinal o que está nas entrelinhas, aquilo que não é falado de fato, pois está presente de forma subliminar e qual a intenção de ser publicadas tais notícias.

Ao mesmo tempo em que também será um ponto trabalho, a liberdade de expressão que é constitucionalizada no art. 5º, IX, CRFB/88, determinando que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Esta é uma garantia relevante para a sociedade, sendo um dos fatores para a existência de um modelo de estado democrático de direitos.

Compreendendo que cotidianamente a atuação midiática pode confrontar com direitos individuais, como o direito da personalidade, principalmente no tocante à divulgação de notícias falsa, a pesquisa tem como objetivo analisar notícias de blogs, sites de notícias e programas de rádio da cidade de Brumado, investigando se suas práticas jornalísticas

possibilitam a garantia do direito da personalidade, sendo esses os de imagem e também o da moralidade.

Sendo assim, infere-se que a análise da atuação da mídia, em atenção aos direitos e garantias constitucionais, é de fundamental relevância para compreender como esta ação influencia na formação da opinião pública, bem como os possíveis danos causados aos indivíduos supostamente envolvidos. Esta exposição midiática, marcada por julgamentos antecipados, que afetam não só a sua personalidade e convivência em grupo, mas também o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Logo uma análise do discurso baseado na Teoria de Pêcheux, tem um papel de extrema importância, para que todos comecem a entender e analisar essas notícias de uma forma diferenciada, com um olhar crítico. Este artigo empreende uma investigação epistemológica e lógica sobre a linguagem, filiada à análise do discurso pècheutiana, procurando verificar quais as condições lógicas para a existência da linguagem.

2 Biografia de Michel Pêcheux

Michel Pêcheux nasceu em Tours no ano de 1938 e faleceu na cidade de Paris em 1983. Seus trabalhos foram importantes para compreender o estudo da linguística como materialismo histórico baseado na teoria do discurso. Nesse viés, Pêcheux propõe que a linguagem não funciona como um conjunto de regras formais, mais sim na sua prática, no discurso e este se expressa por meio da ideologia. É sobre o discurso e ideologia que Michel Pêcheux trata na 3ª parte do seu livro, *Semântica e Discurso*, constatando que:

[...] a objetividade ideológica é caracterizada pela estrutura de desigualdade-subordinação do “todo complexo com o dominante” das formações ideológicas de uma formação social dada, estrutura que não é senão a da contradição reprodução/transformação que constitui a luta ideológica de classes (PÊCHEUX, 2009, p.134).

Desse modo, é possível analisar que para Pêcheux as relações ideológicas entre os sujeitos sociais são efetivadas através da subordinação entre as classes dominantes e as minorias segregadas. Em vista disso, é por meio da ideologia que as relações de poder são mantidas, tendo a língua como materialidade específica do discurso.

É importante, pontuar ainda, que o discurso enquanto uma determinada forma de materialidade histórica e linguística conceitua a ideologia como um aparelho composto pelo dito e o não-dito. Assim, o dito caracteriza-se pelo que se transfere em palavras por meio da utilização da língua, enquanto o não-dito é a linguagem implícita, o que se queria dizer, mas não foi falado.

Portanto, é válido perceber na mídia o aparato de ideologias que formam uma específica conjuntura social. Todo o dizer do sujeito já é constituído dessas condições de produção, sendo elas as condições históricas, políticas e sociais. Dessa forma, para Pêcheux, o não-dito é característico dos fatores que contribuem para a expressão do dito, porém, composto pela ideologia implícita, que não é revelada. São as condições sociais que interpelam no sujeito a definição do que seria verdade e é por meio do dito que elas são colocadas.

3 Um novo olhar sobre atuação midiática no município de Brumado Bahia

Pela análise do Discurso, a língua não é vista como estrutura, mas como acontecimento, como o lugar em que a ideologia se materializa. Conforme Orlandi (2007, p.15), a língua faz sentido, porque é “[...] parte do trabalho social geral, constitutivo do homem e de sua história”. Ela é o lugar onde a ideologia se materializa e está sempre sujeita ao equívoco.

Tragédia, essa é a função da mídia Brumadense no que se refere aos sites jornalísticos que expõe o ser humano de forma clara, sem se preocupar com os sentimentos alheios apenas com os lucros, com *likes* e

visualizações que darão retorno financeiro. As notícias de tragédias prendem a atenção das pessoas mais facilmente do que fatos de outras naturezas.

Todavia, é perceptível que a sua atuação não está desconexa com o contexto da espetacularização de tragédias presentes nos canais de comunicação, pois uma simples visita aos sites ou audição de um programa de notícias nas rádios locais permite compreender que a pauta está quase sempre voltada à violência e/ou notícias com cunho dramático acentuado, gerando um misto de informações que muitas vezes gera um número alto de audiência, mesmo não sendo verdade todos os fatos narrados.

A forma com que essas notícias são trazidas mostram que existem dois discursos presentes na linguagem dos noticiários, que é o discurso dito e o não dito.

4 Análise do discurso: caso maria aparecida

No dia 18 de maio de 2019 aconteceu algo que chocou os moradores da cidade de Brumado. A jovem Maria Aparecida Oliveira dos Santos, 22 anos, cometeu o suicídio, jogando-se de um prédio no centro da cidade. Ela morreu no Hospital Professor Magalhães Neto. Maria já chegou em estado grave na unidade de saúde, após ser socorrida pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência. O prédio onde ocorreu a tragédia, fica localizado entre a Travessa Esther Trindade Serra e a Rua Bahia, no centro da cidade de Brumado.

Maria Aparecida Santos era estudante do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XX, em Brumado. Ela também era membro do Grupo Operativo da Ouvidoria Cidadã junto à Defensoria Pública Estadual (DPE).

Minutos após o ocorrido o site Achei Sudoeste postou em suas redes sociais:

 **Achei Sudoeste**
4 min • 

Jovem grávida de 22 anos cai de prédio no centro da cidade de Brumado - <https://bit.ly/2w8Tc9H>



ACHEISUDOESTE.COM.BR
Jovem grávida de 22 anos cai de prédio no centro da cidade de Brumado
Fonte: www.acheisudoeste.com.br

Porém se tratava de uma *Fake News*, que foi espalhada rapidamente e meses após o acontecido, ainda muitos moradores da cidade acreditam que a garota se jogou por causa de uma criança que não queria, ou por culpa de um suposto pai que não iria assumir uma criança que nunca existiu. A publicação foi apagada do site e dez dias depois foi lançada a seguinte imagem:

 **achei**
sudoeste



Brumado: Jovem que morreu ao cair de prédio não estava grávida, aponta laudo médico

🕒 28 Mai 2019 - 13:00h



Fonte: Foto, Lay Amorim/Achei Sudoeste

Juntamente com a imagem o site publicou a nota:

O site Achei Sudoeste vem a público fazer a retratação da nota divulgada no último dia 18 de maio, na qual dizia que a jovem Maria Aparecida Oliveira dos Santos, 22 anos, que havia caído de um prédio localizado no centro da cidade de Brumado e morreu no Hospital Professor Magalhães Neto, estava grávida. Apesar de a nota ter sido retificada em segundos, vários *prints* foram feitos e espalhados nas redes sociais. De acordo com a família, nesta semana, os resultados dos exames foram liberados e a possível gravidez da jovem foi descartada. Maria Aparecida era estudante do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (Uneb), Campus XX, em Brumado, e membro do Grupo Operativo da Ouvidoria Cidadã junto à Defensoria Pública Estadual (DPE). A jovem era natural do município de Urandi.

A mídia tem garantido pela Constituição da República o direito à informação – e, mais que isto, o dever de noticiar tragédias como a que é relatada como exemplo nesse artigo. Fornecer informações de interesse público é uma das suas atribuições. A morte de uma garota de 22 anos, ainda mais nas circunstâncias verificadas e já comprovadas, obviamente, é digna de uma extensa cobertura porque interessa a um expressivo segmento da sociedade, além de ressaltar sobre problemas importantes como depressão, ansiedade e o próprio suicídio. É tênue o limite que separa a informação de interesse público da notícia convertida em espetáculo com objetivos escusos.

No que se refere a manchete, por exemplo, temos o dito que é o fato por exemplo da idade 22 anos ser colocado e repetido, exatamente para que o não dito que é o fato dela ser muito jovem ocorresse isso. Quando são analisadas as imagens escolhidas, nota-se que são mais antigas mostrando ela sempre feliz e se preocupando em chocar, o fato ocorrido com uma moça tão jovem motivos, logo o não dito poderiam ser diversos motivos como, por exemplo, o fato de ela não ter motivos para cometer um ato contra a própria vida, como esse.

Infelizmente, a mídia de Brumado, especialmente dos sites sensacionalistas romperam este limite no caso em análise. Boa parte da

mídia está fazendo a cobertura da tragédia de Maria Cida com o nobre propósito que deveria motivá-la, garantir que casos como este não se repitam, algo possível por meio da divulgação permanente de informações corretas e isentas, fruto de pesquisa e investigação sérias, revelando seu compromisso com a sociedade.

O propósito do discurso analisado na maioria das vezes claramente é outro: converter a tragédia de Cidinha em um grande espetáculo midiático com o objetivo de garantir audiência cativa. De preferência, à custa das lágrimas do público. É o que se chama, em Teoria da Comunicação, de “espetacularização” da notícia, ou seja, a sua conversão em um agente não do bom jornalismo, mas do entretenimento e do cinismo, porque dá a falsa impressão de que o compromisso primeiro desta mídia é com o público, quando o é de fato, acima de tudo, com seus patrocinadores.

Nesta lógica, importa não garantir espaço permanente às famílias da vítima das tragédias, mas oferecer generosa cobertura aos seus dramas apenas durante o curto tempo em que os corpos dos mortos continuarem rendendo manchetes e as atenções do público. Até, portanto, o surgimento de uma nova tragédia que abasteça com sangue fresco a sede por dramas humanos novos dos que chamam isso de jornalismo.

Maria que perdeu sua vida, bem como suas famílias, merece um tratamento bem mais respeitoso e não serem citados como vítimas de uma tragédia para, depois, serem praticamente esquecidos pela poeira do tempo, o que fatalmente irá acontecer semanas após o acontecido. Todas as vítimas de todas as tragédias merecem, aliás, pelo simples fato de que são seres humanos e não objetos descartáveis a serviço de empresários e jornalistas que lançam um olho sob os locais das tragédias e o outro sob os números da audiência.

5 A linha tênue entre a mídia brumadense e os direitos da personalidade

A mídia é um conjunto de tipos diversos de comunicação, que cresce cada vez mais, tendo em vista o avanço tecnológico, ela tem uma função muito importante para a transmissão de informações, contudo muitas vezes seu objetivo é deturpado ao visar somente a publicidade expondo indevidamente as vítimas. Os principais recursos midiáticos da cidade de Brumado são: a Rádio Alternativa FM 97.9, sites de notícias, redes sociais e noticiários televisivos regionais. Quase todas as pessoas tem algum aparelho eletrônico em casa, com a facilidade de acesso à Internet nos dias atuais, as notícias se espalham mais rápido, quer sejam boas ou não.

A imprensa tem o exercício regular do direito (e o dever) de informar, expor os fatos à população, mas até que ponto há o respeito aos direitos personalíssimos? Claudio Godoy diz que no exercício do direito de informar, ocorrem com frequência confrontos com os direitos de personalidade, ocasionados pela veiculação de informações que invadem a esfera íntima da pessoa humana e violam sua honra, imagem e privacidade (GODOY, 2001).

A liberdade de imprensa tem sido questionadas a partir do momento em que expõe pessoas vítimas de acidentes e acusadas de crimes (algumas vezes sem ao menos ter o devido processo legal), violando direitos fundamentais, como ao nome, à imagem, à intimidade, à vida privada e principalmente, à honra. Quanto mais chamativas as manchetes e mais sensacionalistas as notícias, mais audiência terá, o público se interessa em repassar tragédias, sem ao menos pensar nas vítimas e nos sentimentos dos familiares.

No Art. 12 do Código Civil - Lei 10406/02, expressa sobre a tutela dos direitos personalíssimos, assegurando ao ofendido a possibilidade de requerer, para o caso da violação, danos morais.

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (CÓDIGO CIVIL, art. 12, 2002).

Ainda no Código Civil, art. 6º: “A existência da pessoa natural termina com a morte”, contudo nem todos os direitos são eliminados, isto posto, a família da pessoa morta passa a tutelar os direitos da personalidade, já que, mesmo que indiretamente, também foram lesados. Tendo em vista a legislação vigente, não deve existir a má exposição da imagem alheia e excessos, quer seja pela mídia ou pela população que dissemina as notícias.

Com a diversidade de informações, possibilitadas pela internet e os aparelhos eletrônicos que a transmitem, há uma necessidade não só de informar, mas também chamar atenção para o fato a fim de haver uma comoção social. Diante disso observa-se que o crime tem sido espetacularizado e esse poder da mídia pode acabar ultrapassando limites legais de garantia de direitos individuais, no momento em que há condenação pública, ainda que algumas vezes não tenha acontecido o devido processo penal, para Lopes Jr. “O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (2019, p. 99).”

A Constituição Federal no art. 5º, LVII declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. É um princípio constitucional que legitima a não culpabilidade até que haja o devido processo legal. Ainda que a sentença seja condenatória ou não, a dignidade do acusado deve ser preservada, a Lei de Execução Penal art. 41, inciso VIII constitui um dos direitos do preso: “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”, mesmo que seja ao preso provisório, protegendo-lhes o uso inapropriado da imagem na mídia.

6 Direitos da personalidade moral e material

Primeiramente, é válido pontuar que os Direitos da Personalidade são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e, além

disso, assegurados no Código Civil brasileiro de 2002. Nesse sentido, possui como algumas de suas características a intransmissibilidade, a indisponibilidade, são absolutos e vitalícios, como implicitamente abordado e garantido nos artigos 11 ao 21 do CC.

É fundamental ressaltar ainda que, tais direitos são inerentes ao homem e, por conseguinte, buscam proteger a sua imagem, honra e moral, passíveis de violação. Desse modo, configuram-se como direitos meramente exemplificativos em nosso ordenamento jurídico pátrio e, essencialmente, no texto constitucional:

[...] 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: 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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art 5^a, X, 1988).

Nesse viés, é evidente que a imagem é um direito autônomo da personalidade e, sendo assim, ao contrário de algumas características supracitadas, é um direito disponível, pois a imagem da pessoa pode ser vendida, cedida ou renunciada desde que haja a concessão do seu titular a terceiros. No entanto o direito civil a protege quando necessária, especialmente em seu artigo 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. (CÓDIGO CIVIL, art 20, 2002).

Com a utilização dos meios de comunicação as notícias ganham repercussão imediata ao passo que informações, conteúdos e imagens são divulgados, fazendo com que, em muitas vezes, a honra e moral sejam

violados. Todavia, a mídia é resguardada por princípios constitucionais que asseguram a liberdade de comunicação, de informação e a livre manifestação do pensamento previsto no artigo 5, inciso IV “é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato”.

Em seu livro, *Curso de Direito Civil*, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald ressalta que quando ocorre o conflito aparente de princípios, no caso concreto, os direitos da imprensa não podem ser censurados, ao passo que é sempre necessário, também, a obediência ao Princípio da Dignidade Humana:

[...] É dizer: na perspectiva dos direitos fundamentais consagrados pela Carta de 5 de outubro, há uma inidivisa força normativa que impede atentados contra a dignidade da pessoa humana e os interesses sociais coletivos. Por isso, embora a liberdade de imprensa também mereça proteção especial e diferenciada, protegida com o status de direito fundamental e constitucional, não pode o seu exercício ultrapassar o limite bem definido das demais garantias constitucionais. Até porque, como diz o sábio ditado popular, o direito de um termina quando começa o do outro. (FARIAS ROSENVALD, 2017, p.193).

Dessa forma, é evidente que ambas as prerrogativas, liberdade de imprensa e princípio da dignidade humana gozam da proteção constitucional, sendo, quando necessário, o uso da ponderação dos princípios para investigar qual direito possui maior vastidão. Assim, é que nenhum direito cabe ser analisado em caráter absoluto e, conseqüentemente, deve haver o estabelecimento de limites ao direito de informar, aliado a proteção dos direitos da personalidade.

Considerações finais

A atuação midiática na cidade de Brumado é um tanto que abusiva ao se tratar da exposição pública dos envolvidos em uma prática delituosa, quer seja da vítima ou do réu, não assegurando suas garantias constitucionais como os direitos de imagem, de privacidade e, sobretudo

de dignidade. Violando ainda o princípio de Presunção de Inocência encontrado na Constituição Federal, artigo LVII, que consiste em: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, no momento em que uma notícia é disseminada condenando um indivíduo sem ao menos dar início ao processo penal.

Foi necessário fazer um estudo sobre a análise dos efeitos do discurso, relacionando à reprodução de notícias através da mídia local. De acordo com Michel Pêcheux, em sua teoria do dito e do não dito, algumas informações estão implícitas no discurso, contudo possuem significado, sendo assim cabe ao leitor interpretá-las. Contudo os noticiaristas nem sempre utilizam desses recursos de forma positiva. É possível observar esse cenário no município em questão, em que há uma espetacularização do crime a fim de atingir um maior público através dos meios de comunicação.

Através da análise do discurso pechêutiana, foi possível perceber que muitos textos possuem informações implícitas, incluindo notícias presentes no cotidiano, influenciando quer seja de forma direta, ou não os leitores. A mídia tem um papel imprescindível na formação da opinião pública, mas a sua atribuição é corrompida a partir do momento em que o discurso não-dito tende a alienar a população.

Destarte é notório o interesse das pessoas em compartilhar notícias ruins por algum motivo, talvez seja para confirmar a ideia de que a segurança pública é defeituosa ou que os indivíduos tem tendência a prejudicar o próximo por meio de práticas delituosas.

O exagero na exposição de uma notícia através da comunicação em massa é um impasse, presente tanto em capitais, quanto em cidades menores, a exemplo de Brumado, em que a disseminação ocorre rapidamente, tendo em vista o número de moradores. O caso citado no presente artigo, da jovem Maria Aparecida, é um exemplo claro de manchetes com o objetivo de chamar mais atenção e, conseqüentemente uma propagação imediata por meio dos leitores.

Considerando que a tecnologia está presente na vida de quase todas as pessoas na atualidade e que existem diversos conteúdos na internet, a mídia além de somente informar, também deseja prender a atenção dos espectadores. Todavia, esse novo objetivo é temerário, pois afeta diretamente os direitos e garantias constitucionais dos envolvidos nas notícias e indiretamente, a formação da opinião pública.

Mediante os fatos expostos, fica evidente que são necessárias mudanças em relação à atuação da mídia no município de Brumado, como também sociedade em geral. A imprensa tem o dever de publicar informações relevantes ao Estado e à sociedade, contudo deve analisar as possíveis consequências para os envolvidos e o impacto na sociedade. As limitações legais devem ser respeitadas na prática do direito e dever de informar.

A liberdade de expressão não é absoluta, esta pode ser limitada para preservar os direitos da personalidade, como: a intimidade, a vida privada, a honra e a intimidade das pessoas, são direitos preservados pela Constituição Federal, como foi exposto no presente artigo. Quanto ao objeto de pesquisa utilizado, conclui-se que a atuação da mídia é de suma importância para a sociedade. Todavia, qualquer forma de sensacionalismo e exposição indevida dos abrangidos ou a família deve ser vedada, já que ultrapassa o objetivo de informar e passa a ter em vista visibilidade e até mesmo, lucro.

Referências

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *1a edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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 05 de setembro de 2019.

CARVALHO, Gustavo Arthur. KANFFER, Gustavo Guilherme. **O tratamento jurídico das notícias falsas(fake News)**. 2018.

Corte IDH. OC-5/85. Parecer consultivo de 13-11-1985 sobre o registro profissional obrigatório de jornalistas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.doc. > Acesso em: 09 maio 2019.

FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: a personalidade jurídica e os direitos da personalidade**. 15. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2017.

GODOY, Claudio L. B. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso: discurso e ideologia(s)**. Campinas, SP, 2009.

SILVA, Obdália. **Os ditos e os não-ditos do discurso: movimentos de sentidos por entre os implícitos da linguagem**. Salvador, BA, 2008.

STOLZ, Sheila. **Ordem do discurso e suas relações com o poder: vertigem e quebra de certezas**. Rio grande do Sul, 2008.

ORLANDI, Eni P. **Michel Pêcheux e a Análise de Discurso**. Campinas, SP, 2005.

O interrogatório judicial como instrumento de análise da argumentação do réu e das autoridades judiciárias

*Marilza Pires Correia Silva*¹

*Vanderléia Marçal Teixeira*²

1. Introdução

Para Chaïm Perelman, o mínimo indispensável à argumentação lhe parece ser a existência de uma linguagem em comum ou pelo menos de uma técnica que possibilite a comunicação, nesse sentido, é importante analisar como se dá o processo argumentativo daquele que ocupa o lugar de réu, por hora, confundido como “lugar de bandido”, sua desenvoltura perante o auditório³ e as autoridades judiciárias, os possíveis fatores que invalidam sua tentativa de persuasão.

Ouvir alguém é mostrar-se disposto a tentar compreendê-lo e aceitar-lhe, eventualmente, seu ponto de vista, dessa forma, é importante perguntar como se dá na prática o ato de argumentar das autoridades judiciárias perante o imputado? E vice-versa. E assim, quais os fatores que poderão interferir no processo de indagação do réu no momento do interrogatório.

¹ Acadêmica do segundo período do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia- UNEB, Campus XX.Brumado-Ba. E-mail: marilzapcs@gmail.com

² Acadêmica do segundo período do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia- UNEB, Campus XX.Brumado-Ba. E-mail: leiamarcalo49@gmail.com

³ Cabe salientar que Chaïm Perelman entende o significado mais didático da palavra auditório como o conjunto daqueles que o orador pretende influenciar com sua argumentação. (P. 22)

Interrogatório vem do latim “*interrogatorius*”, significa indagar, perguntar, arguir. Se configura como ato processual que confere oportunidade ao acusado de dirigir-se diretamente ao juiz, ou ao delegado de polícia, se na fase inicial do processo penal, apresentando sua versão dos fatos que lhe são imputados, assumindo sua culpa, ou, até mesmo, permanecendo em silêncio, de acordo com o princípio da não autoincriminação, “*nemo tenetur se detegere*”⁴.

Posto isto, este artigo tratará de analisar as técnicas da nova retórica dentro do instituto do interrogatório, o poder que as autoridades venham a exercer ao aderir a elas e se quando se transforma em um embate argumentativo pautado em estereótipos do que venha a ser o réu, poderá cercear seu direito de ampla defesa⁵, para tanto, será importante explorar os conceitos e explicações feitas por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca na obra intitulada como, “Tratado da Argumentação: a Nova Retórica”⁶ e também sua outra obra não menos importante, “Lógica Jurídica”⁷.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica abordada através do método hipotético-dedutivo que se divide em capítulos. No segundo capítulo serão tecidas considerações acerca de Perelman e sua teoria da argumentação, no terceiro será exposta a problemática central vista a luz do documentário “Juízo” que se torna instrumento essencial para o desenvolvimento dos conceitos de Perelman trazidos para o ato do interrogatório, o quarto delineará alguns pilares importantes do embate argumentativo que envolve o problema e discutirá a luz dos conhecimentos e contribuições deixadas por Perelman, bem como por outros autores que serão apresentados com caráter subsidiário.

⁴ Expresso no artigo 180, parágrafo único do Código de Processo Penal.

⁵ Tem base legal no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 que garante ao acusado direito à autodefesa e a defesa técnica que deverá ser exercida por um profissional habilitado segundo as normas vigentes no país.

⁶ Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título “*Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique*” por Éditions de l’Université de Bruxelles, em 1958, e traduzida por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, em 2005, pela editora Martins Fontes.

⁷ Esta obra foi publicada originalmente em francês com o título “*Logique Juridique*” por Éditions Dalloz, em 1979, e traduzida por Vergínia K. Pupi, em 2004, pela editora Martins Fontes.

2. A teoria da argumentação de Perelman

Este capítulo trará algumas informações biografias do autor-guia, bem como, algumas considerações importantes de suas duas obras base, para um melhor entendimento dos capítulos posteriores.

2.1 Biografia e vida de Chaïm Perelman

Chaïm Perelman nasceu em 1912 na Polônia, mas passou sua infância e teve suas maiores conquistas na Bélgica, onde se formou em Direito e Filosofia na l'Université de Bruxelles, Foi professor e um dedicado pesquisador da retórica juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca (1900-1987) sua assistente de pesquisa e grande amiga a quem dialogava constantemente na construção de seu estudo, e foi com ela que desenvolveu a obra “Tratado da Argumentação”, considerada uma das mais importantes de sua trajetória pelo reconhecimento que obteve ao inovar a ideia da retórica de Aristóteles. Adquiriu seu primeiro título de doutorado em 1934, e o segundo em 1938, após apresentar sua tese sobre Gottlob Frege, reconhecido filósofo, matemático e lógico alemão.

O site Blogia (2008) aduz que no início de sua carreira como pesquisador, muito se interessava pelo positivismo lógico, mas foi aos poucos abandonando seu posicionamento em favor das filosofias regressivas que desenvolviam estudos aprofundados sobre juízos valorativos, culminando em 1944, em um estudo sobre justiça, *De la Justice*⁸.

Ainda, em 1962, como professor temporário da *Pennsylvania State University* publicou muitos de seus trabalhos na, até então, influente revista *Philosophy and Rhetoric* que abriu portas para receber seu título de teórico da argumentação nos Estados Unidos. Outra grande conquista

⁸ “Sobre a Justiça”, publicada em 1945, Perelman busca eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, pois os juízos de valor recairiam fora do campo do racional.

se deu em 1983, quando recebeu baronia pelo parlamento belga em reconhecimentos às suas obras. Perelman faleceu em 1984, na Bélgica, de ataque cardíaco.

2.2 Tratado da Argumentação: A Nova Retórica e Lógica jurídica

Em *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*, Perelman traz abordagens sobre a ideia aristotélica de dialética; arte da discussão, e retórica; arte da persuasão. Chiaradia ([2012?]) aduz que a proposta da Nova Retórica é reestruturar o pensamento jurídico desvinculando-o do pensamento positivista e demonstrar que o interprete/aplicador das leis ao proferir sua decisão não pode ater-se simplesmente à literalidade da norma, como queria a Escola da Exegese, pois deverá pensar nos fatos como situações que podem caber juízos de valor.

A retórica é a arte do discurso, para Perelman, seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que buscam aumentar ou intensificar o assentimento do auditório às teses, a adesão dos espíritos. Seria uma forma de persuadir. E cabe salientar que o autor discrimina “persuadir” de “convencer”, pois, persuade-se um auditório quando se apela a suas características mais íntimas, convence-se a partir de argumentos racionais aceitos universalmente.

Chaïm e Tyteca (2005) diferenciam três tipos de auditórios: o auditório universal, formado por homens adultos e normais; o auditório formado na repercussão do discurso do orador a quem se dirige e o auditório construído pelo próprio sujeito na relação íntima com si mesmo (ambos formam o auditório particular).

Perelman divide também três grupos de argumentos: argumentos quase-lógicos, argumentos baseados na estrutura do real e, por último, os argumentos que fundam a estrutura do real. Os argumentos quase-lógicos nascem da ideia de princípios lógicos, que buscam se assemelhar aos princípios matemáticos. “Já os argumentos baseados na estrutura do real nascem a partir daquilo que o auditório acredita ser o real. Por fim,

temos os argumentos que fundam a estrutura do real, estes que atuam por inferência [...]” (CHIARADIA, [2012?])

Em *Lógica Jurídica*, o raciocínio jurídico difere dos demais “por ser uma lógica dialética e argumentativa, não bastando à demonstração, devendo o juiz ter uma visão estrita de cada caso concreto para aplicar a solução mais razoável e a mais justa.” (CHIARADIA, [2012?]). Para o direito é necessário que tenha uma fundamentação, pois, direito não se chega na solução como a matemática, o juiz terá que fundamentar criticamente suas premissas para em suas razões, demonstrar os motivos adotados em uma decisão jurídica, afastando o argumento *apagógico*, também reconhecido como redução ao absurdo.

Ainda debruçando sobre o pensamento peralmaniano, tem-se a distinção entre algumas formas argumentativas para a análise e fundamentação do caso concreto pelo juiz, as principais são os argumentos *a fortiori*, *argumentum a simili* e o *argumentum a contrario*. O argumento *a fortiori* prega que a razão utilizada para resolução de um caso anterior será utilizado com força ainda maior no atual, no argumento *a simili* ou por analogia, deverá existir uma semelhança suficiente para que a ideia que serviu de base ao primeiro sujeito seja usada e legítima também aos demais. “Enquanto, o argumento *a contrario* é um procedimento discursivo segundo o qual, dada uma proposição jurídica, deve-se excluir a validade de uma proposição jurídica que dela seja diferente.” (CARNEIRO, 2014)

Contudo, este estudo atentar-se-á às questões atinentes a que couber as discussões abordadas, ora exaltando o perfil de jurista do autor-guia ora reconhecendo seu lado filosófico e pedagógico.

3. A nova retórica no instituto do interrogatório

Durante a história, mais específico na idade medieval, com o sistema de inquisição, tem-se o interrogatório como instrumento de ônus processual, contudo, no século XIV reformas feitas em Portugal por Dom

Pedro I, e Dom João I; na França, em 1935 e, na Alemanha, em 1532 retornavam ao sistema acusatório, que se diferencia do dantes mencionado por não exercer monopólio das funções de acusar, defender e julgar. Porém as maiores transformações se deram no século XVIII, com o advento dos ideais iluministas e liberais que centravam os direitos do indivíduo no direito penal processual, passando o interrogatório a ser meio de defesa, embora ainda haja discussões a respeito, a doutrina majoritária hodiernamente adota a visão mista, argumentando que mesmo sendo elemento de defesa, em segundo plano ainda poderá se constituir como meio de prova, aduz em sua obra “Lógica jurídica”,

Estudando a história da prova judiciária, notaremos que no ocidente, até o Concílio de Latrão (1215) e, às vezes, mesmo mais tarde, a prova dos fatos e mesmo a prova da justiça de uma causa era fornecida pelas ordálias, consideradas o julgamento de Deus. Quem triunfasse em um duelo, na prova da água, do fogo ou de qualquer outro meio admitido, provava assim que Deus o designara como aquele que dizia a verdade, que defendia uma causa justa. (PERELMAN, 2004, p. 35)

Hodiernamente, sabe-se que os ordenamentos jurídicos ocidentais não aceitam mais as ordálias ou qualquer outro meio de prova que possam irromper das manifestações de figuras religiosas ou crenças particulares de uma sociedade, pois deflagraria em confronto ao positivismo jurídico. Mas o direito não perdeu seu caráter pelo qual busca-se manter a ordem e a paz entre os membros de uma sociedade, seria, pois, um meio de controle social sob a premissa da manutenção da justiça e da coesão, e para isso deverá se portar de modo adaptativo ao meio social, sobre isso pondera

Como o direito tem função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social, que a sociedade do direito adquire, em nossa concepção do direito, uma importância crescente. [...] Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitraria da

vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não imposto por coação. (PERELMAN, 1979, p. 241)

Perelman analisa a confluência entre o direito e o meio social, a implicação de um sobre o outro em uma relação de influência direta. Nesse sentido, a arguição do réu no instituto do interrogatório também se constitui um momento de manifestação da relação entre o direito e a sociedade, contudo, levam-se em consideração não os fatores sociais que levaram aquele indivíduo a corromper o sistema coeso que prega o direito, como talvez pudesse se pensar, mas sim os preconceitos pela sociedade disseminados, e que afetam o seu discurso no momento do interrogatório, de que o banco do réu é um caminho sem volta, o discurso daquele que nele esteja assentado não carece de muita atenção, não possuem técnicas, são balbucios de um desviante que como qualquer outro iria afirmar-se inocente, pois, acredita Perelman que a reputação do orador pode garantir o sucesso ou o insucesso do discurso que profere.

A aplicação desses preconceitos pelas autoridades em seus lugares de fala, no entanto, se manifestam de forma velada, sob o pretexto de que todos são iguais perante a lei e que a aplicação do princípio da presunção da inocência rege todo o processo até culminar na decisão.

O Ministério Público, em um tribunal, no atributo de suas funções⁹, ao acusar, se apodera da arte da retórica para provocar ou aumentar a adesão do auditório mais importante, o corpo de júri, às teses apresentadas em seu discurso, (assim também fazem os advogados e defensores), porém, deverá este se revestir de imparcialidade como fiscalizador daquilo que é mais justo. No entanto, sua retórica apurada poderá se tornar uma espécie de “armadilha” àquele que pesa a acusação, uma vez que dentro de suas convicções e se valendo de técnicas argumentativas poderá descaracterizar a face também defensiva do instituto do interrogatório para tornar mais visível seu caráter acusatório.

⁹ Importante lembrar que este também poderá defender o réu, sendo um órgão fiscalizador e mantenedor da justiça.

Nesse sentido, é importante que no momento da arguição o juiz e as demais autoridades adotem uma linguagem clara e objetiva. As perguntas deverão ser precisas, unívocas e não complexas a fim de que as respostas sejam produto espontâneo da vontade do imputado afastando possíveis ambiguidades e contradições que venham induzir o réu a produzir provas contra si mesmo.

4. O poder simbólico das autoridades no momento da arguição

Analisando os possíveis fatores que poderão invalidar a tentativa de persuasão daquele que é pesado às acusações pode se destacar o poder simbólico que as autoridades trazem em si, pela padronização que a sociedade lhes imputa, como os defensores da justiça, os que defendem o certo em detrimento ao errado, os que possuem a bandeira de um argumento *a fortiori*, com muito mais razão.

O momento do interrogatório constitui-se num dos momentos mais marcantes do rito Processual [...] o conflito entre as duas posições, ainda que velado, é permanente, mas o interrogatório é um momento de confronto em que se evidencia esse conflito, quando não há mais como desconhecê-lo, porque, teoricamente, as duas partes estão frente a frente e contempladas com a palavra – uma com a pergunta e a outra com a resposta. [...] estabelece-se uma relação assimétrica entre os sujeitos, sustentada na posição que cada um ocupa e, neste caso, não se permite inversão, ou seja, não é dado ao réu o direito de perguntar. Inverossímil seria a situação de o réu questionar, quando lhe é concedida a palavra, as práticas judiciais e o procedimento do juiz, porque os lugares estão claramente demarcados e assimilados. (DRESCH, 2007, p. 113)

Sobre isso, o documentário “Juízo”¹⁰ (2007) mostra o caráter simbólico das autoridades em seus lugares de fala na figura da juíza

¹⁰ Mister ponderar que se trata de uma obra em que os adolescentes foram substituídos por atores que vivem em situação semelhante, mas tentou-se reproduzir de forma fidedigna o comportamento da juíza em seu cotidiano, inclusive, a própria aduz em um bate papo realizado pela UOL, disponível em: <http://tc.batepapo.uol.com.br/convidados/arquivo/cinema/juiza-e-maria-augusta-ramos-diretora-de-juizo-conversam-sobre-documentario.jhtm>, a seguinte mensagem: “[...] Eu faço audiência exatamente daquele jeito. Não

Luciana Fiala, uma mulher enérgica que assume um discurso moralista e imparcial pelos constantes “puxões de orelha” que defere aos menores infratores, sob a baila de uma linguagem considerada intimidadora nas audiências da II Vara de Justiça do Rio de Janeiro. Em uma das passagens do filme, um garoto relata sua justificativa ao ser “grampeado” na rua tempos depois de fugir do Instituto Padre Severino, no mesmo dia em que teria sido concedida sua liberdade, mas durante a audiência não havia compreendido o significado da sigla LA (liberdade assistida) proferida pela juíza. Ao ser indagado sobre os motivos que o levaram a fugir e se seria sua primeira passagem por aquela infração, ele responde:

“Não, Senhor, só tinha essa passagem, por que... aí, o que acontece, eu tenho um filho de um ano e dois meses, então o que acontece aí os muleque falaram, pô olha só tua mulher e teu filho tá passando dificuldade de comer, porque minha mãe mora em barraco, então o quê que acontece, não tem condições de sustentar minha mulher e minha filho, meu filho... quê que acontece, aí eu não sei o quê que é LA, porque eu estudei até a terceira série, então eu não sei o quê que é LA, então o que acontece, eu fugi, por que já estava estourado o muro...”(JUIZO, 2007)

A juíza responde,

“Tu tá perdido, no tempo e no espaço, malandro. Tu abre teu olho, que agora tu vai cair numa vara criminal por qualquer besteira que tu faça, e não fica arrumando filho com vinte ano não, sendo engraxate nem é profissão, não vem com esse negócio de arrumar filho não.” (JUIZO, 2007)

Luciana, em seu lugar de ordem, adota o que Perelman chamaria de uma linguagem adaptada ao auditório, quando abre mão da linguagem técnico-jurídica para se tornar mais compreensível para aquele que a escuta. Contudo, do outro lado as técnicas argumentativas do adolescente em seu auditório particular durante a oitiva, nem um pouco se aproximam das empregadas pela juíza, virando motivo de escárnio. É

sou atriz e nem quero ser, sou juíza e quero continuar assim. Ali é o meu jeito de ser, são broncas em que me sinto na obrigação de dar. Às vezes tenho que fazer o papel de mãe porque falta tudo, limites, por exemplo. (Luciana)”

perceptível durante todo o filme um grande distanciamento entre as autoridades e os jovens infratores, sobretudo, na forma que se desenvolve a comunicação.

No entanto, ao mostrar os atores em cena, ela nos faz ver no mesmo ato, o absurdo exposto no brutal abismo entre os operadores da justiça e os adolescentes. Abismo de códigos, de linguagem, de mundos que não se comunicam, ou melhor, que só se encontram sob a lógica punitiva que comanda toda encenação. (TELLES, V.S., 2007)

Luciana Fiala recorre constantemente ao *Argumento ad hominem* ou dirigido aos homens. O argumento busca mais a crítica dirigida à pessoa do que argumenta pelos recorrentes “puxões de orelha” que ela profere aos adolescentes durante a audiência, mas que ainda assim surte efeito, perceptível pelo ato de silêncio que a mesma impõe ao acusado, ao Ministério Público e a Defensoria.

Isso, pois, destaca a sua condição simbólica sobre os demais lugares de fala, já que o poder simbólico é transmitido pela linguagem, principalmente verbal, e segundo Bourdieu (1989, p.8) “é com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. É essa crença no discurso das autoridades que Bourdieu diz fazer com que o poder simbólico tenha de fato poder, seja importante e se faça imposto, “o que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daqueles que as pronuncia” (1989, p. 15) e que causa o silêncio, o medo expresso no documentário.

5. O embate argumentativo e a disseminação de estereótipos

Para o ordenamento jurídico, o interrogatório deve observar os princípios da *ampla defesa*¹¹ e do *in dubio pro reu*¹², sendo também um

¹¹ O Princípio da ampla defesa encontra-se positivado no art. 5º, LV da constituição federal

ato de defesa, enquanto, as observações linguísticas desse tendem a avaliá-lo como desigual, onde se trava um embate argumentativo através de perguntas e respostas, que tendem a imputar ao acusado um lugar marcado: o de criminoso ou bandido.

As audiências que ocorrem no judiciário podem ser caracterizadas como um lugar privilegiado de confronto discursivo; são o lugar do embate, da disputa, onde os sujeitos colocados em cena, partindo de diferentes posições, atualizam confrontos históricos próprios de sociedades de orientação capitalista – ricos e pobres, cultos e analfabetos, brancos e negros, etc. Eles expõem, muitas vezes de forma cruel, as diferenças existentes entres os iguais, nas quais, a tensão social se materializa e ser culpado ou inocente é, antes, uma questão discursiva. (DRESCH, M., 2007, p. 21)

Esse embate argumentativo pautado pelo preceito que ninguém será considerado culpado até o transitório em julgado da sentença condenatória¹³, embora tenha significado um grande avanço para o Direito Penal, parece não surtir muito efeito a ponto de conseguir desconstituir o lugar enunciativo do qual o réu faz parte. Visto que, inúmeras crenças sociais, estereótipos, tendem a influir durante seu processo argumentativo, e é contra essa corrente que ele buscar empreender seus esforços argumentativos, tende a recorrer a um discurso pautado na emoção, ou seja, se concentra na arte retórica da persuasão, perceptível durante a fala do adolescente ouvido no documentário, “Juízo”, quando tenta trazer à tona a ideia de alguém que tem filhos pra sustentar, precisa estar livre para trabalhar, e assim refutar a ideia de “Vagabundo” que acompanha aquele que se assenta no banco do réu por acusação de roubo e furto.

É a consciência de pertencimento a esse lugar ideologicamente marcado que produz o discurso de resistência [...]. Nessa disputa, o sujeito-réu trabalha na tentativa de cerceamento do discurso, de controle sobre a interpretação,

¹² In dubio pro reo é uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, a favor do réu

¹³ Uma das mais importantes garantias constitucionais, pautada no art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal de 1988, que visa à tutela da liberdade pessoal.

propondo sentidos que o retirem da desconfortável posição de réu. O funcionamento da repetição atua no mesmo sentido, já que a força da resistência fundada na negação reiterada, repetida, acaba por construir e reafirmar esse efeito. (DRESCH, 2007, p.162)

E pelos reiterados casos e afirmações de inocência, criam-se, *clichês*, que segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, os *clichês*, usualmente expressos em máximas e provérbios e que abrangem figuras repetitivas e estereotipadas, também são apresentados como ilustração e condensam os saberes do grupo e os meios eficazes de promovê-los, servindo muitas vezes de premissas para o desenvolvimento de raciocínios, nesse caso, é meio pelo qual nasce a premissa de tudo que o réu diz, é apenas para esconder sua real culpa e relutar sua condição de inocente.

É importante salientar, que esse estudo buscou voltar o olhar para algumas questões que permeiam o contexto no momento da arguição sem, no entanto, aprofundar-se e nem entrar no mérito das questões atinentes a defesa das possíveis condutas ilícitas praticadas por aqueles que venham assentar o banco do réu. Não se trata do objeto desse estudo, nem se esgota aqui a problemática, mas como diria Albert Einstein, “*O importante é não parar de questionar. A curiosidade tem sua própria razão de existir*”.

Considerações finais

Se para Chaïm Perelman lhe pareceu ser o mínimo essencial à argumentação a existência de uma linguagem em comum, ou pelo menos de uma técnica que a possibilite, para nós, no entanto, durante esse estudo e na análise do filme “Juízo”, foi possível evidenciar que, além disso, outros fatores tendem a impedir/dificultar que a argumentação do réu se desenvolva, se faça ouvida, convença os espíritos e provoque a adesão às suas teses, sendo estes simbólicos e sociais. Ainda que a adesão não seja impossível, a adequação de seu discurso ao auditório será a tarefa mais difícil, pois, tendo seu lugar predisposto por estereótipos

sociais, padronizado como “lugar de bandido”, estando sobre a descrença do velho clichê do “sou inocente”, e sob o poder simbólico que as autoridades judiciárias exercem e, ainda, carregando em seu lugar de fala o peso de ser o representante do crime em confronto àqueles que pregam a justiça, a manutenção da paz e da coesão social, seu discurso será, no mínimo, perturbador e passível de ser visto como um pseudo-argumento a sombra do que realmente se configuraria como os fatos verídicos de determinada situação.

As dificuldades de ir a campo e ter acesso a informações concretas do momento da arguição impossibilitou que ampliássemos este estudo, tendo que nos ater somente ao método bibliográfico e audiovisual. Contudo, foi possível atingir o objetivo que nos propusemos, a priori, ao concluirmos que o ato de argumentar perante o imputado e vice versa, se dá sob uma relação assimétrica, imutável e incambiável, estabelecida sobre estereótipos disseminados pelo meio social e que no momento da arguição influencia de forma velada no mover do processo penal. Dessa forma, seria interessante ampliar o estudo para seara concreta e com dados significativos e abrangentes da realidade fática visando abarcar com maior clareza e riqueza de exemplos a relação entre a arte da retórica e a disseminação de estereótipos dentro do instituto do interrogatório judicial.

Referências

- BLOGIA. Chaim Perelman: Biografia. 2008. Disponível em: <http://chaimperelman.blogia.com>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- BONINI, S. M. P. **Argumentação jurídica**, reflexões sobre a lógica argumentativa do discurso jurídico. **CiFEFiL**, Rio de Janeiro, 2009, p.56.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro, 1989, p.8, 15.
- CARNEIRO, Maria Francisca. **Argumentação jurídica: área de expansão e retração das controvérsias**, 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos>. Acesso em: 16 set. 2019

CHIARADIA, G. A. S. **A nova retórica e os valores em Chaïm Perelman**, [2012?].

Disponível em: <http://arcos.gov.br> . Acesso em: 16 set. 2019

DRESCH, Márcia. **A voz que incomoda**- um estudo sobre o discurso do réu. Porto Alegre, UFRGS, 2007. P. 21, 113.

JÚZO. Direção de Maria Augusta Ramos. Brasil, 2007. Produção Diler Trindade 2007. DVD. (gomin) colorido.

MACEDO JUNIOR, F. L. **Interrogatório**- um ato de defesa, um embate, ou o lugar do bandido? Jus Brasil, 2015.

MARINHO, Ronaldo Ferreira. **O Interrogatório no processo penal brasileiro**. Revista de Direito, Valinhos/SP, v.13, n.17, 2010.

NAVARRO, Luize Stoeterau. **A teoria da argumentação de Chaïm Perelman**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br> . Acesso em : 19 ago. 2019

NIEDZIELUK, Luzinete Carpin. **Working papers em linguística**, UFSC, n.4, 2000.

PANTALEÃO, Leonardo. **A natureza híbrida do interrogatório judicial e a atuação do Ministério Público**: Conflitos ideológicos e práticos. 2018. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br> . Acesso em: 04 set. 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Martins Fontes. São Paulo, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a Nova Retórica. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Jéssica Ferreira. **Filme Juízo**: As fronteiras entre o real e o ficcional nos documentários. Intratextos, Rio de Janeiro, 2012.

Psicopatia e loucura: uma visão foucaultiana com enfoque nas significâncias comportamentais

*Valderlúcia Fernandes Rodrigues Noronha*¹

*Ana Letícia dos Santos Gomes*²

*Jônitas Oliveira Silva*³

1 Introdução

Não raro se discute sobre a psicopatia, principalmente quando ocorrem crimes cruéis, logo o autor destes delitos é nomeado erroneamente como um psicopata, uma vez que a psicopatia é considerada uma doença mais ampla e grave e de difícil tratamento, sendo mais rara. Assim depreende-se que ao psicopata falta uma das estruturas do cérebro responsável pela emoção, sentimento, por isto são capazes de atrocidades enormes (QUINTANS,2018).

Durante muito tempo as pessoas que tinham transtornos mentais, especificamente eram deixadas a mercê do seu destino, experimentavam a face mais escura da exclusão, pois eram expulsos de suas cidades, tirados de seus lugares e jogados a própria sorte, não tinham seus direitos de sujeito se quer enxergado.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Bahia

² Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Bahia

³ Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Bahia

O século XIX foi marcado como sendo o século dos manicômios, neste contexto surge a pioneira revolução psiquiátrica, logo após a loucura ser vista como uma doença mental é que surgem as casas de internamentos e a loucura vai sendo estudada, apesar das péssimas condições subumanas a que eram submetidos. Michel Foucault em sua obra “História da Loucura” vai trazer à tona as crueldades e a exclusão vivenciada por aqueles acometidos por insanidades. No seu discurso o autor sinaliza que há por trás destes fatos históricos, uma tipificação dos sujeitos como isto ou aquilo, relações de poder sempre se faz presente em discursos contra as minorias sociais, no interior de cada discurso, ou num tempo anterior a ele, se pode encontrar oculta a verdade.

Em virtude disso é elementar que haja compreensão do que seja a loucura e qual semelhança apresentada entre esta e a psicopatia, já que este universo ainda possui muitas nuances a serem esclarecidas assim, a partir da visão foucaultiana procurou-se investigar qual a relação existente entre a psicopatia e a loucura?

Dessa maneira o estudo tem como objetivo geral discutir a “História da Loucura” por meio da obra de Foucault, bem como compreender a psicopatia e suas características; analisar o discurso apresentado pelo autor correlacionando loucura à psicopatia.

A relevância deste tema: “psicopatia e loucura: uma visão foucaultiana com enfoque nas significâncias comportamentais” dar-se-à pela necessidade de conhecer as particularidades da loucura, entendida como a falta de consciência humana sobre os seus atos, a fim de avançar no que tange ao melhor atendimento e acolhimento destes sujeitos, assim como entender a relação do comportamento cruel do psicopata na sociedade buscando possíveis entendimentos sobre a temática.

Em face da complexidade do tema faz-se necessário um aprofundamento no estudo das relações entre o comportamento humano loucura e psicopatia. Ressaltando a tendência que psicopatas têm de cometer crimes de extrema violência, imotivadamente.

A pesquisa tem caracteres bibliográficos, por ser baseada em livros, artigos e entrevistas que constituem subsídios para a coleta e análise de dados, apresentando as discussões de estudiosos como Michel Foucault e o psiquiatra forense Guido Palomba e as suas contribuições para o cerne deste tema.

O texto foi estruturado em seções. A primeira seção trata-se da biografia do autor Michel Foucault; a segunda conceitua a psicopatia, logo após a psicopatia na visão do Psiquiatra forense Guido Palomba; na seção 3.2 aborda a psicopatia a luz da criminologia e por fim na última seção a análise da obra História da Loucura de Michel Foucault.

2. A história da loucura em Foucault e a psicopatia

Foucault apresenta em sua obra, como a loucura foi entendida no decorrer dos séculos, a exclusão social vivenciada pelos que apresentavam alguns desvios no comportamento, assinalando inclusive, implicitamente a segregação experimentada pelas minorias que demonstrasse quaisquer desvios de conduta em desconformidade ao esperado pela sociedade da época. Deste modo não haviam critérios de seletividade, tratamento, assistência e respeito com estes sujeitos; antissociais, indivíduos sem nenhuma anormalidade; psicopatas, mulheres, homens eram postos num mesmo ambiente sem nenhum respeito as suas particularidades e limitações. Assim só ganharam visibilidade ao entenderem que estes indivíduos poderiam serem utilizados como mão de obra para a sociedade.

2.1 Biografia de Michel Foucault ⁴

Michel Paul Foucault nasceu em Poitiers, França, no dia 15 de outubro de 1926. Foi um filósofo que exerceu grande influência sobre os intelectuais contemporâneos, formou em filosofia e psicologia. Apesar de

⁴ Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/bio2.pdf> Acesso em 05 de set.de 2019

ser considerado um pós- modernista, preferia se apresentar como crítico da modernidade. As teorias de Foucault influenciaram acadêmicos da área da Sociologia, das teorias literária, crítica e comunicação.

Foucault tentou suicídio e o pai o leva ao hospital Sainte-Anne, o encontro com a instituição psiquiátrica será decisivo em sua vida, pois mais tarde voltou por muitas vezes ao hospital como estudante de psiquiatria e depois como professor desta disciplina. É inegável, a estreita relação que há entre a escolha dos temas de suas primeiras obras; Doença mental e psicologia (1954) e História da loucura (1961) e essa vivência da linha cinza que separa a loucura da racionalidade”.

Além disso, contribuiu para o trabalho de grupos ativistas, na luta contra o racismo, reforma penal e direitos humanos. Apesar do temperamento irônico e sarcástico Foucault atuou como diplomata cultural, lecionou nas Universidades de Clermont-Ferrand e mais tarde em Tunis. Ademais disso dirigiu o departamento de filosofia da nova universidade experimental de Paris.

Suas principais Obras de foram: Doença Mental e Psicologia (1954), História da Loucura na Era Clássica (1961), O Nascimento da Clínica (1963), As Palavras e as Coisas (1966), Vigiar e Punir (1975) e História da Sexualidade (1984). Suas teorias abordam principalmente a relação entre o poder e o conhecimento, e como elas são usadas com o objetivo de controle social através das instituições.

Em 1961, Michel Foucault defendeu sua tese de doutorado na Sorbonne com “História da Loucura na Era Clássica”, na qual analisa a maneira como era tratada a loucura no século XVII. Nesta obra, ele aborda o sistema de normas fundamentais que regem a sociedade e os princípios de exclusão pelos quais se diferenciam os indivíduos “normais” e os “anormais”, ainda criticava a psiquiatria e psicanálise tradicionais, tido como instrumentos de controle e dominação ideológica.

Em 1971 Foucault assume a cadeira de Jean Hyppolite na disciplina História dos Sistemas de Pensamento, já em sua aula inaugural ele utiliza a famosa Ordem do Discurso.

Michel Foucault demonstrou interesse para a questão do “poder”, e no livro “Vigiar e Punir” (1975), fez uma análise do sistema prisional, abolindo a tortura, sugerindo a prisão como um modelo punitivo. Dedicou seus últimos anos à redação da obra “História da Sexualidade”, onde faz uma funda investigação do exercício do poder sobre a sociedade, publicando apenas os dois primeiros volumes.

Foucault morreu em Paris, França, em consequência das complicações da AIDS, no dia 26 de junho de 1984. Foi a primeira figura pública a morrer da doença na França. Seu parceiro Daniel Defert fundou uma instituição de caridade para doentes de AIDS, em sua memória.

2.2 Conceito de psicopatia

O psicopata é uma figura intrigante comumente apresentado em produções cinematográficas, sempre retratado como indivíduo insano e desprovido de sentimentos empáticos.

Na visão do (DSM) *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (2002) a personalidade de um psicopata estaria associada à chamada TPA ou transtorno de personalidade antissocial. Existem três correntes que corroboram no conceito de psicopatia: a primeira trata a psicopatia como doença mental; a segunda considera como doença moral; e a terceira como trata como transtorno da personalidade. O termo é usado regularmente em pareceres judiciais e documentos legais que interessam a área do direito penal.

No século XVII e XVIII, como foi analisado na obra História da Loucura de Michel Foucault os médicos que trabalhavam com doentes mentais começaram a notar que alguns de seus pacientes que pareciam aparentemente normais, tinham um comportamento que chamaram de “depravação moral” ou “insanidade moral”, em que eles mostravam ter nenhum senso de ética ou de reconhecimento dos direitos das outras pessoas, por isso o termo loucura moral foi alcunhado aos psicopatas nessa época; no século XIX foi chamado de loucura lucida, na época de

Cesare Lombroso recebeu o nome de criminoso nato, muda-se a semântica mas é sempre o mesmo quadro clínico(FOUCAULT, 1978).

Um dos primeiros pesquisadores a apresentar uma concepção abrangente e definitiva da psicopatia em seu livro *The Mask of Sanity*,(A máscara da sanidade)o autor Cleckley (1941,p.337-338) idem (apud CASTRO, 2017, p.3), o autor conseguiu identificar dezesseis características que compõem ou definem o perfil clínico do psicopata a saber:

Charme superficial e boa inteligência; ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional (por isso a psicopatia não deve ser considerada doença mental, mas sim um transtorno mental); ausência de nervosismo; Não confiável; Falsidade e falta de sinceridade; ausência de remorso ou vergonha; comportamento antissocial inadequadamente motivado; julgamento deficitário e falha em aprender com a experiência; egocentrismo patológico e incapacidade de amar; deficiência geral nas reações afetivas principais; perda específica de insight; falta de resposta nas relações interpessoais gerais; comportamento fanático e desagradável com, e às vezes sem bebida. (HERVEY CLECKLEY,1941,p.337-338,apud CASTRO, 2017,p.3).

2.3 Psicopatia a luz do psiquiatra forense Guido Palomba

A psiquiatria forense é uma subespecialidade da psiquiatria que lida com a interface da lei. Guido Palomba é psiquiatra e especializou-se em psiquiatria forense com título reconhecido pela Associação Médica Brasileira, Associação Brasileira de Psiquiatria e Sociedade Brasileira de Medicina Legal, escreveu diversos livros entre eles: Loucura e Crime (Fiuza, 1996); *Insania Furens - Casos Verídicos de Loucura e Crime* (Editora Saraiva, 2017); *Perícia na Psiquiatria Forense* (Editora Saraiva, 2016) e outros.

Palomba (2016, p.197) ao definir a psicopatia, utiliza-se de uma analogia “de um lado temos a noite, do outro o dia e no meio temos a aurora, de um lado temos a doença mental ,do outro lado temos a

sanidade e no meio, na zona fronteira os psicopatas, não são nem normais totalmente nem doentes mentais”.

Segundo Palomba (2016, p.198) os psicopatas não rompem com a realidade, pois são inteligentes, capazes de articular e pode conviver em sociedade à manipulando, porem ele tem uma deformidade nos atos e na conduta, por esse motivo ele também conceitua como “condutopatia” é uma loucura moral verdadeira diferente da psicose, que o indivíduo rompe de vez com a realidade.

Ademais disso é notório que as atitudes comportamentais do psicopata são inescrupulosas, pois fará o que for preciso para conquistar o deseja.

O psicopata convence sem escrúpulos, porque se ele precisar lançar mão de alguns artefatos para te convencer ele vai lançar, ele usa a mentira, a sedução, mas no fundo é sempre um mau caráter e jamais se arrepende daquilo que ele fez. (PALOMBA, 2016, p.197).

Desse modo observa-se a frieza manifestada no comportamento do psicopata, a ausência de sentimentos e emoções sentidas pela maioria das pessoas, apesar de se notar a sua capacidade de simular gestos e atitudes para conseguir o desejado, a ele interessa apenas a sua individualidade e bem-estar.

2.4 Psicopatia a luz da criminologia

Na doutrina do direito, a psicopatia vai ser citada quando se tratar da inimputabilidade, no Código Penal em seu Artigo 26 enfatiza:

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. (BRASIL,1940)

A prática delitiva cometida por indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis enseja a execução das denominadas medidas de segurança, que estão disciplinadas nos artigos 96, 97, 98 e 99 do mesmo Código Penal. A instituição responsável por manter essas pessoas afastadas da sociedade foi chamada de manicômio judiciário, termo esse, que não é mais utilizado e foi batizado de hospital de custódia e tratamento.

Referente ao conceito de doença mental:

[...] seria alteração intrínseca da personalidade, desorganização interna de suas estruturas, desvio progressivo de seu desenvolvimento: só teria realidade e sentido no interior de uma personalidade estruturada. Neste sentido tentou-se definir as doenças mentais, segundo a amplitude das perturbações da personalidade, e daí chegou-se a distribuir as perturbações psíquicas em duas grandes categorias: as neuroses e as psicoses. (FOUCAULT, 1978, p. 9)

Conforme Foucault (1978) as psicoses se caracterizavam por ocasionarem no indivíduo uma desordem no controle da consciência, um distúrbio do pensamento e da perspectiva dos diversos pontos de vista, além de alterarem o seu senso crítico sobre a realidade. Já nas neuroses, diferente das psicoses, o fluxo do pensamento se mantinha intacto.

Atualmente, entende-se por doença mental todo estado passageiro ou permanente, congênito ou adquirido que comprometa as funções psíquicas da pessoa ou que afete a sua capacidade de entender ou de determinar sua vontade de acordo com esse entendimento:

À expressão doença mental deve ser atribuída o mais amplo sentido, principalmente no que concerne às psicoses, sendo a esquizofrenia considerada a psicose mais significativa no campo das causas de inimputabilidade em razão dos sintomas apresentados pelo agente. O fator cognitivo é aqui de absoluta importância, pois possibilita divisar as alucinações, tão presentes na esquizofrenia, dos delírios, frequentemente presentes nas perturbações paranoides (SILVA, 2015, p. 55).

Depreende-se que o fato desses sujeitos serem mantidos longe da sociedade, retoma o mesmo entendimento contemplado obra de Michel

Foucault, onde as pessoas consideradas loucas eram mantidas excluídas da sociedade, dentro das cidades, porém no caso dos psicopatas é preciso fazer um estudo minucioso, quando se faz um estudo científico de determinadas condutas de indivíduos que cometem crimes desprovidos de qualquer sentimento altruísta, age pelo egoísmo e crueldade, mata para ver morrer, é o momento onde vale a discussão entre as diversas esferas por esse motivo é um tema muito complexo no meio criminal.

2.5 Análise da obra história da loucura de Michel Foucault

A obra História da Loucura escrito por Michel Foucault e publicada no Brasil pela editora Perspectiva, trata-se de um estudo histórico feito pelo autor entre os anos 60 e 70, e posteriormente no século XIX, porém ele também vai lançar os olhos para os séculos XII e XIII; esses estudos giraram em torno da história da loucura, a ciência medico-clínica e a história da violência nas prisões. Importante salientar que ela mostra o pensamento de Foucault através da história, tornando o entendimento de um assunto complexo um pouco mais fácil.

Na estrutura de seu livro, o filósofo não trata a loucura como algo oposto a razão, ele não define a loucura dividindo quem é “louco” e quem é “racional”, o seu trunfo e inovação foi realmente estudar o que é a loucura, o que denominamos por loucura e como essa loucura foi mudando ao longo da história.

Inicialmente, Foucault vai dizer como surgiram os primeiros “loucos”, ele começa a falar sobre os hospitais de leprosos e como esses hospitais foram esvaziados no século XV, às vezes pela cura ou mesmo pela desistência de curar esses doentes, por vezes expulsos da cidade; os leprosários foram esvaziados, pois o governo havia gasto quantias consideráveis para a construção desses hospitais.

Nesta esteira, Foucault aponta quem deve ocupar o lugar dos leprosos, são as pessoas com doenças venéreas ou acometidas por

doenças sexualmente transmissíveis que pode afetar outras partes do corpo e muitas vezes a parte mental.

Assim, nesses hospitais chegaram novos personagens que a princípio não eram denominados “os loucos”, mas realmente os excluídos aqueles que não se adequam a sociedade, a mesma que o considera desviante do que é para ser louco; independente do seu contexto, então tudo o que está fora dos padrões da sociedade é taxado como louco.

O filósofo cita uma pintura feita por um artista Brabantino Hieronymus Bosch (1450 – 1516), chamada A Nau dos Loucos que vai representar justamente essa questão dos “loucos” sendo expurgados das cidades, pois eles não queriam mais tratá-los e nem sabiam como. A figura do louco foi muito estudada no século XV, era vista com muito fascínio porque era tido como algo distante, principalmente por artistas e poetas. A partir de René Descartes que a racionalidade começa a ganhar visibilidade, onde o racional é mais importante, evidenciado pela famosa frase: “penso, logo existo”, a partir dessa expressão vê-se que ele exclui a não razão ou a loucura para algo negativo, não é algo individual, nem sólido.

Neste viés surgem os hospícios controlados pela igreja com caráter de assistência aos pobres, tratamento aos doentes, entretanto adotava forma de repressão de sentimentos destas pessoas, pelas próprias exigências de comportamentos que estes deviam apresentar, o que provocará a segregação e exclusão destas minorias, assim com o crescimento da burguesia, a figura do miserável ganha expansão, estes não são mais expulsos das cidades contudo, são vistos como um incômodo social, então eles são levados até os hospícios.

Isto lembra um episódio na história do Brasil, ocorrido em Minas Gerais em 1903, conhecido como O Holocausto Brasileiro:

Em Barbacena, cidade do Holocausto brasileiro, mais de 60 mil pessoas perderam a vida no Hospital Colônia. (...) As milhares de vítimas travestidas de pacientes psiquiátricos – já que mais de 70% dos internados não sofria de

doença mental –, sucumbiam de fome, frio, diarreia, pneumonia, maus-tratos, abandono e tortura. (...) Criado pelo governo estadual, em 1903, para oferecer ‘assistência aos alienados de Minas’, até então atendidos nos porões da Santa Casa, o Hospital Colônia tinha inicialmente capacidade para 200 leitos, mas atingiu a marca de 5 mil pacientes em 1961, tornando-se endereço de um massacre. A instituição, transformada em um dos maiores hospícios do país, começou a inchar na década de 30, mas foi durante a ditadura militar que os conceitos médicos simplesmente desapareceram. Para lá eram enviados desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive doentes mentais (Fonte: Jornal Tribuna de Minas, novembro de 2011).

Neste contexto começa a fazer essa internação forçada, a loucura começa a ser um sinônimo da incapacidade, não mais um desatino, algo diferente da sociedade, mas os incapazes de sujeitar-se à sociedade é considerado improdutivo, por isto excluído. Então Foucault enfatiza como a estrutura social possui relação com a loucura, não é algo que existe por si só, ele é formado pela própria sociedade e o que ela vai considerar como a não razão.

O autor elucida que só a partir do século XVIII os hospícios adquirem uma estrutura mais organizada e consistente, com funcionários, introduzem a catalogação das pessoas, mulheres; pobres; doenças venéreas. Entretanto só no final deste século é que inicia um movimento onde os governos começam a perceber que eles precisam dessas pessoas como força de trabalho, decorrente disso adentra o mundo correcional, na tentativa de corrigir esses “erros” na sociedade, com o uso dos chamados “remédios correccionais” que se tratava de castigos e punições.

Neste período a medicina emerge, com o intuito de descobrir e diminuir a quantidade de pessoa nos hospícios, além das já conceituadas destinações da loucura, estendem também aos libertinos, as pessoas que escrevem sobre sexo. O personagem pilar é o Marquês de Sade, que inclusive foi preso num hospício e alguns de seus leitores, acusados de

desvirtuar a razão humana, por buscar esses prazeres proibidos pela igreja.

Diante disso surgem as transições entre as internações forçadas e a medicina com as correções do que ele vai denominar aos insensatos. No século XIX, principalmente na França, surge uma análise mais aprofundada sobre a loucura; a medicina ganha força, ganhando a alcunha de ciência. Desse modo a cura para a loucura vai sendo catalogada da mesma maneira que os loucos foram antes, sendo diferente para cada caso, com essa catalogação é preciso ter instituições para definir os termos de loucura.

3. Metodologia

A pesquisa se caracteriza como secundária quanto á sua natureza, é qualitativa, quanto aos objetivos é descritiva, uma vez que os dados coletados nos permitirão discutir a loucura e sua relação com a psicopatia, a luz de teóricos importantes como Michel Foucault e o estudioso Guido Palomba. Quanto aos procedimentos tem caráter bibliográfico, por ser baseada no livro História da Loucura, artigos, entrevistas, jornais que apresentaram discussões acerca do tema analisado. Os dados coletados permitiram uma análise criteriosa da Loucura por Foucault e um comparativo com a psicopatia, fazendo com que o levantamento bibliográfico da pesquisa respondesse as expectativas esperadas.

Considerações finais

O presente estudo não teve como objetivo esgotar o tema proposto, porém de forma breve foi feita uma análise para com as relações comportamentais em indivíduos, classificados pelo Cadastro Internacional de Doenças(CID), levando em consideração o trabalho do Filósofo Michel Paul Foucault, contemplado na obra História da Loucura.

Em tal atividade elaborada, nota-se a fixação de denominações com tentativas de definir conceitos para reações e comportamentos em pacientes com danos mentais em fase de profilaxia com determinados médicos. Logo, estes notaram um comportamento que chamaram de “depravação moral” ou “insanidade moral”, em que pacientes com danos mentais mostravam ter nenhum senso de ética ou de reconhecimento dos direitos das outras pessoas, por isso o termo loucura moral foi alcunhado aos psicopatas a época da obra de Foucault.

De um lado, a obra explana vários conceitos da patologia estudada, de forma que é identificado que os psicopatas não rompem com a realidade, pois são inteligentes, capazes de articular e pode conviver em sociedade à manipulando, porem ele tem uma deformidade nos atos e na conduta e por esse motivo também é conceituado como “condutopatia” que seria uma loucura moral verdadeira diferente da psicose, que o indivíduo rompe de vez com a realidade. Assim é notório que as atitudes comportamentais do psicopata são inescrupulosas fará o que for preciso para conquistar o deseja.

Por outro lado, o conceito da patologia trabalhada no texto é relacionado com a definição de doença mental e uma breve análise em seus comportamentos e é percebido as diversas variações comportamentais, como desorganização interna de estruturas, desvio progressivo de seu desenvolvimento que só teria realidade e sentido no interior de uma personalidade estruturada. Neste foco, tentou-se definir as doenças mentais, segundo a amplitude das perturbações da personalidade, e daí chegou-se a distribuir as perturbações psíquicas em duas grandes categorias: as neuroses e as psicoses.

Entretanto, tais pacientes eram, pela sociedade, considerados como pessoas loucas e eram mantidas excluídas do meio social, dentro das cidades. Porém, é notório o equívoco entendimento de maneira diversa do comum, a qual a percepção estabelecida pelo centro da sociedade, descentraliza a ideia medular que deveria ser estabelecida, de forma que corrobora tal explanação, a forma como o autor trata a loucura, como

algo oposto a razão, o qual ele não define a loucura dividindo quem é “louco” e quem é “racional”, o seu trunfo e inovação foi realmente estudar o que é a loucura, o que denominamos por loucura e como essa loucura foi mudando ao longo da história.

Destarte, contrário ao pensamento de Foucault, a loucura passa a ser um sinônimo da incapacidade, não mais um desatino, algo diferente da sociedade, ou seja, os incapazes de sujeitar-se à sociedade são considerados improdutivos e por isto, excluídos.

Dessa forma, após análise do comportamento relacionada com a patologia mental em questão, traz-se o resultado sequencial de uma estrutura social imposta e segregacionista, a qual possui relação direta com a loucura e com comportamentos advindos desta. Assim, o seu fruto é apenas a consequência dispensada pela própria sociedade. Logo, o que ela vai considerar daqui pra frente, após este estudo, poderá gerar positivas relações comportamentais, através do entendimento central de que a patologia trabalhada não deve ser dispensada como deficiência social e sim ser integralizada a este meio através da perspectiva Foucaultiana.

Referências:

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: 50 anos sem punição**. Tribuna de minas. Minas gerais. 20 de novembro de 2011.

BRASIL, Código Penal. **decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

CASTRO, Mylla. Psicopatia. **Jus Navigandi**, São Paulo, ano 19, n. 54917, 01 janeiro de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54917/psicopatia>. Acesso em: 16 set. 2019.

Como identificar psicopatas. Todo Seu. são Paulo: **TV GAZETA**, 9 de junho de 2016. Programa de tv.

DSM IV. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. Trad. **DORNELES, C.** 4ª Ed. Porto Alegre/RS: ArtMed Editora S/A, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria forense: noções básicas**. São Paulo : Sugestões Literárias, 1992. 98p.

QUINTANS, Jéssica Mouso. Assim é o cérebro de um psicopata. *El país*, Barcelona, 18 dez. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html Acesso em: 18 set. 2019.

SILVA, ÂNGELO Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

O sensacionalismo midiático: o dito e o não dito nas reportagens

Anna Bárbara Barros de Almeida

Jamine Silva Santos

[...] está exposta ao equívoco da língua: todo enunciado é intrinsecamente suscetível de tornar-se outro, diferente de si mesmo, se deslocar discursivamente de seu sentido para derivar para um outro. (PÊCHEUX, 1983, p. 53)

1 Introdução

O equívoco ao noticiar um fato é um acontecimento relativamente comum. Por vezes, é possível se deparar com notícias muito breves e até pouco informativas, publicadas imediatamente *a posteriori* de uma ocorrência. Isso acontece, principalmente, por uma simples razão: a livre concorrência nas mídias virtuais. Portais da internet disputam entre si com o objetivo de levar a notícia rapidamente ao leitor, e quem consegue primeiro, “ganha” essa competição.

A construção de uma publicação precoce dos fatos, entretanto, pode ser extremamente prejudicial. A investigação é de suma importância para evitar que informações errôneas e equivocadas sejam expostas ao público. Na cidade de Brumado, portais formais e informais fazem uso da notícia como fonte de verdade absoluta, muitas vezes não havendo verificação do ocorrido e consequentemente desrespeitando os indivíduos envolvidos.

Uma vez que os sites de notícia funcionam como formadores de opinião, é necessário existir um “filtro” que exponha apenas fatos comprovados ou que os não comprovados sejam precisos sobre o processo de suspeita e ambiguidade do caso. Em outras palavras, é preciso haver transparência. O compromisso com a verdade pode ser interpretado como elemento dito, pois é a promessa explícita divulgada pela maioria desses sites.

Há cerca de 10 anos o uso da internet era muito menos frequente, e quem reinava no mundo da informação era a televisão, grande formadora de opinião na sociedade até então. Atualmente, por outro lado, as pessoas buscam com maior frequência as informações nos sites de notícia locais, e aí que se encontra o foco de pesquisa e a utilização da análise do discurso. Como são recebidas as notícias? Todas são tidas como verdadeiras? É questionada uma investigação profunda dos fatos?

Ao decorrer deste artigo serão respondidas tais perguntas com a obtenção de resultados tidos por pesquisa, revisão literária e reflexões a respeito do ponto de vista do precursor da Análise de Discurso (AD), entre os anos 60 e 70. Sendo iniciador da Escola de Análise de Discurso na França, Michel Pêcheux, filósofo nascido em 1938, fez seus estudos na Escola Normal Superior de Paris, obtendo seu certificado para ensinar Filosofia.

2. A relação entre emissor e receptor da notícia

Neste documento serão utilizadas as obras do autor francês, Michel Pêcheux, precursor da teoria da Análise do Discurso, que faz uma articulação na trilogia do campo da episteme, o marxismo, a psicanálise e a linguística, e também na trilogia da comunicação humana, sujeito, língua e história. Apropria-se na AD da história no tempo e no espaço e observa a ciência política, econômica e histórica pelo viés ideológico. Também disserta sobre o discurso dito e não-dito, e considera que o não-dito é uma forma subliminar de expor, informações que não estão

inseridas no dito e não-dito, visando identificar a ideologia através da linguagem e psicanálise.

Usando do pensamento pecheutiano, na relação entre tais veículos de comunicação e seus internautas receptores, haverá questionamentos como “quem sou eu para lhe falar assim?” e “quem é ele para que eu lhe fale assim?”. Em contrapartida, o próprio interlocutor lida com outros dois horizontes sobre si mesmo e sobre quem lhe fala, perguntando-se “quem sou eu para que ele me fale assim?” e “quem é ele para que me fale assim?”

É relevante compreender que a inclusão digital, avanço conquistado recentemente, possui suma importância para a ampliação de conhecimento e formação de opinião dos consumidores de sites de notícias, plataformas voltadas para informar e entreter o público. Dessa forma, pessoas menos favorecidas economicamente podem ter finalmente acesso a um conteúdo informativo de qualidade.

Por essa precária escolarização das classes sociais mais baixas, conseqüentemente, esses leitores estão muito mais suscetíveis à manipulação ideológica. Os aplicativos de mensagens instantâneas também são ferramentas que agravam essa situação, a depender do modo que se usa, através do compartilhamento de boatos ou “links” dessas notícias. Tal fato foi recorrente e teve grande aumento a partir de 2016, principalmente no âmbito político.

Elementos presentes na mídia contribuem para a propagação de notícias sem a investigação devida. Em busca de cliques, visualizações e divulgação de suas manchetes, sites optam pela espetacularização da notícia, tornando-a algo muito maior do que realmente é. Apesar de ser um evento maior observado em portais de notícia pequenos e informais, esse problema também ocorre na grande mídia, tendo conseqüentemente impacto ainda maior.

Escrevia Louis Althusser no início de *Ler O capital*, que nós começamos a suspeitar o que escutar, portanto falar (e se calar) quer dizer; que o “quer dizer” do falar e do escutar descobre, sob a inocência da fala e da escuta, a

profundidade assinalável de um duplo-fundo, o “quer dizer” do discurso do inconsciente – este duplo fundo que a linguística moderna, nos mecanismos da linguagem, pensa os efeitos e condições formais (ALTHUSSER, 1968, p.14-15 apud PÊCHEUX, 2011, p. 277)

Tal problemática pode ser encontrada também na ficção, tendo como exemplo o longa-metragem de 2012 “A Caça”, dirigido por Thomas Vinterberg, que retrata a história de Lucas, recém contratado funcionário de uma creche que, acusado por uma aluna de 5 anos, é exposto na mídia como pedófilo e abusador de incapaz, antes mesmo de ir a julgamento. Essa notícia precoce, circula por toda a cidade, incitando um linchamento coletivo por parte da população. Lucas, porém, é inocentado e tem sua toda a sua vida impactada e prejudicada por esse acontecimento.

O não-dito, isto é, o que está implícito, só é passível de um possível reconhecimento através do contexto, que, ao ser desvelado, atua como forma de complemento do dito; este, se define na sua relação com a imagem. Assim, entendendo que “O implícito é o não-dito que se define em relação ao dizer”. (ORLANDI, 2002, p. 106)

O elemento dito pode ser responsável por prejudicar a reputação de uma pessoa, sendo talvez irreversível a restituição de sua integridade. Em alguns casos, o atingido é levado a fins trágicos ou danos irreparáveis.

3 Sensacionalismo midiático

A exposição da imagem do indivíduo nas páginas da internet também é recorrente, cercada por uma espetacularização midiática, principalmente na exposição de notícias de morte por acidente. É frequente a divulgação de fotos e vídeos de pessoas feridas ou falecidas sem o devido consentimento da família.

O art. 20 do Código Civil proíbe, com exceção da administração judicial, a divulgação da imagem ou de documentos do indivíduo sem

devida autorização anterior. Além disso, o parágrafo único especifica que, em caso de óbito, é necessário que haja autorização prévia dos ascendentes, descendentes ou cônjuge.

Com o objetivo de fazer uma crítica severa ao uso irresponsável da notícia, o jornalista Nelito Fernandes decidiu criar o portal eletrônico “Sensacionalista”, que utiliza de notícias fictícias de maneira cômica para noticiar acontecimentos em tempo real, que possuem algum paralelo social e político com a realidade. O método utilizado é a sátira, e ainda que haja um grande esclarecimento por parte do autor do site acerca do seu descompromisso com a verdade, acabam acontecendo interpretações e conclusões equivocadas de um leitor menos preparado.

Dessa forma, não se trata, no terreno dos processos semânticos, da descoberta do que as coisas são, mas da revelação do que é dito que são sob um horizonte apreciativo; e nada há, neste caso, de “manipulação de crença, fabulação e engano”, de irracional ou ilógico, mas da defesa “interesseira” de uma maneira de compreender o mundo. (PÊCHEUX, 1995, p.18)

4 O dito e não dito do discurso

Com base na Análise do Discurso francesa, é possível fazer um comparativo sobre o viés ideológico das notícias políticas no Brasil. A título de exemplo, em publicações da “VEJA” e da “Carta Capital”, com relação à mesma notícia sobre o impeachment, em 31 de agosto de 2016, da até então presidente Dilma Rousseff, o discurso se diverge: por possuírem ideologias divergentes, suas notícias possuem carga valorativa, sendo percebida ao longo do texto semanticamente, observando-se a utilização do “não-dito” que diz respeito às diversas facetas da linguagem, perpassando o dito. Desse modo, o não-dizível constitui o espaço do múltiplo, a condição do “vir-a-ser” do discurso.

Artistas também são alvo frequente da divulgação indevida de relatos e boatos. Em 2016, o cantor Zezé di Camargo processou um site após publicar a notícia falsa de que ele teria se envolvido em uma briga com um homem, sendo agredido com socos no rosto, por causa de sua namorada,

Graciele Lacerda. Além da matéria equivocada, foi divulgada também uma foto do suposto acontecimento. Entretanto, foi comprovado que se tratava de outra pessoa, configurando como exposição da imagem e da ferindo sua honra, uma vez que a fotografia foi associada ao seu nome.

É perceptível que o dito está, em muitos casos, deturpando os fatos, enquanto o não dito está sempre implícito, pouco observado por um leitor menos atento. O que não está explícito, mas está subentendido, atingindo o subconsciente do receptor. Em notícias de suspeita ou acusação de um crime, é comum ver que, na maioria dos sites, há uma diferença ao se noticiar um acontecimento, levando em consideração muitas vezes o recorte social e racial.

[...] diferentes regiões que recortam o interdiscurso e que refletem as diferenças ideológicas, o modo como as posições dos sujeitos, seus lugares sociais aí representados, constituem sentidos diferentes. (ORLANDI, 1992, p. 20)

Mesmo em casos de suspeita, é comum encontrar manchetes referindo-se ao suspeito, quando é negro, como “traficante”, “assassino” ou “estuprador”. Por outro lado, ao se tratar de um acusado ou até mesmo condenado, tais termos são pouco vistos, e os redatores desses jornais optam por enfatizar a profissão do indivíduo.

5 Metodologia

Na confecção deste artigo científico, foram utilizadas as metodologias descritiva qualitativa e expositiva, bem como pesquisa bibliográfica. Além da análise de matérias, artigos e livros, foi também feita uma pesquisa de fonte primária. Através de um questionário na internet, compartilhado em diversas redes sociais, foi possível ter acesso a uma maior diversidade de pessoas entrevistadas, de todas as partes do Brasil. Nessa pesquisa, foram atendidas cerca de 100 pessoas, tendo elas sua identidade preservada.

6 Apresentação e discussão dos resultados

Para este trabalho, foi realizada uma pesquisa de levantamento de dados através de formulários e enquetes na internet, constatando que 93,7% concorda que a exposição injusta de um suspeito ou até mesmo de um inocente acaba por atingir sua carreira e sua vida pessoal. Entretanto, ao serem questionados sobre a possibilidade de contratarem ou se relacionarem com uma pessoa que foi alvo dessas notícias, o resultado foi diferente: 42,1% consideraram afirmativamente essa possibilidade, enquanto cerca de 57,9% dos entrevistados respondeu negativamente, mostrando certa contradição em relação à resposta anterior.

Durante o primeiro semestre de 2019, um acontecimento na cidade de Brumado foi extremamente marcante. Uma estudante da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) cometeu suicídio em sua residência. Tal fato foi rapidamente noticiado nos diversos portais da cidade, além das redes sociais, e houve uma dissecação desrespeitosa dos fatos. Além da exposição de detalhes da vida da garota, mentiras e conclusões precipitadas sobre as motivações do ato foram espalhadas nessas matérias.

Toda ação gera alguma reação. Sendo assim, a mídia pode ser responsável por prejudicar a vida de uma pessoa, na possibilidade de negligência no momento de investigação para compor a notícia. No caso citado acima, a família é a principal atingida, sendo relevante o Art. 5º, inciso V da Constituição da República Federativa de 1988, que prevê o direito à resposta e indenização por dano moral e à imagem. Além disso, o art. 139 do Anteprojeto do Código Penal prevê como crime ofender a honra ou a memória de uma pessoa falecida.

O termo “jornalismo abutre” surgiu recentemente e está sendo utilizado com maior frequência desde o avanço digital proveniente da intensa globalização. Trata-se da exposição extrema do fato, do desrespeito ao indivíduo, à sua honra e de seus familiares e amigos.

Outra perspectiva que entra em questão é a normalização dessa exposição.

Ainda que não intencionalmente, grande parte da população consome esse material, seja por uma curiosidade mórbida e detalhista do caso, ou até mesmo pela ingenuidade de considerar uma notícia com mais registro como tendo maior veracidade. Independente do motivo, o fato é que esse consumo desenfreado e negligente contribui com a continuidade desses atos, uma vez que garante maior publicidade dessas reportagens. Assim, há uma compensação do gasto a partir da indenização por dano moral, o que torna ainda mais comum a propagação das notícias.

Considerações finais

O presente trabalho procurou analisar o sensacionalismo feito pela mídia através de reportagens, em muitos casos sem a investigação dos fatos, emitindo, assim, uma notícia precoce que pode gerar linchamento virtual. Dessa forma, através do resultado da pesquisa, chega-se ao consenso de que as pessoas recebem as notícias como verdadeiras, poucas questionam a veracidade e, após ser tomada como verdade, descobrem que é um equívoco, dificilmente havendo uma retratação acerca da veracidade dessa reportagem..

Esta análise também permitiu uma reflexão sobre a investigação profunda dos fatos, sobre o que não está explícito, e sim oculto, somente para quem tiver o interesse de se aprofundar e se debruçar na análise linguística e psicanalítica do discurso. Observa-se que o resultado comprova justamente aquilo que estava predisposto: a relação entre o que se diz e a forma que será recebido e o seu impacto são, de fato, existentes, sendo necessária a entrega de informação de qualidade: investigativa e transparente. Em suma, uma análise do discurso e para o discurso.

Referências

Código Civil. Art.20 - Lei 10406/02.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Art. 5º, inciso V.

FILHO, Otávio Frias. **O que é falso sobre fake news.** Revistas USP. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/146576/140222/>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **A análise de discurso em suas diferentes tradições intelectuais: o Brasil.** In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS EM ANÁLISE DE DISCURSO, 1., 2003, Porto Alegre, RS: UFRGS, 2003.

ORLANDI, Eni. P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos.** Campinas: Pontes, 1999.

ORLANDI, Eni P. **As formas do silêncio.** Campinas: Editora da Unicamp, 1992.

PÊCHEUX, Michel. **Análise Automática do Discurso (AAD-69).** In: GADET & HAK (org). Por uma análise automática do discurso. Campinas: Ed. Unicamp, 1990, p.61- 162.

PÊCHEUX, Michel; HAROCHE, Claudine; HENRY, Paul. **A semântica e o corte saussuriano: língua, linguagem e discurso.** Linguagem: Revista eletrônica de popularização científica em ciências da linguagem, São Carlos, n. 03, p. 01-19, out/nov. 2008.

PÊCHEUX, Michel. **Contextos epistemológicos da análise de discurso.** Escritos: linguagem, cidade, política, sociedade, Campinas, n. 4, p. 07-16, maio 1999. Tradução de Eni Orlandi (Labeurb/Nudecri).

PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento.** Trad.: Eni Pulcinelli Orlandi Campinas: Pontes, 1997. Edição original: 1983.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio.** Tradução de Eni Pulcinelli Orlandi et al. 2.ed. Campinas: Ed. da UNICAMP, 1995.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Ofensa à honra ou à memória de pessoa morta e a ofensa à pessoa jurídica.** Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina377-ofensa-a-honra-de-pessoa-morta.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

As notícias de cometimento de crime lesionam os direitos da personalidade do acusado? Uma análise social na internet. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1UHpaoQxf9KIrSLvae63KyymQ3rAxpronQO32Vj950M/edit?usp=sharing>>. Acessado em 17/09/2019.

Sorria Michel Foucault, você está sendo vigiado!

Lorena de Almeida Nunes

Paulo Henrique dos Santos Almeida

“O poder só é aceitável, desde que esconda uma parte substancial do mesmo. Seu sucesso é proporcional à sua capacidade de ocultar os seus próprios mecanismos.” - Michel Foucault.

“O olhar está alerta em toda parte...” FOUCAULT (1997, p.162)

1 Introdução

Este artigo norteia-se sob as luzes do pensamento de Paul-Michel Foucault, nascido em 1926 na cidade de Poitiers, França. Licenciou-se em Psicologia e Filosofia pela Sorbonne. Intelectual referência em termos de pensamento, nos quais, alude sobre as relações de poder e conhecimento, e, como estes são configurados como uma forma de controle social. Posicionando a principiologia do seu pensamento, na história crítica da modernidade. Exercendo valorosas e duras avaliações às instituições sociais. Localizando o corpo social com uso de poder abusivo, que se processa através das organizações, que vigia, domina e domestica o comportamento dos homens.

Tratando-se a respeito do estudo da sociedade da vigilância, centrada na leitura da obra “Vigiar e Punir”. Sendo esta, uma investigação científica, para entender o nascimento da prisão como forma punitiva, abordando sobre a pena como forma de coerção, sendo meio de disciplina e aprisionamento do ser humano, revelando a face

social e política desta forma de controle social aplicado ao direito e às sociedades de outrora (CROSSELI, 2014). Na qual, compara os procedimentos disciplinares executados dentro do cárcere, como processo de padronização. Imposições que são exigidas pelo corpo social, para condutas consideradas “normais”.

Explanando juntamente, acerca das formas de pensamento, que são também relações de poder, e, que agem de forma impositiva e coercitiva. No que concerne, a hodiernidade amplificou as margens da percepção e da ação humana. Neste ambiente, o surgimento das novas tecnologias de comunicação, principalmente no espaço cibernético, potencializou o que Foucault (1997) chamou de “sociedade da disciplina”, que propiciou margens para o surgimento de uma coletividade cada vez mais baseado na vigilância e no controle social, a sociedade do "sorria, você está sendo vigiado".

O presente artigo pretende esboçar uma análise sobre a discursividade dentro das relações de poder e os mecanismos de vigilância no espaço cibernético. Apontando o poder, como um poder disciplinar que trata de padronizar e normalizar. Com objetivo em elucidar a visão de Foucault referente a vigilância e sua relação com o poder, trazendo sua dimensão para a contemporaneidade no campo digital. Devido a tal, a relevância do tema para o campo social, e a importância da referida análise, centrada na leitura da própria obra e de outros textos sobre o Foucault.

Eu agia como um boto que salta na superfície da água só deixando um vestígio provisório de espuma e que deixa que acreditem, faz acreditar, quer acreditar ou acredita efetivamente que lá embaixo, onde não é percebido ou controlado por ninguém, segue uma trajetória profunda, coerente e refletida.
– (FOUCAULT, 2017, p.263)

2. Foucault e a análise da vigilância

Na antiguidade, os estados aplicavam formas de tortura como meio de punir os criminosos, ação qual, nomeada de suplício. Ocorriam em

praça pública, e variavam de acordo com a intensidade do crime cometido pelo indivíduo. Todavia, a partir do início do século XVII os suplícios vão se extinguindo e dando lugar à privação de direitos, privar o cidadão da liberdade. Atualizando o conceito de pena, sendo esta como um contenção do homem no tempo e no espaço delimitados.

Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo: “que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo”. (FOUCAULT, 1987, p. 20).

Tal mudança sucedeu pois as penas agiam sobre a alma do delituoso. A ideia posta pelo governo era que as pessoas pensassem se realmente valeria a pena cometer um crime e correr o risco de passar o resto de suas vidas aprisionadas. Posicionando as consequências de se acometer um delito, na qual, a solidão é resposta para que este reflita sobre seus atos. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. (FOUCAULT, 1987, p. 15)

O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. FOUCAULT, Vigiar e punir: nascimento da prisão; 1987; p. 15.

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. (FOUCAULT, 1987, p.164) Executa-se uma vigilância

constante, que incidi sobre o corpo social de forma intrínseca. Transcorrendo-se de forma ininterrupta. Na modernidade, a vigilância foi ampliada, com auxílio das novas tecnologias. As pessoas são vigiadas a todo momento, seja por câmeras nas ruas, seja num ônibus público, num prédio de negócios, no shopping. A ideia de estar sempre vigiado ocorre, e, como forma de inibir o crime.

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; 1987; p. 164.

Na obra *Vigiar e Punir*, Foucault retrata que essa forma de vigilância cria disciplina do cidadão para com o Estado. A vigilância é uma das formas de controle social e demonstração de poder mais eficiente do Estado. Com esta, vem a disciplina, que objetiva um “aparelho” mais eficiente, locando cada indivíduo como uma peça importante para corroborar com o funcionamento da máquina estatal. Sendo a disciplina, tática que o Estado utiliza para proteger-se contra possíveis revoltas. Dentro dessa panorâmica, acontece a manipulação para com a população, por vias da vigilância, esperando por conseguinte sua obediência. “A nossa sociedade não é uma sociedade de espetáculo, mas de vigilância.” – (FOUCAULT, 2001, p. 240).

3. A vigilância no espaço virtual

A hodiernidade construiu vínculo da sociedade para com o espaço virtual, este se remete a internet. No qual, se pendura um ideal no imaginário popular que sua existência aparentemente não precisa se submeter a regulamentações claras. Sendo que, uma das vertentes de seu crescimento exponencial, está ligado justamente à particularidade de constituir um espaço público que não está sujeito a regulamentações externas.

A globalização propiciou que as novas tecnologias se inserisse, de forma que sua presença se tornasse necessária. DELEUZE (1992, p. 224) afirmou que as novas tecnologias de informação que surgiam eram na verdade novos mecanismos de controle, capazes de operar uma “modulação universal”. E devido a disseminação global desses sistemas de controle de informação que permeiam todas as mídias. O fenômeno que intercorre, é a implementação de um controle de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado. DELEUZE (1992, p. 219-226). Visto que, se contrapõe a disciplina que era de longa duração e descontinuada.

As formas de vigilância digital a que atuam na sociedade contemporânea, possui característica da vigilância, que é, um olhar que vê sem ser visto. Já que, quem vigia pretende não ser visto, nem percebido. Uma das finalidade do poder, é adestrar os comportamentos do que prever tendências (BRUNO, 2006, p. 10), havendo dentro dessa teia uma vigilância não percebida. Configurando sua existência para que se ocorra dentro do sistema de comunicação digital, de forma despercebida. Não ser visto é uma estratégia do conteúdo cibernético.

Independentemente da posição ocupada pelo indivíduo dentro do corpo social, este pode estar sendo vigiado. Os rastros que lega ao realizar compras pela internet, ao trocar mensagens pelas redes sociais ou ao visitar sites e blogs, por exemplo, podem ser capturados, armazenados e utilizados conforme a conveniência de quem exerce esta vigilância. Os que fazem uso deste poder, geralmente, são grupos que representam os interesses de governos ou de organizações da iniciativa privada.

A internet não dispõe uma garantia para que as informações estejam completamente seguras. Essencialmente, porque as redes sociais são acessíveis em inúmeros dispositivos, sejam eles celulares, computadores, notebooks e até relógios. Posicionando o espaço cibernético em um maniqueísmo. Já que, dispõe o acesso à informação de qualquer lugar, mas, gera um rastro na internet, que pode ser utilizado negativamente para o monitoramento de atividades dos usuários.

Em quadro comparativo, entre a internet com o Panóptico, que Foucault aborda em *Vigiar e Punir*. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente FOUCAULT (1987, p. 223). Enquanto nos sistemas de vigilância baseados na visão o mais importante é o indivíduo se sentir vigiado, nos sistemas de controle por informação nem sempre o indivíduo tem consciência de que é controlado. Na internet sempre existirá a vigilância, você está vendo tudo que as outras pessoas estão fazendo, mas nunca saberá quem está realmente lhe vigiando. Nunca saberá quem está no centro da torre, ou nesse caso, quem está do outro lado da tela. Na atualidade, todos os incluídos nos sistemas tecnológicos são “observados” e têm, de alguma forma, seus movimentos controlados por eles. (ARTUSO 2005, p. 115-129).

Em “*Vigiar e Punir*”, Foucault aponta que a vigilância atua como forma de controle social, e está em todo lugar (FOUCAULT, 1984, p. 170). Transmutando-se nos tempos contemporâneos, e se adaptado dentro dos novos campos de comunicação. Na qual, a facilidade de informação é fácil e rápida, mas nem sempre ocorrendo de forma legal. "O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nós queremos apoderar." – (FOUCAULT, p. 10).

4 A verdade nos discursos das relações de poder pela vigilância

A reordenação dos saberes na época contemporânea sugere a abertura de um espaço vazio no qual não encontra-se a unidade do sujeito, mas apenas o pensamento se exercitando VEYNE (1995, p.176). O fio condutor do pensamento de Foucault também é a problemática da verdade. Na qual, a enunciação de discursos, funcionam entre diferentes práticas como justificação racional de verdade. E a relação incontida entre sujeito e verdade, que se faz conexo a liberdade.

O discurso para Foucault é um conjunto de pensamentos que são oriundos das relações de poder entre os indivíduos, defendendo e legitimando as ideologias de quem essa promove. Ou seja, “(...) O discurso sempre se produzirá em razão de relações de poder” (FISCHER, 2001, p.199). Sendo este, produto da sua época, do poder e saber de seu tempo.

O conhecimento dá-se de acordo com as relações de poder, ou seja, o conhecimento não é algo intrínseco do homem, mas sim, algo inventado (FOUCAULT, 2013). Em síntese, as relações de poder de cada época é que determinam a busca de determinado conhecimento. Tornando-se necessário efetuar um levantamento histórico, buscando refletir como o discurso está legitimado, levando-se em consideração que ele é baseado em pensamentos e condições de mundo em que o grupo ou sujeito procura legitimá-lo de acordo com seus interesses (FOUCAULT, 2013).

Posto nesta panorâmica do discurso, na qual, este cumpre com uma funcionalidade específica, de produzir efeitos de poder estatuidando regras para o governo das pessoas, dividindo-as, examinando-as, adestrando-as, sujeitando-as. A vigilância se expressa na produção de conhecimento sobre aqueles que são vigiados, aspecto fundamental para o exercício do poder. E, nesse contexto, poder e saber são coadunados de forma a propiciar um controle ainda mais contundente, perene e profundo.

A vigilância digital pressupõe, o recolhimento das informações de usuários da internet e o armazenamento de tais dados para futura utilização, a fim de conhecer e controlar as atitudes ou preferências dos vigiados. Nesse sentido, a vigilância deve ser hierarquizada. Definindo quem vigia quem, como, e quando, de tal forma que poucos podem vigiar muitos. (FOUCAULT, 1996, p. 156). Visto que, é preciso bem vigiar, e a efetividade da vigilância depende de “vigilâncias múltiplas e entrecruzadas” (FOUCAULT, 1996, p. 154), das quais é difícil escapar.

Vigiar viabiliza a produção do saber e torna possível conhecer o objeto que está sob vigilância, uma vez que, o saber produzido reforça as

possibilidades de exercer poder sobre tal objeto. E inserido no processo de subjetivação da verdade há sempre a tensão inacabada entre o que alguém já deixou de ser e o que ele está se tornando. (GROS, 2003, p.163). A verdade é fruto de uma produção histórica e, portanto, cambiante, segundo a atuação de determinados mecanismos jurídicos de poder. Na investigação de Michel Foucault, a verdade pode ser reivindicada como justificação racional para aqueles que procuram governar a conduta de outrem quanto instrumento de resistência para aqueles que enfrentam tal condução a partir de uma contra conduta.

Um saber é aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um status científico; (...) um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso; (...) um saber é também o campo de coordenação e de subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam; (...) finalmente, um saber se define por possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso (FOUCAULT, 2013, p.220).

Visto que, a constituição do saber é resultado das práticas de disciplina que se estendem ao longo do tempo e que são analisadas, ou seja, trata-se de uma organização de coisas para produzir conhecimento (FOUCAULT, 2013). Sendo a verdade, produto de sua época. E resultado do choque de conhecimentos, e assim, cada sociedade produz as suas verdades, pautando-se em seus próprios discursos. Na qual, o ato discursivo não é um ato interpretativo, mas sim um ato que busca a legitimação da verdade produzida pelo sujeito.

5 As relações de poder no campo cibernético

“As luzes que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas” (FOUCAULT, 2013). Concernindo o poder, em suas relações, não sendo este unitário ou centralizando. Estando disperso, gerando

ações, e relações flutuantes. Ocorrendo descentralizadamente, tangendo este como: ações sobre ações. Existindo incorporado nas relações sociais, que por meio de seus mecanismos, atua como uma força. Constando a existência de uma rede de microfísica do poder, que é articulada ao Estado, mas, que perpassa por toda a estrutura social. Ratificando que, as ligações de poder, transcende o polo estatal, existindo ramificada no povo. Sendo esta, uma prática social. Sinalizando os contornos para distinguir, como um sujeito se exerce sobre o outro sujeito. Assim, afirma Foucault:

Não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras, mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está em mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder, e de sofrer sua ação; nunca são alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles. (FOUCAULT, 1989, p. 183).

Assim, a própria dinâmica do poder foi sendo reorganizada em torno de uma sobreposição de dispositivos de controle e punição que impregnaram a cultura e os indivíduos modernos de um forte caráter vigilante e participativo. O uso desse campo digital é objeto de disputa no que tange à regulação nas relações da rede. Dependendo do uso dos poderes e contrapoderes, as tecnologias da informação podem confirmar a manutenção do estado que já se encontrava antes, produzindo as subjetividades que lhe são adequadas. No entanto, dentro desse poder, existem forças de resistência que produzem “uma série de saberes que são qualificados como não competentes ou insuficientes elaborados”

(FOUCAULT, 1984, p. 170), que se utilizam desses saberes competentes de uma forma não esperada ou desejada

O fato notório contemporâneo, é que a soma dessas redes e dos saberes que se estabelecem a partir dela constituíram um novo dispositivo de poder, à medida que as relação passa a ocorrer nesse meio, transmutando as linguagens e habilidades, para que estas sejam compatíveis com a rede. O diferencial das novas tecnologias, consiste em escassez de protocolos éticos rígido. Juntamente como o fato de que as comunidades virtuais, definem e objetivam códigos informais de conduta. “Os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e sofrer sua ação.” (FOUCAULT, 2009).

Tem-se uma forma de poder que, por sua vez, não é individualizante, mas massificante: o biopoder. E esse poder é entendido, não unicamente como repressivo, mas também como produtivo, pois induz, propõe, aponta, e faz surgir coisas novas. "Nas sociedades modernas, os poderes se exercem a partir do próprio jogo de heterogeneidade entre o direito público da soberania e o mecanismo polimorfo das disciplinas" (FOUCAULT, 2009, p. 189).

Esta análise trabalha com a ideia de um poder produtor, emaranhado com e em microssituações sociais, e a estrutura que tecnologia dispõe, de onde se vê emergir novos sujeitos e subjetividades, mas que propicia também novas brechas para resistências. Foucault mostrou que em todas as épocas existiram outros saberes paralelos aos saberes tidos como qualificados, existem também hoje saberes que estão sendo “sepultados, mascarados em coerências funcionais ou em sistematizações formais” (FOUCAULT, 1984, p. 170). Nas culturas modernas, podemos perceber que o poder não é centralizado, não possui um centro fixo, então o controle social fica dividido em uma grande variedade de elementos de vigilância. E o monitoramento das ações realizadas pelo indivíduo no ciberespaço, se vem a partir dos rastros deixados pela ação por ele realizada.

Considerações finais

Buscou-se neste artigo demonstrar, segundo as considerações traçadas nas obras do filósofo Michel Foucault, as condições envolvidas para ocorrência do conhecimento, já que, para este, o conhecimento e o poder estão interligados. A investigação efetuada sobre o saber deve estar embasada nas relações de poder que o legitimam. Para isso, o autor aborda a concepção de discurso, oriunda de cada grupo ou instituição como forma de sustentação e ideologia legitimada. Para ele, não há uma dissociação entre o poder e o conhecimento, ou seja, para Foucault, o conhecimento é oriundo de uma luta de poder e das relações de poder.

Com o avanço das novas tecnologias de comunicação, novas questões surgem para todas as áreas. Destarte, o campo cibernético intensifica a dimensão desses dispositivos de controle, é que a soma dessa rede e dos saberes que se estabelecem a partir dela constitui um novo dispositivo de poder, ao mesmo que corroborou para que indivíduos se tornassem fontes de poder e sujeitos nos sistemas de vigilância e controle na grande rede. Todos os incluídos nos sistemas tecnológicos são vigiados e controlados.

A globalização dos fluxos de informação e vigilância, moldou os indivíduos, que vivem e se relacionam sob o signo de uma pseudo liberdade, impulsionada pela capacidade de comunicação global entre os sujeitos em rede, e a repressão de comportamentos sob a perspectiva de dominação presente nas malhas de poder que se cruzam na internet. Esses dispositivos de vigilância moldam o caráter participativo dos indivíduos conectados às malhas de poder nos espaços de fluxos. O olhar, como afirma Foucault, constitui-se na grande arma de controle e repressão sobre os indivíduos. Na atualidade, os dispositivos de vigilância e controle que se encontram nas novas tecnologias, e em especial na internet, formularam novo espaço para interação social e manifestação de poder.

Neste sentido, o presente artigo, como foi citado no início, propôs-se a analisar sobre a discursividade dentro das relações de poder e vigilância

no campo digital, enfatizando o poder no discurso. Com objetivo em elucidar a visão de Foucault referente a vigilância e sua relação com o poder, trazendo sua dimensão para a contemporaneidade no campo digital, com os mecanismos de controle e vigilância das redes de controle, que passam a internet, atingindo diretamente o processo de criação e transformação do próprio jogo de poder

Referências

ARTUSO, Alysson Ramos. “**Subjetivação e a educação através da internet.**” Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/er/n26/n26a09.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

BARRETO, Paulo Jefferson. “**Vigiar e punir: a internet e as redes de poder participativo na era da globalização.**” Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2012/resumos/R7-1173-1.pdf>>. Acesso em 19 de Setembro de 2019.

BARRICHELLO, Eugenia Maria Mariano da Rocha e MOREIRA, Elizabeth Huber. “**A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação.**” Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/intexto/article/view/File/50075/34203>>. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

BODART, Cristiano Das Neves. “**O poder em Foucault.**” Disponível em: <<https://cafecomsociologia.com/o-poder-em-michael-foucault/>>. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

BORDIN, Tamara Maria. “**O saber e o poder: a contribuição de Michel Foucault.**” Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/download/5088/4925/>>. Acesso em 20 de Setembro de 2019.

BRITO, Leila. “**O poder segundo foucault.**” Disponível em: <<http://www.chacomletras.com.br/2010/03/o-poder-segundo-foucault/>>. Acesso em 17 de Agosto de 2019.

CANDIOTTO, Cesar. “**Foucault: uma história crítica da verdade.**” Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v29n2/v29n2a06.pdf>>. Acesso em 19 de Setembro de 2019.

CHIAVERINI, Tatiana. “**A origem da pena de prisão.**” Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 17 de Agosto de 2019.

CROSSELLI, Luis Eduardo. “**Vigiar e Punir.**” Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=19>. Acesso em 17 de Agosto de 2019.

DESCONHECIDO, Autor. “**Michel Foucault – Só História.**” Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/biografias/foucault/>>. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 40. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

MARTINS, Eliezer Pereira. “**Poder e verdade em Michel Foucault.**” Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38989/poder-e-verdade-em-michel-foucault>>. Acesso em 15 de Agosto de 2019.

TAKANA, Maria Eduarda. “**Fichamento Vigiar e Punir, de Michel Foucault.**” Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/48881414?utm_campaign=androidarquivo&utm_medium=mobile>. Acesso em 19 de Setembro de 2019.

Uma análise de decisão judicial sobre violência de gênero contra grupo LGBTQI+ à luz do discurso de Foucault

Ana Luiza Leles Nonato
Sophia Silva Fagundes Ribas

1 Introdução

No Brasil, as mulheres lideram o ranking de maiores vítimas de violência física, conforme o Mapa da Violência de Gênero em 2019. Em 2017, foram registrados 209.580 casos, dos quais elas foram 67% das pessoas agredidas fisicamente (Sinan¹). No Distrito Federal, esse índice chegou a 75%, e o mais baixo foi 54%, no Amazonas. Na versão mais recente do Mapa, ainda em 2017, 76% dos registros tratavam de violência física, tanto para pessoas homo/bi quanto para pessoas trans, cuja identidade de gênero é tida como transexual mulher, transexual homem ou travesti.

A situação acima retratada não se limita ao espaço urbano, mas é um espelho que se reflete também nos ambientes privativos de liberdade. Cerca de 95% das mulheres encarceradas no Brasil já sofreram ou sofrem algum tipo de violência dentro das prisões, enquanto 67% da população LGBTQI+ foi agredida enquanto estava presa².

¹ Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

² A informação foi dada pela secretária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Sílvia Rita Souza, em audiência pública sobre a violência de gênero nos presídios femininos realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados.

Levando em consideração tais informações, percebe-se a importância da realização de pesquisas no contexto da violência de gênero, com especial foco na população LGBTQI+, influenciadas pela exacerbada invisibilidade desse grupo e necessidade de maiores discussões. Nesse sentido, o objeto geral de pesquisa será analisar o discurso de Michel Foucault inserido na liminar, concedida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, para determinar a colocação do preso em questão, reconhecidamente como travesti, em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero.

Para tanto, será tratada a perspectiva analítica do poder que, para Foucault, é uma prática social constituída historicamente e que não está contido em uma única instituição, mas inserido em todas as relações sociais. Tais relações são marcadas pela disciplina que se estabelece em vínculos hierárquicos e opressores, os quais corroboram para a perpetuação da violência de gênero.

Nessa perspectiva, estabelecem-se os seguintes pressupostos de pesquisa: (1) A violência de gênero é um problema estrutural e cultural que, a pesar da criação do aparato legislativo em prol da sua mitigação, não se observa avanços; (2) Essa violência é intensificada em se tratando da comunidade LGBTQI+; (3) O ambiente do cárcere corrobora para que a opressão e discriminação sejam perpetradas, principalmente, contra a mulher e sobre quem se reconhece assim.

Tendo em vista esses pressupostos, os questionamentos que se procuram ser respondidos nesta pesquisa são: (1) De que forma a violência de gênero se insere nas prisões? (2) O grupo LGBTQI+ é alvo de dupla vulnerabilidade? (3) Como o discurso analítico de poder para Foucault é interpretado na referida sentença?

Primeiramente, introduzir-se-á uma apresentação da biografia de Michel Foucault, a fim familiarizá-lo com o leitor. Em seguida, será feita uma contextualização do objeto de pesquisa, mostrando a relação entre violência e gênero, e de que forma esses elementos combinados atuam no âmbito social e dentro das prisões. Em um terceiro momento, a

perspectiva analítica do discurso de Foucault será analisada, e conceitos como soberania, disciplina e biopolítica serão utilizados como alicerce para o entendimento desta pesquisa. Por fim, relacionar-se-á esses conceitos com a sentença, no intuito de identificar a presença deste discurso em um caso concreto.

2 Biografia do autor

Michel Foucault, um dos maiores nomes da filosofia contemporânea, nasceu em Poitiers, no oeste da França, em 1926. Sua família era composta basicamente por médicos: Paul-André Foucault, seu pai, foi um cirurgião famoso e filho de um conhecido médico da região, sua mãe, Anna Malapert, não pode realizar o sonho de ser médica, pois o espaço universitário não era destinado às mulheres no início do século XX, mas era filha de um médico cirurgião; seu irmão mais novo também ingressou na carreira médica.

Toda essa influência não foi suficiente para fazer com que Foucault seguisse essa área como carreira, mas foi necessária para fazer surgir um interesse que guiou e foi base para muitos dos seus estudos. Além disso, em 1948, após uma tentativa de suicídio, iniciou um tratamento psiquiátrico, o qual o colocou ainda mais em contato com a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise, leu obras clássicas como Platão, Hegel, Marx, Nietzsche, Husserl, Heidegger, Freud, Bachelard, Lacan e outros, aprofundando-se em Kant, ainda que criticasse a noção do sujeito como referência de todas as coisas, já que, para ele, o homem é produto das práticas discursivas. Dois anos depois, Foucault se licenciou em Filosofia na Sorbone e no ano seguinte formou-se em psicologia.

Os Estados Unidos atraíram Foucault em função do apoio à liberdade intelectual e de expressão, onde ele pôde viver sua sexualidade sem os julgamentos sociais. Talvez influenciado por essa liberdade, que Foucault buscou entender a origem da opressão, da discriminação e da violência e de que forma isso rege as relações sociais como um todo.

Diversas foram as obras e contribuições de Foucault para a filosofia, sociologia, antropologia, psicologia, história e arte contemporâneas, já que, com seu olhar inovador, versou sobre temas atemporais que transcenderam o espaço, o tempo e os pensamentos então vigentes. Entretanto, aprofundar-se-á, neste artigo, nas obras *Microfísica do Poder*, *Biopolítica*, *História da Sexualidade* e *Vigiar e Punir*, além de fazer correlações com outros escritos e entrevistas dadas por ele durante sua trajetória.

3 Contextualização do objeto de pesquisa

Recorrentemente trabalham-se problemas sociais de forma isolada, como se os elementos que compõem o complexo emaranhado das relações humanas agissem sozinhos em contextos sociais. Violência e gênero, assim, são dois elementos que são associados quando se fala sobre a violência de gênero, como é o caso da violência doméstica, mas ainda pouco se discute a relação que existe entre violência e gênero, e, principalmente, por que ela se reproduz.

Isso, observando especificamente a situação da criminalidade e encarceramento no Brasil, a qual, apesar da ignorância difundida pela mídia, possui cor, gênero e classe social. A violência contra a mulher está marcada intensamente por um traço de prevalectimento, o qual, por muito tempo, foi sustentado, e legitimado, por tratamento jurídico que dava ao homem, direitos e benefícios não extensíveis às mulheres.

Um exemplo do que se afirma vem do Direito Constitucional brasileiro: a despeito de nossas constituições sempre agasalharem, em seu interior, a máxima "todos são iguais perante a lei", sendo que quase a totalidade delas proibiu, expressamente, qualquer distinção em razão, dentre outros, de critérios baseados no sexo, foram convalidadas e criadas inúmeras leis elaboradoras de diferenças, contrariando, assim as disposições constitucionais. Somente com a Carta de 1988 é que mulheres e homens, no Brasil, galgaram a igualdade jurídica. A isonomia

de fato, entretanto, ainda não foi alcançada. No Brasil, dois séculos separam mulheres e homens da igualdade.

A fim de que avanços possam ser operados com mais agilidade foram criados instrumentos jurídicos (nacionais e internacionais), todos no sentido de estabelecer o direito das mulheres à não violência como categoria merecedora de uma proteção especial.

E o que tem de tão diferente na violência contra a mulher que não se encontra presente quando a vítima é do sexo masculino e que faz com que sejam necessários instrumentos especiais (nacionais e internacionais) de proteção? É que, ao contrário da violência contra os homens, a violência contra as mulheres encontra-se legitimada socialmente, mesmo que cada vez menos. Ainda persistem práticas discriminatórias que colocam a mulher em situação de inferioridade a respeito dos direitos e liberdades essenciais. Esse é um tema de especial importância, principalmente quando se verifica que as práticas discriminatórias levam às práticas violentas e vice-versa.

Na civilização ocidental, predomina um sistema dualista de pensamento: racional/irracional; ativo/passivo; abstrato/concreto, sendo os primeiros identificados ao masculino, e, os segundos, ao feminino, significando “que se atribuem às mulheres características ‘inferiores’ como a irracionalidade, o sentimentalismo, a passividade. Essa é uma forma de organizar o pensamento e, conseqüentemente, as relações sociais entre indivíduos de sexos diferentes, garantindo a supremacia masculina.” (OSLEN apud SABADELL, 2010, P.270). É nesse contexto que surge o debate sobre direitos especificamente femininos.

Em termos internacionais os principais instrumentos de proteção à violência contra a mulher são: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Belém do Pará.

Ambos os documentos internacionais reconhecem que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui uma grave

violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Mencionam, ainda, que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre os sexos.

Diante da perspectiva das minorias representativas e dando continuidade à violência correlacionada ao gênero, o Brasil é um dos países que mais mata pessoas por motivações homotransfóbicas, ou seja, exclusivamente em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas. Em 2017, uma pessoa LGBTI+ foi assassinada por crime de ódio a cada 19 horas no Brasil, segundo dados do Grupo Gay da Bahia. Em 2018, o índice foi de uma pessoa assassinada a cada 20 horas.

Paulo Iotti, advogado da PPS³, explica que o objetivo da criminalização da homofobia não é a busca por nenhum “privilégio” ou “doutrinação”, mas simplesmente a garantia de dignidade. “O bem jurídico [que será protegido com a criminalização da homofobia], entendo, é a tolerância, e, vejam, estou abaixo do respeito. Respeito é tratar o outro como igual. Ao tolerar você até pode entender o outro como inferior, até pode não o aceitar, mas pelo menos não o ofende, não o discrimina, não o agride, não o mata”.

Estendendo essa realidade para o sistema carcerário, a dupla vulnerabilidade dos presos LGBTI+ se estabelece, uma vez que, o Brasil conta hoje com mais de 607 mil pessoas encarceradas, de acordo com os últimos dados do Ministério da Justiça, de 2014. Atualmente, a taxa de superlotação do sistema penitenciário ostenta um índice epidêmico de 166%, segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de 2014.

Foucault é conhecido pelo conceito de disciplina, ou microfísica do poder, estratégia das classes dominantes para criar uma ideologia de submissão, produz corpos dóceis e úteis, capazes de fazer o que queremos e operar como queremos, mediante recursos de adestramento fundados no panóptico (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e

³ Partido Popular Socialista.

exame), cujo modelo exaustivo é a prisão, núcleo da gestão diferencial das ilegalidades promovida pelo sistema de justiça prisional. Das 1.423 unidades prisionais, apenas 100 (15%) possuem alas destinadas ao público LGBTI+. A escassez de dados estatísticos sobre esta parcela da população prisional é um indício da invisibilidade sofrida por eles dentro e fora das cadeias.

Além dos problemas intrínsecos do sistema prisional brasileiro, entre os desafios enfrentados pelos LGBTs encarcerados estão a ausência de acompanhamento médico e psicológico, a falta de recursos para cirurgias de redesignação sexual e a existência de poucas alas especiais. Além disso, quase não há acesso aos tratamentos com hormônios para trans e o desrespeito à utilização do nome social é constante.

O mestre em Antropologia Social pela USP Marcio Zamboni analisa a relação entre as dinâmicas de organização do espaço prisional e as formas de identificação e diferenciação entre presos por conta do gênero e sexualidade. Para tanto, realizou entre 2015 e 2016 entrevistas com transexuais e travestis egressas do sistema penitenciário. No fim de 2016, passou a visitar prisões como agente da pastoral carcerária. Diante dos seus estudos, é possível perceber que, lançar um olhar sobre esta população, historicamente segregada e despida de seus direitos fundamentais no sistema penitenciário, é necessário, uma vez que, o crime, sem sua estrutura, é machista.

4 Análise do discurso de Foucault

Para obter uma pesquisa mais específica, busca-se delimitar os estudos de Foucault ao objeto, uma vez que seus escritos versam sobre diversas linhas de pensamentos que, a pesar de agregar conhecimento, estenderia em demasiado essa discussão.

Primeiramente, é importante entender que Foucault não procurou formar uma Teoria do Poder, por atribuir uma função de poder muito mais do que de instrumento de conhecimento, mas tentou identificar de

que forma esse poder está presente nas relações sociais, na atuação dos sujeitos sobre outros sujeitos; dessa maneira, ele preferia chamar seus estudos de “cuidados metodológicos” ou perspectiva analítica.

Nessa perspectiva analítica, o conceito de poder subdivide-se em três racionalidades que funcionam juntas: soberania, disciplina e biopolítica.

A soberania, caracterizada pelo domínio do monarca sobre todas as instituições, o qual dispunha de todos os recursos para supliciar qualquer um que quebrasse a lei. O poder do soberano tinha, portanto, em suas formas de exercício a legitimidade do suplício como ato de justiça, que seria exposto ao público e confessado pelo condenado para fazer com que a natureza do crime seja lembrada (FOUCAULT, 2009, p. 45). Sobre o poder punitivo do soberano:

Ele é encarregado, de algum modo, de proclamá-la, e dessa maneira, de atestar a verdade do que lhe foi reprovado: passeio pelas ruas, cartaz lhe é pendurado nas costas, no peito ou na cabeça para lembrar a sentença; paradas em vários cruzamentos, leituras do documento condenação, confiscação pública á porta das igrejas, durante o qual o condenado reconhece seu crime[...] (FOUCAULT, 2009, p.44)

O exercício do poder soberano funcionava bem no feudalismo, mas foi aos poucos sendo substituído pela ideia de poder sem rei⁴, isto é, no poder sem uma pessoa, autoridade, ou instituição que o determina de forma autoritária e hierárquica; surgindo então o poder disciplinar.

O poder disciplinar em Foucault, não está localizado em uma única instituição como o poder soberano, procede à distribuição dos indivíduos no espaço (Foucault, 2008:121), segundo o qual cada um tem a função de vigiar e controlar as mínimas parcelas da vida e do corpo humanos.

É um mecanismo [a disciplina] que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de

⁴ História da Sexualidade; A vontade de Saber.

sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente se apoia no princípio, que representa simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina” (Microfísica do Poder, p. 187-188);

A disciplina busca adestrar o indivíduo de forma que sua finalidade é criar corpos economicamente úteis e politicamente dóceis. É importante destacar que para Foucault (2008:119) corpos dóceis são corpos maleáveis e moldáveis, o que significa que a vigilância constante de um indivíduo sobre o outro faz com que a sociedade se adapte às diversas formas de dominação e, conseqüentemente, normatize as relações de violência e discriminação de gênero que são estabelecidas.

Esse tipo de poder se constitui sob a forma do Panóptico, tido para Foucault como a representação arquitetônica de um edifício em forma de anel, dividido em pequenas celas, no qual tudo o que era feito pelo indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante, que ninguém poderia ver, fazendo com que os indivíduos ali situados medissem suas ações por simplesmente imaginar que alguém os observava. O poder, nesse caso, é feito pelos presos e para os presos, e sobre isso o autor relaciona em seu livro *Vigiar e Punir*:

A multidão, massa compacta, local de múltiplas trocas, individualidades que se fundem, efeito coletivo, é abolida em proveito de uma coleção de individualidades separadas. Do ponto de vista do guardião, é substituída por uma multidão enumerável e controlável; do ponto de vista dos detentos, por uma solidão sequestrada e olhada (FOUCAULT, 1975, p. 190-191)

Além disso, como forma de poder disciplinar, Foucault apresenta a hipótese repressiva da sexualidade, que tinha na moral burguesa e reprodução do modelo familiar heterossexual, o símbolo da repressão e interdição do sexo. Para ele, a relação de poder passa por nossa carne, nosso corpo, nosso sistema nervoso (Foucault, 2002, p.151), dessa forma impedindo o indivíduo de seguir seus próprios impulsos biológicos.

Depois de regulamentar a vigilância no lugar da punição, Foucault começa a buscar um conjunto de estratégias para regular todos os aspectos da existência humana. A biopolítica, então, visa manter e ampliar a dominação social pelo poder. Para tanto, Foucault conceitua:

Biopolítica: eu entendia por isso a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças[...]" (FOUCAULT, 1979, p. 431)

5 Análise da decisão judicial à luz do discurso de Foucault

Na referida decisão a paciente, reconhecidamente como travesti, identificada por D. S. S. alega, por meio da Defensoria Pública, sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravo n. 70080189442), que não lhe deferiu, no cumprimento de pena em regime semiaberto, o pernoite em cela feminina, dada "sua condição de gênero, possuindo aparência e características femininas" (fl. 4).

D. é reconhecidamente travesti, integrante da comunidade LGBTQI+. Trata-se de indivíduo extremamente vulnerável, o qual está sendo submetido, ao ser mantido junto ao alojamento masculino, a evidente violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual. Mais, por ser pertencente a um grupo minoritário, sofre, não só com a desigualdade decorrente de uma sociedade ainda patriarcal, mas pela sua situação agravada pela inserção no mundo do crime, que as marginaliza duplamente, tendo que, no sistema carcerário, por vezes, como dizia Foucault, acabar sujeitando-se a múltiplos dispositivos de obediência e humilhação (fl. 6).

O poder intrínseco às relações sociais pode ser visto na declaração da defesa, na qual o integrante da comunidade LGBTQI+ sofre diariamente violência das mais variadas formas que são proferidas com o intuito de manter a disciplina no ambiente de privação de liberdade. Ainda de acordo com a impetrante:

Essa separação das penitenciárias entre homens e mulheres gera evidente violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que desconsidera as identificações de gêneros das pessoas recolhidas que não se enquadram nem como homens, nem como mulheres cisgêneros por conta das peculiaridades de transgeneridade, que fogem da heteronormatividade. Para piorar, ausente legislação específica de proteção. Por tal razão houve a necessidade de que se estabelecesse princípios norteadores a regular situações como a presente, daí a razão de ser do documento de Yogyakarta⁵. (fl. 7)

Consta ainda, nos autos da decisão, o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADO 26/DF (Pleno, j. 20/2/2019):

A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito.

Essa ausência de reação estatal, segundo as ideias de Foucault, pela interdição sexual utilizada como forma de disciplina, na qual a identificação de gênero das pessoas travestis e transexuais seria uma anomalia à regra estabelecida pelo poder. Contudo, o juiz competente pelo requerimento concedeu a liminar para determinar a colocação da paciente em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero, conforme estabelecido pelos direitos humanos.

Outrossim, como esclarece o autor, é possível lutar contra a dominação representada por certos padrões de pensamento e comportamento sendo, no entanto, impossível escapar completamente a todas e quaisquer relações de poder.

⁵ Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementar os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. No entanto, os especialistas também enfatizam que muitos outros atores têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. São feitas recomendações adicionais a esses outros atores, que incluem o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não governamentais e financiadores.

6 Método e resultados

O método utilizado para confecção deste artigo foi o interpretativo. Para tanto, foram analisados os estudos de Foucault, que versam sobre o poder e a forma como ele está inserido em diversas esferas sociais como nas relações hierárquicas entre os indivíduos, na maneira com que a sexualidade é tratada e na vigilância constante que é exercida de uma pessoa para outra. Além disso, relacionamos esses estudos com o caso concreto, que foi a decisão judicial que permitiu que o membro da comunidade LGBTQI+, reconhecidamente travesti, pernoitasse em cela feminina, enquanto cumpre pena privativa de liberdade.

Como resultado, entendemos que a violência de gênero está inserida nas prisões e é um reflexo das discriminações e violações aos direitos humanos presentes fora dela, uma vez que, como exposto, o poder que gera a opressão não está ligado a apenas uma instituição, mas difundido em todos os indivíduos, o que torna muito difícil se desvencilhar dele.

Sendo assim, os grupos minoritários nas prisões, especificamente o grupo LGBTQI+, sofrem uma dupla invisibilidade, uma vez que, além dos preconceitos sofridos entre a sociedade, têm sua existência diminuída no ambiente carcerário, quando a eles não são garantidos os direitos que lhes são atribuídos, corroborando para a violência impetrada pelos próprios apenados.

Considerações finais

Apostar no Direito Penal, ainda que simbolicamente, como instrumento capaz de diminuir a LGBTfobia ou qualquer tipo de violência é utópico, uma vez que o Brasil é um dos países que mais matam LGBTs no mundo por motivações homofóbicas, ou seja, exclusivamente em razão da orientação sexual. Diariamente, são vidas que se perdem, honras que se ferem, espaços que se privam em razão da ignorante homotransfobia

dominante na sociedade, no sistema carcerário e entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. É, portanto, urgente que sejam tomadas medidas eficazes de combate a estes trágicos números.

Entender o direito à identidade de gênero e à orientação sexual como um direito subjetivo é uma forma de garantir a dignidade da pessoa. No caso do ambiente prisional, essa é uma garantia fundamental, pois se trata de um ambiente favorável a uma vulnerabilização ainda maior dessa população. As resoluções são um passo na direção da garantia de direitos básicos de grupos específicos dentro de um ambiente já intrinsecamente vulnerador. Mas o trabalho ainda não terminou.

Sob a ótica Foucaultiana, o comportamento social construído ao longo da história, os instrumentos de dominação do patriarcado, com raízes machistas, sexistas e misóginas, movimentam uma rede que manipula os corpos, o prazer e dita a forma de se relacionar, criando estereótipos que quando desvinculado do heteronormativismo, sofrem grandes repressões nas diversas esferas da vida.

Correlacionando a decisão judicial com a perspectiva analítica de Foucault relativamente às estruturas de poder e dominação, compreende-se a importância de entender e lutar contra padrões de pensamentos e comportamentos pré-estabelecidos, a fim de obter, igualdade e fidelidade aos direitos fundamentais ainda que em restrição parcial de liberdade.

Referências

BRITO, DÉBORA - Humanização de presídios femininos é defendida em audiência pública - 2017. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-04/audiencia-publica-discute-violencia-de-genero-nos-presidios-femininos>>.

Acesso no dia 26 de agosto de 2019.

CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de Saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1997.

FOUCAULT, Michel. O Panoptismo. In: **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 186-214.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

Heverton Garcia de Oliveira e Teresa Rodrigues Vieira. **A dupla vulnerabilidade do preso LGBT**. In: Tereza Rodrigues Vieira (org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p. 407-419.

KELLY, Mark. Michel Foucault (1926–1984). Internet Encyclopedia of Philosophers. Disponível em <<<https://www.iep.utm.edu/foucault/>>>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

Michel Foucault em *Só História*. Virtuuous Tecnologia da Informação, 2009-2019. Disponível na Internet em <<http://www.sohistoria.com.br/biografias/foucault/>>. Acesso no dia 1 de setembro de 2019.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo:RT, 2010, p, 270.

**A colisão entre princípios:
liberdade de informação x direito ao
esquecimento à luz da teoria de Robert Alexy**

César Augusto Lima Vieira

Vinicius Jesus Lopes

1 Introdução

A partir do século XX os princípios ganharam elevada importância do sistema jurídico, pois houve um afastamento da soberania utilizada no conflito de regras, - que tinha como base a diferença hierárquica cronológica e da especialidade - por não se mostrarem satisfatórias no que tange a resolução de conflitos, pois devido a nova interpretação constitucional, passou-se a utilizar cláusulas gerais, conceitos indeterminados, boa-fé objetiva e elementos axiológicos como meio de interpretação jurídica, na qual tinham como objetivo elementar garantir um dos princípios fundamentais da constituição brasileira : a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, para verificar a colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento, é primordial a realização de uma análise legislativa, jurídica e dogmática sobre o tema, no qual, dentre outros doutrinadores mencionados o jurista e filósofo alemão Robert Alexy tem grande relevância, devido a sua contribuição no que diz respeito à justificação e ao discurso no livro teoria da argumentação jurídica, juntamente com a diferença entre princípios e regras em sua obra teoria

dos direitos fundamentais, no qual, ressalta de que forma dois elementos com o mesmo grau de hierarquia constitucional podem ser ponderados.

Outrossim, como recorte legislativo, faz-se necessário uma verificação dos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5 da Constituição Federal de 1988, em paralelo com os direitos de personalidade positivados no código civil de 2002 em seus artigos 11 ao 21. Tudo isso, com o intuito de que acadêmicos de direito, juristas, advogados e a sociedade como um todo possam absorver um melhor entendimento acerca da ponderação, colisão de princípios e direitos personalíssimos inerentes a toda e qualquer pessoa humana e, além disso, refletir qual a importância da liberdade de informação e expressão no ordenamento jurídico, que durante anos foi cerceada no cenário histórico brasileiro, principalmente, durante o regime militar instaurado de 1964 a 1985, que por vezes, está em colisão com o direito à privacidade, que engloba internamente o direito ao esquecimento a intimidade a vida privada a honra e a imagem das pessoas.

2 Robert Alexy e a colisão dos direitos fundamentais

Robert Alexy nasceu na cidade alemã de Oldenburg, no dia 9 de setembro de 1945. Possui formação em Direito e Filosofia, na Universidade Georg-August, de Göttingen. Seu PhD, defendido em 1976, rendeu o livro “Teoria da Argumentação Jurídica”, publicado em 1978 que foi difundido mundialmente. Já em 1984, produziu outro trabalho de grande relevância internacional, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um clássico da Teoria do Direito. Essas duas obras constituem as bases da Filosofia do Direito de Alexy, que se compõe em um sistema jurídico, envolvendo os Direitos Fundamentais e a Argumentação Jurídica.

Dessa maneira, Alexy tem grande relevância no que se refere a análise da colisão de princípios no ordenamento jurídico, no qual os conceitua como:

Mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (ALEXY, 1986, p. 117)

Os princípios têm como característica fundamental, assim como as regras, o seu aspecto deontico, no qual emerge para um status quo ideal. No entanto, diferencia-se das regras na sua base qualitativa, pois enquanto os princípios se embasam na amplitude fática e jurídica ao seu redor, levando como fundamento a proporcionalidade e a ponderação, as regras são mais restritivas, versando principalmente sobre o aspecto do tudo ou nada, não podendo assim, duas regras conflitantes conviverem de forma harmônica na mesma sistemática jurídica.

Dessa forma, diante da colisão de dois direitos fundamentais com o mesmo grau de hierarquia e importância constitucional, é necessário levar em conta as características dos princípios, no qual a proporcionalidade, adequação, necessidade e a razoabilidade- como objetivo de correção - são imbuídos de solucionar o conflito entre a liberdade de informação de um lado e o direito ao esquecimento em outro.

Além disso, por conta da nova interpretação constitucional, que proporcionou uma relevante valorização dos princípios e critérios axiológicos, tendo como fim garantir a dignidade da pessoa humana, o intérprete da lei ganhou uma maior autonomia e discricionariedade na decisão jurídica, não sendo apenas um mero reproduzidor das normas como no critério legalista de subsunção, mas sim um juiz que verifica a legitimidade de condutas baseado na análise cirúrgica do caso concreto.

No entanto, não se pode confundir discricionariedade do intérprete com arbitrariedade, parcialidade e valoração nas decisões, desse modo, toda e qualquer interpretação jurídica deve ter um fundamento, com uma argumentação plausível e válida, levando em consideração à condição individual de ambas as partes na lide. Assim, em uma decisão

do magistrado, é de fundamental importância o argumento que foi utilizado, a justificação (interna e externa), pois, para evitar qualquer tipo de desvio de finalidade, faz-se necessária uma análise do discurso, que deve levar como base a razoabilidade e a proporcionalidade, não sendo possível assim, realizar a ponderação sem um discurso, ou seja, sem argumentação.

Dessa maneira, para verificar qual princípio terá precedência em face do outro, no conflito entre liberdade de informação e direito ao esquecimento, é necessário estabelecer critérios, dentre os quais (BARROSO, 2004) elenca: a veracidade do fato, licitude do meio empregado na obtenção da informação, personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, local do fato, natureza do fato dentre outros. Entretanto, antes de qualquer juízo de valor superficial sobre prevalência de direitos, é necessário verificar quais são as partes em questão, juntamente com as características e elementos de cada uma, na qual será explicitada nos tópicos seguintes.

3 Liberdade de expressão e informação

A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade (LÚCIA *apud* CANOTILHO, 2015, p.54)

Indubitavelmente, a liberdade de informação e expressão são de suma relevância para se fundar uma sociedade plural e democrática, pois não há como se falar em Estado Democrático de Direito se houvesse forças que suprimissem a garantia da livre manifestação da sociedade.

No Brasil, esse direito está expressamente tutelado no artigo 5º da Carta Magna de 1988, a exemplo do inciso IX “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença” (BRASIL, 1988) contudo ela não se resume apenas no seu aspecto normativo, mas também na relevância histórico-social dada pelo fim do Regime militar; a volta da liberdade de informação e o fim da censura Estatal.

Além disso, conforme salienta Pedro Lenza (2018, p.1119) a liberdade de informação compõe o rol de direitos personalíssimos - intrínsecos ao próprio ser humano, mas eles não são absolutos pois o mesmo ordenamento que protege essa garantia, à restringe, como no artigo 20 e 21 do Código Civil que defende a proteção da imagem e da vida privada do indivíduo, respectivamente. Ademais, há outras maneiras implícitas que a sistemática jurídica brasileira se utiliza para coibir os abusos aos direitos personalidade, como se verifica diante ao Direito ao Esquecimento e o seu embate com a Liberdade de informação e expressão no caso concreto.

4 O direito ao esquecimento e a sua origem

A priori, é importante abordar sobre o conceito antes de discorrer sobre essa temática. Direito ao esquecimento trata-se da possibilidade de impedir que um fato, ainda que verídico, seja exposto à sociedade. A exemplo disso, é notório o avanço dos meios de comunicação, visto corriqueiramente que a facilidade no acesso a informações se tornou descomplicado, no qual, em apenas alguns minutos de busca é possível conhecer com tamanha transparência o passado e a vida privada das pessoas, as quais, em muitos casos, querem manter esses informes em sigilo. Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento emerge para resguardar a dignidade do particular, no qual a exposição da sua intimidade possa causar-lhe danos severos.

[...] o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos preteridos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p.154)

Após várias transformações e conquistas de garantias fundamentais, a ciência jurídica passou a entender que não é só do presente e do futuro almejado que se vive de forma digna, mas a proteção do passado é de suma importância para a preservação da integridade humana. Todavia, o esquecimento não muda cronologicamente o que aconteceu no passado ou recupera o tempo perdido, mas possibilita que o indivíduo possa dispor dessas lembranças sem que elas assombrem o presente, o futuro e acima de tudo a sua dignidade-sugestão dignidade-.

Em relação a origem do Direito ao Esquecimento há diversas controvérsias: algumas correntes doutrinárias afirmam que os primeiros indícios ocorreram na França, outras na Alemanha e nos Estados Unidos. Todavia, a concepção alemã é mais adequada para este comparativo, devido às semelhanças entre o ordenamento brasileiro e também ao célebre caso intitulado de “*Lebach*”, onde ocorreu em uma cidade de mesmo nome no oeste do país em 1969. O fato iniciou quando um grupo de criminosos assaltaram um depósito de armas e munições, que resultou na morte de quatro soldados responsáveis pela segurança do local e um gravemente ferido, fora que o grupo armado obteve êxito subtraindo diversos armamentos bélicos mantidos no local.

No ano subsequente, três suspeitos foram capturados pelas autoridades: dois deles foram condenados à prisão perpetua e o outro sentenciado a seis anos de detenção. Após quatro anos do incidente, um jornal local começou a produzir um documentário acerca do ocorrido, expondo assim imagens, nomes e dados de todos os integrantes da empreita criminosa. No entanto, ao saber deste fato, aquele que havia sido condenado aos seis anos adentrou com uma ação contra o jornal, solicitando o impedimento à publicação do material.

Apesar dos indeferimentos nas instâncias inferiores, o autor recorreu ao Tribunal Constitucional Federal alemão que deferiu o seu pedido alegando à forma como seria divulgado o documentário iria prejudicar a imagem do detento, bem como iria lesionar a sua integridade moral e prejudicar uma possível reinserção na sociedade. Desse modo, o tribunal suprimiu o direito à liberdade jornalística e ponderou o esquecimento da identidade dos elementos em face a priorização de suas dignidades.

No Brasil, Direito ao esquecimento não possui prévia expressão no texto normativo, mas trata-se de uma temática acerca dos Direito da Personalidade, sendo estes intrínsecos ao ser humano; com exceção dos casos, o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária. De todo modo, o que se tem acerca do assunto são apenas jurisprudências tanto do Supremo Tribunal de Justiça (STF) quanto do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), utilizando a técnica da ponderação de princípio e o sopesamento formulados por Robert Alexy.

A chegada deste assunto ao ordenamento jurídico brasileiro, como bem destaca Tartuce (2018), adveio com o Enunciado 531 do Conselho de Justiça Federal/ STJ aprovado na VI Jornada de Direito Civil reconhecendo o Direito ao Esquecimento como umas de forma de proteção a dignidade da pessoa humana. Logo, após o Superior Tribunal de Justiça julgou dois casos a respeito do tema, um sobre o caso Alda Cury e outro a respeito da Chacina da Candelária, no tópico mais adiante será abordado mais sobre o último tema sob a perspectiva de Robert Alexy e a técnica da ponderação.

5 A chacina da candelária e a ponderação de Robert Alexy

O Recurso Especial Nº 1.334.097 é o exemplo prático de um conflito principiológico em razão ao direito ao esquecimento; de um lado tem-se o direito à liberdade de imprensa expressamente tutelado como o artigo 5º incisos IX - Determinando como livre a comunicação

independentemente de censura ou licença. Por outro lado, há o princípio da inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem contidos no inciso X do mesmo texto legal. No entanto, antes de se adentrar aos fatos que levaram a essa lide é necessário se fazer a seguinte indagação: Aliás, ambos os incisos citados são princípios?

Como já abordado, norma é o gênero, enquanto os princípios e as regras são espécies. As regras são fontes jurídicos-normativas de *stricto sensu*, que impõem direitos e deveres de forma taxativa. Por conseguinte, como foi anteriormente exposto, os princípios são mandamentos de otimização podendo ser utilizados de diversas formas, como destacado por (ALEXY,1986, p.90) “Sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, com isso possuem caráter *lato senso* podendo serem amplamente interpretados de acordo o caso concreto.

[...]. Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo[...] (ALEXY, 1986, p.144)

Os incisos citados, portanto, possuem esses dois aspectos normativos. Porém, é preciso que esteja contida em sua natureza as características das regras e dos princípios em correlação. Como o próprio exemplo do art. 5º, incisos IX e X em que ambas têm a concepção de cláusulas restritivas, ao mesmo tempo detêm a generalidade interpretativa, podendo ser sujeita a sopesamentos –a interpretação para o caso concreto-.

A partir deste raciocínio, retomaremos a abordagem do Recurso Nº 1.334.097, primeiramente, iremos salientar quais foram os motivos que se buscou a manifestação do judiciário. A Chacina da Candelária, foi um terrível massacre em que diversos garotos de rua foram assassinados no entorno igreja local. Sendo assim, sete réus foram levados à julgamento, três foram sentenciados e, dentre os que foram julgados, estava Jurandir

Gomes de França, que fora absolvido por unanimidade dos membros do Conselho de Segurança por não ter envolvimento nas mortes.

Decorrido o tempo dos fatos, o programa televisivo “ Linha Direta - Justiça” que solicitara a Jurandir que concedesse entrevista, o mesmo recusou o pedido e não permitiu que a sua imagem fosse exposta a rede nacional. Contudo, alguns meses se passaram e imagem do citado fora exposta e, alegando implicitamente que este teve participação no massacre, mas que fora absolvido. Porém, o ato já estava feito, Jurandir pontua em processo que a exposição do seu nome levou um grande dano moral, psicológico, a várias ameaças de morte a ela e a sua família. Destarte, o que era para ser superado pelo réu foi levado à tona pela mídia.

Após alguns trâmites judiciais, o recurso fora ao Supremo Tribunal de Justiça, pois trata-se de um explícita colisão de princípios constitucionais do artigo 5º, de um lado tem-se o direito à liberdade de imprensa (inciso X), do outro a proteção da imagem sob a perspectiva do direito ao Esquecimento (VI). Portanto, qual deve prevalecer nesta situação fática?

A colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção[...] (ALEXY, ,1986, p.93).

Em relação ao que já foi explicado sobre a natureza dúbia dos direitos fundamentais, tanto a liberdade de imprensa quanto a proteção a honra compõem o mesmo rol jurídico e, portanto, é inerente que na situação cabe o sopesamento para que um se sobressaia sobre o outro no caso em questão. Conquanto, por possuírem caráter principiológico, a colisão entre eles apenas faz suprimir uma norma em face da outra, sem que haja exclusão ou limitação do princípio afastado.

A ponderação é a meio para solucionar o embate entre princípios, mas não se simplifica apenas na mera aplicação da razoabilidade e

proporcionalidade. Dessa maneira, Alexy aduz a importância de fixar uma condição de análise, ou seja, uma relação conforme a precedência condicionada dos fatos. Por isso, para o caso em embate, as próprias circunstâncias fáticas: a exposição de Jurandir feita pela mídia, ainda que afirmando que ele fora absolvido, deixou-se transparecer o seu possível envolvimento o levando ao desprezo público.

Além do que foi posto, não basta apenas a adequação do princípio da proporcionalidade para a situação fática. Neste ponto, como já mencionado, Robert Alexy aduz que além de solucionar as colisões é imprescindível que o magistrado argumente a respeito da sua decisão através de um discurso coerente que justifique e dê consistência ao seu veredito. Assim preleciona o caso concreto que merece interpretação e verificação da técnica da razoabilidade de interesses se foi aplicada ou não.

A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito[...]. Os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma conclusão às avessas: antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado acidentalmente absolvido[...] (SALOMÃO, 2012, p.39).

Ao se observar o discurso do relator fica explícita a sua proporcionalizarão, em priorizar o Direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão, pois decorrida a grande repercussão do incidente, a forma irresponsável da abordagem jornalística, bem os traumas e ameaças que ele e sua família sofreram, justificam de forma coesa a decisão do Poder Judiciário. Dessa forma, devido a essas

causalidades priorizar o direito de imprensa seria um atentado a própria dignidade humana, fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro e de qualquer outro país democrático do mundo.

Ademais, o direito não é apenas uma ciência sistemática e operacional, ou seja, a mera aplicação das leis, sendo o juiz um simples produtor de decisões. Ao contrário disso, as normas têm por função se adequar a mudanças sociais ocasionadas pelo tempo, entretanto ainda que as normas tenham essa finalidade não há como prevê todas as relações jurídicas que podem existir com o decurso dos anos. Em contraponto, a ponderação de princípios proposta por Alexy faz com que o ordenamento normativo se adapte a novas situações fáticas por meio da análise dos casos concreto, mas para isso, o magistrado deve se retirar da função de operador da “máquina jurídica” e passar a produzir a própria ciência jurídica por meio da hermenêutica e da verificação concisa das citações fáticas.

Considerações finais

Vê-se, portanto, a importância dos princípios constitucionais em uma sociedade plural e democrática. Desse modo, diante da colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento faz-se necessário uma análise técnica do caso concreto, com intuito de verificar qual princípio será garantido na lide, não sendo necessariamente a mesma para outros casos, devido ao efeito *inter pars* dos princípios.

No entanto, o mesmo se mostra complexo na realidade empírica, pois ainda que o direito ao esquecimento seja ponderado como válido diante da liberdade de informação, os meios preventivos de caráter inibitórios se mostram difíceis de serem garantidos, pois os variados meios de comunicação propagam de modo instantâneo a notícia, sendo de grande óbice assegurar o esquecimento quando a internet não parece gostar de esquecer.

Outrossim, se tem em xeque a liberdade de informação, que no caso mostrado colidiu-se com o esquecimento. Todavia, não pode haver o cerceamento desenfreado da garantia de se expressar, pois tanto um quanto o outro são direitos personalíssimos, mas o livre pensamento é uma regra geral e possui grande relevância no contexto histórico-político brasileiro. Por outro lado, o Direito ao esquecimento é uma situação específica, sendo necessária levar em consideração a situação fática e jurídica do caso concreto, podendo ser empregado quando houver uma horrenda; ilícita e difamatória divulgação do passado em que lese de alguma forma toda a relação interpessoal e profissional do indivíduo, pois conforme Mario Quintana “Nós vivemos a temer o futuro, mas o passado que nos atropela e mata”.

Com base no exposto, o que se almeja de fato, diante da liberdade de informação e o Direito ao Esquecimento não é a prevalência de um direito em detrimento do outro, mas sim a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. No qual, segundo Alexy a razoabilidade e o sopesamento serão imbuídas de garantir esse direito através de uma justificação coerente e plausível do interprete da lei.

Referências

ALEXY; Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, ed. 2º, p.669, 2015.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF, Senado Federal, p.13 a 14, 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>> Acesso em: 04.09.2019

DOS Santos; José Liomar. **Direito ao Esquecimento no mundo a Informação.**

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69288/direito-ao-esquecimento-no-mundo-da-informacao>>. Acesso em: 02.07.2019

FRAGA; Cristiano Chaves, BRAGA NETO; Filipe, ROSENVALD; Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** Salvador – BA, Editora Juspodivm, ed. 4, p.123, 2019.

GAGLIANO; Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO; Rodolfo. **Manual de Direito Civil Volume Único.** São Paulo - SP, Saraiva Educação, ed. 3, p. 1776, 2019

LENZA; Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo - SP, Saraiva Educação, ed. 22, p. 1622, 2018.

SALOMÃO; Luiz Filipe. **Recuso Especial nº 1.334.097,** p.39 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 02.09.2019.

TARTUCE; Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** São Paulo - SP, Editora Florence LTDA, ed. 8, p. 108 a 114, 2018.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org