

The cover features a bald eagle in profile, looking towards the right. The eagle's head is white with a yellow eye and a hooked beak. Its wings are spread, showing detailed brown and orange feathers. The background is a deep blue, with a white grid pattern that curves from the bottom right towards the center. The grid lines are thin and create a sense of depth and perspective.

ISSN 2236-501X

Águia

**Revista Científica
da FENORD**

V. 01, 2011

2011. v. 01. ISSN 2236-501X

ÁGUA
REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Água: Rev. Científica FENORD	Teófilo Otoni	v. 01	p. 01-170	2011
------------------------------	---------------	-------	-----------	------

Águia Revista Científica da FENORD

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Rua Teodolindo Pereira, 111
CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil
Telefone: 33 3522 2745 – www.fenord.com.br
aguia@fenord.com.br

Revisão gramatical: Geraldo Barbosa do Nascimento

Revisão bibliográfica: Berenice Nunes Soares

Maria José Pereira Cordeiro

PEDE-SE PERMUTA
PIDEJE CANJE
MAN BITTET UM AUSTAUSCH
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMAND L'ÉCHANG
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia: Revista Científica da FENORD / Fundação Educacional
Nordeste Mineiro. v. 1 (2011-). – Teófilo Otoni : FENORD, 2011.

Periodicidade: Anual

ISSN 2236-501X

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2011. v. 01. ISSN 2236-501X

ÁGUA
REVISTA CIENTÍFICA DA
FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia Revista Científica da FENORD

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

COORDENADOR CCP/NIC

Jacson Arnaldo Raslan

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Msc. Alisson Silva Martins (FENORD)

Profa. Berenice Nunes Soares (FENORD)

Prof. Msc. Giuliano Fernandes (UNIFEMM)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Jacson Arnaldo Raslan (FENORD)

Prof. Msc. Márcio Achtschin Santos (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UNIVALE)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (UNIVALE)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UNIVALE)

Prof. Wagner Rachid Scofield (FENORD)

APRESENTAÇÃO.

Há cinquenta anos, o pioneirismo da FENORD implantou na região os primeiros cursos superiores.

Atendeu a interessados de Minas Gerais e da Bahia e do Espírito Santo.

Os anos passaram.

A FENORD continua sendo a melhor alternativa dessas paragens.

Comemorando as bodas de ouro de sua criação e de vida dedicada ao melhor ensino, a FENORD volta a ser pioneira na área educacional e cultural: está criando e lhe entregando a primeira “revista científica” de nossa região, identificada pela rede ISSN – “International Standard Serial Number”.

Será o escoadouro da pesquisa, semeadeira de ideias.

Vamos juntos e com a participação de todos fazer da “Revista Águia” uma marca para voar tão alto, para ter força e vigor, para permanecer entre nós muitos anos, espalhando cultura e saber, tanto quanto a FENORD de que é símbolo.

Autor ou leitor, precisamos de todos vocês para virmos e ficarmos:

Através das letras, formando palavras,

Gerando idéias e distribuindo pensamentos.

Uma voz escrita que se levanta destas lavras,

Inda tímida, escoando ensinamentos,

Alçando vôo ao infinito, às alturas.

Jacson Raslan – 04 / 2011
Presidente do Conselho Curador da FENORD

EDITORIAL

A pesquisa no processo ensino-aprendizagem é fundamental. De igual importância a divulgação dos seus resultados, reforçando a tríade básica norteadora da Educação Superior, que é o ensino, a extensão e a pesquisa. Assim, é com enorme satisfação que trazemos ao leitor o primeiro volume da Revista Águia, publicação científica da Fundação Educacional Nordeste Mineiro que objetiva: divulgação de artigos originais sobre as áreas de conhecimento desenvolvidas na instituição, fomentar no corpo docente e discente a produção da pesquisa e a apresentação dos seus resultados, favorecer o intercâmbio com outras instituições de ensino, tornar público e servir à comunidade a produção científica realizada na instituição.

Tendo como áreas de concentração as Ciências Humanas e Ciências Sociais Aplicadas, a proposta é fomentar e instrumentalizar as produções de artigos com plena independência dos textos, com interferências mínimas que se limitam apenas a adequações formais com o acompanhamento e concordância do autor.

Nesse primeiro número, a revista conta como colaboradores o corpo docente e alunos-pesquisadores do Núcleo de Investigação Científica (NIC) da FENORD, três gerações que retratam meio século de uma construção acadêmica própria. Cabe ressaltar também que, se majoritariamente os artigos têm como eixo temático a área de Direito, o fato se deve exclusivamente pelos recebimentos de trabalhos com esse foco e não uma opção do Conselho Editorial, pois a proposta da Revista Águia é de abrir para a pluralidade de pesquisas e ampliar o quadro de colaboradores, tanto dentro da FENORD, como por meio de trabalhos vindos de fora, conduzindo para uma diversidade de posicionamentos e divulgando o conhecimento de áreas distintas.

Finalmente, o que se espera é uma leitura proveitosa, concomitante às críticas que sejam pertinentes, para que se possa aprimorar de forma contínua este periódico.

Márcio Achtschin Santos

Editor Chefe do Conselho Editorial

SUMÁRIO

O Enunciado nº 274 do CJF, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade: algumas considerações.....	08
<i>Alisson Silva Martins</i>	
Metodologia Científica e pesquisa.....	26
<i>Berenice Nunes Soares</i>	
A pessoa jurídica como sujeito passivo nos crimes contra a honra.....	44
<i>Geraldo Barbosa do Nascimento</i>	
O uso do planejamento estratégico pessoal para eficácia no ensino e aprendizagem da língua inglesa.....	64
<i>Gilmar de Souza Franco</i>	
Da tipificação penal do bullying: modismo ou crime?.....	74
<i>Gylliard Matos Fantecelle</i>	
Uma leitura do campo jurídico em Bourdieu.....	90
<i>Márcio Achtschin Santos</i>	
Análise da liminar <i>inaudita altera parte</i> à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa.....	107
<i>Dayana Ferreira Silva</i>	
Revista íntima e a inviolabilidade do direito à intimidade.....	124
<i>Giovanna Ramos Di Pietro</i>	
O interesse público na divulgação do fato criminoso e a subversão do princípio da presunção de inocência.....	143
<i>Juliana Silva Trindade</i>	

O ENUNCIADO Nº 274 DO CJF, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Alisson Silva Martins¹

RESUMO

A proposta desse artigo é discutir os direitos da personalidade e seus consequentes conflitos pela ausência de uma hierarquia constitucional para solucionar seus embates, especialmente nos dias atuais, onde se busca privilegiar a dignidade humana. Desse modo, esse trabalho procura apontar para os limites encontrados hoje pelos clássicos critérios de antinomia normativa e apontando soluções como a técnica de ponderação, sinalizando a necessidade de releituras e novos questionamentos na relação do direito público e privado.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade, Princípios, Dignidade Humana, Ponderação.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the rights of personality conflicts and their resulting by the absence of a constitutional hierarchy to solve their conflicts, especially today, where it gives importance to human dignity. Thus, this work seeks to point to the limits found today by the classic criteria of normative antinomy and pointing to solutions as weighting technique, signaling the need to reinterpretation and new questions on the relationship of public and private law.

¹ Mestre em Teoria da constituição e Direito Constitucional , Professor da FENORD

KEY-WORDS

Fundamental rights, Personality Rights, Principles, Human Dignity, Weighting.

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é o princípio, meio e fim de uma nova dogmática jurídica que rompeu com as comportas que separavam o direito público do direito privado.

A eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil implicou na releitura de várias categorias jurídicas, com objetivo de conferir à condição humana uma tutela jurídica ampla e integral. Assim, é indispensável uma aproximação metodológica entre a teoria dos direitos fundamentais e a dos direitos da personalidade, porque a tutela jurídica da condição humana não pode ser setorial e nem cindida.

Dentro desse contexto, o presente trabalho pretende traçar algumas premissas dogmáticas subjacentes ao Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal (CJF)². Essas premissas consagram uma perfeita simbiose entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, muito embora tenham sido colhidos nos meandros da doutrina *publicista* os mais significativos aportes teóricos.

O texto foi dividido em três partes. Na primeira delas –

² “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

“Direitos fundamentais e direitos da personalidade” – tentou-se demonstrar ser a dignidade da pessoa humana ponto de inflexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a da personalidade. Na segunda – “Dignidade humana: a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade” – procurou-se evidenciar a abertura normativa para o surgimento de novos direitos da personalidade não tipificados no Estatuto Civil e legislação esparsa. Na última delas – “Da colisão entre direitos da personalidade” -, pretendeu-se mostrar a insuficiência dos critérios hierárquicos, cronológicos e da especialidade na definição do direito da personalidade aplicável ao caso concreto, indicando a técnica da ponderação – amplamente consagrada na teoria dos direitos fundamentais e na jurisdição constitucional - como uma nova via interpretativa aplicável ao Direito Civil constitucionalizado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

No estado da arte não se pode negar que o Direito Civil vem sendo absolutamente reconstruído pelo fenômeno da constitucionalização do Direito, notadamente por conta do caráter analítico da Constituição e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais nela consagrados ou com ela compatíveis (*bloco de constitucionalidade*).

Entre os civilistas mais modernos, o discurso acerca da necessidade de reinvenção diuturna do Direito Civil à luz dos preceitos constitucionais é uma constante, que para além de sua importância científica é uma necessidade que irá permitir a coerência interna do Direito como um todo.

Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que já houve uma “era da ordem”, na qual o direito privado estava perfeitamente dividido do direito público, o que resultou no desenvolvimento de uma dogmática jurídica independente entre essas esferas. O Direito

público gravitava em torno da Constituição, ao passo que o Direito privado se focava nos Códigos Civil e Comercial. Na atualidade, na lúcida observação do argentino, existem evidências suficientes para verificar a ocorrência de certa desordem na fronteira entre ambos, de modo que em inúmeros temas se estabeleceu uma nova forma de comunicação entre o público e o privado³.

Com efeito, são raras as demandas envolvendo temas tipicamente de direito privado em que não existam referências às normas constitucionais; a recíproca também é verdadeira.

A alocação dos direitos fundamentais no documento normativo de força vinculante máxima de um Estado – a Constituição – foi estratégia decisiva para o rompimento das fronteiras entre o público e o privado⁴. Pouco a pouco, os direitos fundamentais foram penetrando na legislação infraconstitucional, quer seja para aclarar o conteúdo de uma norma jusfundamental, quer seja para adequar longevos institutos jurídicos aos novos reclamos constitucionais.

Dentro desse contexto, o contato entre os direitos fundamentais, especialmente entre as liberdades públicas, e os direitos da personalidade parece ser inegável. É que, enquanto os

³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da Decisão Judicial* (trad.) MIRAGEM, Bruno. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39. Sobre o tema, confira-se SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. 3ª tir. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

⁴ Em mesma direção, MENDES, Gilmar Ferreira *et. all.* *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307, *verbis*: “O avanço que o direito constitucional hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem ser resguardados em um documento jurídico com força vinculativa máxima, indene a maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.”

primeiros (os direitos fundamentais) são vistos sob a ótica do direito público e se situam na Constituição Federal, projetando uma especial proteção deferida à pessoa contra investidas perpetradas *principalmente* pelo Estado; os segundos (os direitos da personalidade) são vistos pela ótica do direito privado, constituindo-se em categoria apta a assegurar à *pessoa humana* o pleno respeito à sua individualidade física, psíquica e espiritual, mormente nas relações intersubjetivas privadas⁵. Via de regra, os direitos da personalidade – tal qual as liberdades públicas (direitos fundamentais de primeira dimensão) –, à conta de seu *caráter absoluto*, geram na comunidade um dever geral de abstenção (eficácia *erga omnes*), no sentido de *não* violar direitos da personalidade alheios.

Assim, se tanto os direitos fundamentais quanto os direitos da personalidade impõem condutas negativas - deveres gerais de abstenção -, poder-se-ia aventar que a diferença entre eles residiria no fato de que, enquanto aqueles (direitos fundamentais) são oponíveis em face do Estado, estes (direitos da personalidade) o

⁵ Nesse sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama ao aduzir: “os direitos do homem e os direitos da personalidade são os mesmos, porém vistos sob o prisma das diferentes relações.” (*in: Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 29). Compartilhando dessas idéias, Gustavo Tepedino: “Daí considerar-se que os direitos humanos são em princípio os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala de direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvidas nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.” (*Tutela da Personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. __in: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.33*). Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114. CASSETARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-43. Aparentemente anuindo, ao abordar a influência dos ideais da Revolução Francesa, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2010, p 164-187.

seriam em face dos particulares. Esse juízo, no entanto, não é correto, especialmente porque na atualidade não se nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*) (SARMENTO, 2010)

De toda forma, é possível identificar ao menos um traço distintivo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. O *fiat lux* se encontra no *caráter extrapatrimonial* dos direitos da personalidade. É que os direitos da personalidade radicam na necessidade de se proteger situações diretamente ligadas às questões existenciais, vale dizer, os direitos da personalidade são insuscetíveis de mensuração econômica⁶ - “*as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade.*”⁷. Enfim, os direitos da personalidade “*são categorias do ser, não do ter*”⁸, como bem ressaltado por Danilo Doneda.

Os direitos fundamentais, muito embora visem tutelar a pessoa humana em situações existenciais (o *ser*) – não há negar -, eles, porém, a elas não se limitam⁹, já que existem direitos fundamentais de conteúdo eminentemente patrimonial, como por exemplo, o direito à propriedade, à sucessão aberta, à irredutibilidade dos salários e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nessa linha de entendimento, parece lícita a anotação de José Jairo Gomes no sentido de que “*os direitos da personalidade retratam uma das vertentes de concretização dos direitos*

⁶ Isso, porém, não significa que a lesão a direitos da personalidade não possam gerar repercussões monetárias. Várias são as ações que vindicam por indenizações arrimadas em danos extrapatrimoniais, chamados de dano moral.

⁷ ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.

⁸ DONEDA, Danilo. *Dos Direitos da Personalidade* in: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovane Ettore (coord.) São Paulo: Atlas, 2008, p. 245.

⁹ Nesse sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 29.

fundamentais, cujo leque é bem mais abrangente”¹⁰.

À vista da constatação de que a *relação* entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade é *de continência*, é fácil justificar porque as características de um e outro grupo de direitos são praticamente idênticas.

Tudo isso considerado, sobreleva ressaltar que a construção teórica dos direitos fundamentais, mormente das liberdades públicas, pode - e muito - contribuir com o desenvolvimento científico da teoria relativamente recente dos direitos da personalidade¹¹. Sob essa ótica, os aportes acerca da cláusula geral da dignidade humana, bem como aqueles acerca das colisões entre direitos fundamentais, cunhados no direito público, servem como uma luva para fornecer uma tutela ampla aos direitos da personalidade e para solução de intrincados problemas de colisão entre eles. Sobre essas temáticas específicas, nos ateremos mais a frente.

¹⁰ GOMES, José Jairo. *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 99.

¹¹ O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, sem embargo de entendimento no sentido de ser ela muito mais antiga, se dá, sobretudo após meados do XVIII, já os direitos da personalidade se desenvolvem no pós II Guerra. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et. all. Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307, *et. seq.* e FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 106. Absolutamente a observação desses últimos autores ao aduzirem: “Importante, inclusive, observar uma certa vinculação entre a noção de direitos da personalidade à noção de direitos humanos, fazendo cair por terra a velha dicotomia que divorcia o direito público do direito privado, superando, definitivamente, a ultrapassada grande divisão do direito. Deste modo, a partir dos princípios constitucionais (que irradiam luzes para todos os ramos do direito, seja público seja privado), fornecendo critérios de valor que vão inspirar toda a compreensão da norma infraconstitucional, é que há de se compreender a tutela da personalidade humana. Rompendo-se a compreensão sectária da tutela da personalidade sob a ótica publicista ou privatista, como se fosse possível emprestar uma proteção parcial à pessoa humana sem martirizar o comando constitucional.” (p. 117).

3. DIGNIDADE HUMANA: A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A legislação civil brasileira anterior ao vigente Código Civil não se ocupou em sistematizar os direitos da personalidade, muito embora mesmo antes da vigência do Estatuto Civil de 2002 existissem algumas decisões judiciais e obras doutrinárias sobre o tema. De toda forma, um dos avanços mais significativos do atual código, em relação ao seu predecessor, encontra-se no destaque de um capítulo inteiro (Livro I – Título I - Capítulo II) dedicado aos direitos da personalidade, logo no início da Parte Geral, deixando entrever a viragem axiológica que colocaria a pessoa humana à frente dos interesses patrimoniais.

No entanto, é bom que se diga, que muito embora o Código Civil tenha tido o cuidado de enumerar alguns direitos da personalidade como a integridade física, a honra, a imagem, a intimidade e o nome, essa enumeração *não* foi feita de forma exhaustiva, comportando, portanto, o reconhecimento de outros direitos da personalidade nele não expressamente tipificados. Na esteira desse entendimento, Gustavo Tepedino ao registrar:

A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exhaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular. Além disso, os rígidos compartimentos do público nem sempre mostram-se suficientes para a tutela da personalidade que, as mais das vezes, exige a só tempo do Estado e das sociedades intermediárias – família, empresa, associações -, como ocorre, com frequência, nas

matérias atinentes à família, à inseminação artificial e à procriação assistida, ao transexualismo, aos negócios jurídicos relacionados com a informática, às relações de trabalho em condições degradantes, e assim por diante. (TEPEDINO, 2004, p. 37-38)

Em mesma linha, dispararam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Não há dúvidas quanto à impossibilidade de previsão taxativa (*numerus clausus*) dos direitos da personalidade. Muito pelo contrário. Constituem uma categoria elástica, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais...(FARIAS, 2007, 115)

A bem da verdade, os direitos da personalidade orbitam ao redor da cláusula geral de proteção da dignidade humana, tomada como valor máximo da ordem jurídica (Art. 1º, III da CR/88). E, se é verdade que o respeito incondicional à pessoa humana se consubstancia em vetor maior do Estado Democrático de Direito, força convir que a Constituição não poderia permitir - e não permite -, encerrar o espectro de proteção do homem na tímida e lacunosa normatização civil. Nesse sentido, o Enunciado 274, do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, *verbis*:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

A cláusula geral da dignidade humana, dada sua estrutura aberta, enseja a percepção da existência de direitos da personalidade para além dos tipificados no Código Civil e legislação esparsa.

Não se pense, porém, que esses direitos da personalidade, implícitos na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, situam-se em patamar inferior aos demais, porque esse raciocínio simplista nega a idéia de que *dignidade humana* é indecomponível, isto é, que os direitos da personalidade, em seu conjunto, projetam especialíssima proteção às inseparáveis esferas física, psíquica e espiritual da pessoa humana.

Em suma, os direitos da personalidade, estejam eles expressos ou implícitos na cláusula geral da dignidade humana, situam-se no mesmo patamar (ausência de hierarquia).

4. A COLISÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A colisão entre os direitos da personalidade é, certamente, tema dos mais interessantes e complexos na seara jurídica. Tal se dá porque nem sempre é fácil definir qual dos direitos colidentes deverá prevalecer e sob quais circunstâncias.

A par dessa dificuldade em se determinar o direito prevalente no caso concreto, os operadores jurídicos – pouco importa a função desempenhada no processo - não poderão se esquivar de seu compromisso constitucional de contribuir para a realização da Justiça, até mesmo porque eles jamais podem se esquecer de que *o Direito é instrumento para resolver problemas*. Distanciar o Direito deste aspecto pragmático é negar a sua utilidade enquanto ciência humana aplicada.

É dentro desse contexto que se inserem, por exemplo, as tensões entre a liberdade de imprensa e o direito de imagem; entre

o direito à vida e o direito do paciente se recusar a realizar uma transfusão de sangue, em virtude de convicção religiosa; entre a autonomia privada (projeção do direito à liberdade) e o poder de disposição de parte do corpo não regenerável (integridade física), em cirurgias de redesignação sexual (autonomia privada x integridade física); entre a vida do feto anencéfalo e o direito da mãe de interromper a gravidez (direito à liberdade). Em casos desse tipo, o direito aplicável fica em uma zona cinzenta marcada pela *indeterminação*, o que gera certo desconforto para os operadores jurídicos, principalmente porque os direitos conflitantes direcionam as decisões para lados diametralmente opostos.

Fato é que *os direitos da personalidade são essencialmente conflitantes*, e não são raras as situações em que eles entram em rota de colisão. Não fosse isso o bastante, *os direitos da personalidade, como vimos, não comportam uma hierarquia*, já que todos eles se conectam à ideia de dignidade humana.

Acresça-se a tudo isso o fato de que os clássicos critérios de solução de antinomia normativa – critérios cronológico, hierárquico e da especialidade – se afiguram absolutamente incapazes de determinar a solução para os casos envolvendo colisões entre direitos da personalidade.

A doutrina se apercebendo de todas essas dificuldades na determinação do direito prevalente buscou nos meandros do direito público – mais especificamente na teoria dos direitos fundamentais –, a técnica da *ponderação de interesses*, com vistas a solucionar controvérsia envolvendo direitos da personalidade. A importação da técnica da ponderação do direito público para o privado é resultado da necessidade de se encontrarem novos esquemas de interpretação capazes de retirar do tecido normativo, como bem ressaltou Gustavo Tepedino, “*todas as suas potencialidades*” (TEPEDINO, 2006, p. 3)

18 Existe certo consenso na doutrina que, na realização do juízo de ponderação entre direitos da personalidade colidentes, o

magistrado deverá se valer do “*princípio*” da proporcionalidade, a fim de estabelecer, no caso concreto, qual deles haverá de prevalecer e em qual extensão.

4.2. NORMAS, REGRAS, PRINCÍPIOS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O Direito (*sistema normativo*) é composto por inúmeras normas, que visam disciplinar o comportamento humano; elas estabelecem o *dever ser*. As regras e os princípios enfeixam os dois grandes grupos nos quais as normas jurídicas se dividem (*espécies normativas*).

Perceber os matizes entre as mais diversas normas jurídicas é fundamental para uma correta solução de conflitos entre direitos da personalidade (e também de direitos fundamentais) (ALEXY, 2008, p. 85), uma vez que as regras e os princípios têm um *modus operandi* completamente distinto¹².

A importância em se enfatizar a distinção entre regras e princípios reside no fato de que ***os direitos da personalidade assumem, na maioria das vezes, a estrutura de um princípio.***

As *regras*, quando aplicáveis ao caso concreto, estabelecem

¹² A distinção entre regras e princípios não é tema recente. No entanto, parece que a doutrina está longe de chegar a um consenso quanto aos seus critérios distintivos, de sorte que sobre o tema se travou e ainda se trava acirrados debates. Na doutrina é comum distinguir os princípios das regras, atribuindo-se àqueles um alto grau de abstração ou generalidade, ao passo que as regras têm essas características reduzidas. Há também quem atribua aos princípios menor grau de determinabilidade, por conta de sua vagueza e imprecisão, necessitando de mediações concretizadoras; as regras, por sua vez são suscetíveis de aplicação direta, prescindindo-se dessa mediação. Esses critérios são *critérios fracos de distinção entre regras e princípios*, e muito pouco contribuem para a solução de colisões entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Não por outra razão que a doutrina tem asseverado a importância de se eleger um critério forte de distinção entre regras e princípios. Os critérios fortes dworkiniano e alexyniano certamente são os mais conhecidos, dentre eles preferimos o segundo. Sobre o tema cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad.) SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

direitos definitivos, que deverão ser realizados em sua integralidade, *ou tudo ou nada* (*all or nothing fashion*). As suas proibições ou permissões são categóricas, não comportando, pois, gradações¹³. Os casos de antinomia entre regras são dirimidos por critérios de validade (hierárquico, cronológico ou da especialidade), ou seja: a) declara-se a invalidade de uma regra em relação à outra, ou, b) criam-se hipóteses de exceção.

Em relação aos *princípios*, não é possível falar em realização integral, porquanto essa categoria de normas exige que algo seja realizado *na maior medida possível* (**mandamentos de otimização**), ou seja, os princípios constituem razões *prima facie* que apenas direcionam a decisão para um sentido, mas não a determinam.

A **realização dos princípios é variável**, condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. É no **caso concreto** que será possível divisar quais são as possibilidades fáticas e jurídicas que permitirão essa **satisfação ótima do princípio** que consagra um direito da personalidade¹⁴.

O fato de um princípio valer e incidir no caso concreto não significa que ele determinará necessariamente a solução.

¹³“Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad.) SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91)

¹⁴ No sentido que vai no texto: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”(ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad.) SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros,

Exemplificando: não é porque a pessoa humana tem o direito à imagem que ela poderá obstar, sempre e sempre, a divulgação de um noticioso, porque a imagem - positivadas sob a estrutura de princípio - apenas aponta um norte para a decisão. Raciocínio idêntico pode ser feito em relação à liberdade de imprensa, também assegurada sob a estrutura de princípio. É, pois, o caso concreto que irá determinar qual é a *solução ótima* para a colisão entre princípios que asseguram direitos da personalidade.

Alexy, tentando demonstrar a importância fática e jurídica subjacente ao caso na determinação da solução de colisão entre princípios distintos, invoca o caso Labach. Nos termos propostos pelo alemão, uma emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário sobre os assassinatos de soldados em Labach. Esse documentário tinha como objetivo contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, nas proximidades da cidade de Labach, foram mortos enquanto dormiam e algumas armas foram roubadas com o escopo de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que na época prevista para a exibição do programa, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição desse programa, em que seu nome era expressamente citado e sua foto divulgada, violaria seu direito fundamental à imagem, comprometendo inclusive a sua ressocialização. Para proibir a exibição do programa, o ex-soldado, após ter seu pedido de medida cautelar negado pelo Tribunal Estadual e Superior Tribunal Estadual, ajuizou uma reclamação constitucional contra essas decisões. O Tribunal Constitucional Federal acolheu a pretensão do ex-soldado, fundando sua decisão em alguns pontos que permitem entrever a criação da lei de colisão.

De um lado, o direito à imagem conduziria a decisão para a negativa da divulgação do noticioso; de outro, a liberdade de expressão conduziria a decisão no sentido de se permitir a exibição do programa.

O Tribunal Constitucional Federal alemão anotou que uma notícia atual, de interesse público, sobre um crime grave, configura condição necessária para que, na tensão entre a imagem do ex-soldado e a liberdade de expressão, a notícia seja divulgada. No entanto, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação sobre um crime grave, capaz de comprometer a ressocialização do indivíduo, configura condição necessária para que, no conflito entre a imagem do ex-soldado e a liberdade de expressão, seja proibida a exibição do documentário. A vista da constatação de que, no caso, o direito de imagem do apenado exerceu relação de precedência em face do direito à liberdade de expressão, o Tribunal Federal Constitucional alemão proibiu a exibição do programa.

Como se vê, a tensão entre princípios *não* pode ser resolvida por meio de um estabelecimento de *relação de precedência absoluta* de um sobre o outro, por inexistir hierarquia entre eles. É necessário que no conflito entre eles se sopesem os interesses conflitantes, qual deles deverá ter maior peso, no caso concreto. Esse sopesamento entre os direitos conflitantes é feito pela técnica da ponderação de interesses (ALEXY, 2008).

A ponderação entre direitos da personalidade implica, em última instância, em saber se a medida encontrada é útil para a solução de conflito entre princípios consagradores de direitos da personalidade (teste da adequação); se essa medida, dentre as possíveis, é a menos gravosa (teste da necessidade), e; se essa medida mais traz benefícios do que prejuízos (teste da proporcionalidade em sentido estrito).

O direito da personalidade, a que no caso concreto tenha sido atribuído menor peso, deverá sofrer o menor sacrifício possível, porque ele continua a ser válido e a irradiar a sua normatividade no caso em questão. Isto é, a técnica da ponderação não exclui nenhum dos princípios colidentes do ordenamento jurídico, mas, tão-somente viabiliza a *concordância prática*, e

concreta, entre direitos da personalidade.

5. CONCLUSÃO

Tecidas tais considerações, algumas conclusões parecem ser possíveis:

1. A teoria dos direitos fundamentais pode contribuir para o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, mormente porque os direitos da personalidade se inserem no universo dos direitos fundamentais. Disso decorre a mais ampla tutela deferida ao ser humano, rompendo-se, em definitivo, com as barreiras entre o público e o privado em tema de proteção à condição humana.

2. A enumeração dos direitos da personalidade não é exaustiva, sendo possível colher da cláusula geral de proteção da dignidade humana direitos da personalidade, não expressamente contemplados pelo legislador infraconstitucional.

2.1. Não há hierarquia entre direitos da personalidade.

3. A maioria dos direitos da personalidade é estruturada segundo o modelo de princípios, constituindo-se, pois, em mandamentos de otimização que deverão ser realizados na maior medida do possível.

3.1. A estrutura de princípio, reinante em matéria de direitos da personalidade, é, *a priori*, obstáculo para a utilização dos clássicos critérios de antinomia normativa (hierárquico, cronológico e da especialidade).

3.2. A técnica da ponderação respeita a inexistência de hierarquia entre direitos da personalidade, bem como é sensível ao fato de que um princípio consagrador de direito da personalidade, que eventualmente prevaleça em um caso concreto, não anula o outro princípio consagrador de direito da personalidade que joga em sentido oposto.

3.3. As soluções havidas em caso de conflitos entre direitos da personalidade, pela técnica da ponderação, devem levar em

conta as circunstâncias, de fato e de direito (*possibilidades fáticas e jurídicas*) subjacentes ao caso concreto; alteradas essas circunstâncias a decisão pode ser diferente.

3.4. Um princípio consagrador de direito da personalidade deverá ser tanto mais satisfeito quanto menor seja a importância da satisfação do outro, naquele caso concreto. O sacrifício do princípio consagrador do direito da personalidade que, no caso concreto, se revele com menor peso, deve ser o menor possível, já que esse princípio que não teve sua prevalência reconhecida continua a ser válido e incidente no caso em questão.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad.) Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. Dos Direitos da Personalidade in: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovane Ettore (coord.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, José Jairo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rei, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial** (trad.) Bruno Miragem.. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira *et. all.* **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses públicos versus interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Direitos fundamentais nas relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In:* TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Tutela da Personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *__in:* TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev.. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

METODOLOGIA CIENTÍFICA E PESQUISA

Berenice Nunes Soares¹

RESUMO

Este artigo trata da metodologia científica como disciplina necessária nos cursos de graduação, não só como orientação para produção de trabalhos acadêmicos mas, principalmente, para a construção do conhecimento através da pesquisa. A metodologia é vista como a disciplina que orienta o trabalho intelectual, garantindo-lhe máxima produtividade. Já a pesquisa é considerada atividade principal na produção do conhecimento e conseqüentemente para uma educação “libertadora e problematizadora”, conforme bem define Paulo Freire.

PALAVRAS- CHAVE

Metodologia Científica, Interdisciplinaridade, Pesquisa Produção do Conhecimento.

ABSTRACT

This article deals with the scientific methodology as a discipline required in undergraduate courses, not only as a guideline for the production of scholarly works, but mainly for the construction of knowledge through research. The methodology is seen as the discipline that guides the intellectual guaranteeing you maximum productivity. A separate survey, is considered the main activity in the production of knowledge and thus to become "freedom " and "problematical, " as well defines Paulo Freire.

KEYSWORD

Scientific Methodology, Interdisciplinary, Research Production of Knowledge.

¹ Especialização em Sociologia e em História Moderna e Contemporânea, professora da FENORD.

1. INTRODUÇÃO

Há uma distância imensa entre o desejo de envolver os alunos dos cursos de graduação no universo da Metodologia Científica e a realidade que se coloca diante do pouco interesse e valorização da disciplina no curso.

A idéia de se tornar um estudante pesquisador, fazendo da pesquisa instrumento de construção do saber, não parece empolgar muitos alunos da graduação, acostumados que estão a copiar idéias, adotar posturas não condizentes com o que se espera de alunos comprometidos com seu próprio fazer educativo, negando-se a utilizar um dos grandes recursos do ser humano que é a capacidade de pensar. Sabe-se, no entanto, que o processo educativo se consolida à medida em que o educando se propõe a crescer, a evoluir, a buscar e atingir os seus objetivos por méritos próprios, tendo como referência o espaço da sala de aula, onde o diálogo sobre as diversas áreas do conhecimento se pode tornar caloroso, instigando a curiosidade, a necessidade de saber mais, de construir outras possibilidades, ou como diz Helene Trocme Fabre (2006) citado por Albenides Ramos (2009) “saber aprender , pois nascemos para aprender”, para aprofundar conhecimentos, desenvolver habilidades e construir competências.

O “saber aprender” implica também na aquisição de métodos que atuarão como facilitadores da aprendizagem no processo de construção de conhecimentos mais elaborados, mais sistemáticos. Daí a importância da Metodologia Científica como disciplina necessária nos períodos iniciais dos cursos de graduação, pois além de orientar na organização e programação dos estudos, facilitando a aprendizagem, contribui para que o aluno adquira habilidade de leitura e escrita, aumentando a capacidade de interpretação e análise, além de preparar para a elaboração de projetos, produção de monografias e artigos científicos.

2. METODOLOGIA , INTERDISCIPLINARIDADE E PESQUISA

Na perspectiva de MINAYO (2000, p.16) “a metodologia é o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade”, ocupando sempre um lugar central no interior das teorias e sempre a elas se referem.

Para Maria Joaquina Fernandes Pinto “A disciplina de Metodologia da Pesquisa Científica nas universidades deve ajudar os alunos na experiência de sentirem-se cidadãos, livres e responsáveis, a administrar suas emoções e exercitar o bom senso e a equidade”. Tem ainda como objetivo levar o aluno a comunicar-se de forma correta, inteligível, adquirindo ainda a habilidade de desenvolver um pensamento bem estruturado e objetivo.

Por outro lado, há necessidade de uma predisposição dos alunos em aprender; condições intelectuais, competências e habilidades para quem ensina; condições externas adequadas para que haja harmonia entre ensinar e aprender e a participação da comunidade numa contínua exigência de qualidade de profissionais que ela vai receber.

Contribuirá também para um processo educativo mais eficiente a adoção de uma metodologia que privilegie a interdisciplinaridade, uma proposta que

É indispensável para se aplicar no processo de educação na sociedade atual, pois dela pode-se desvelar ao homem a visão da totalidade, desenvolver o espírito crítico e criativo através das atividades cotidianas desenvolvidas numa escola, para nelas perceber a multiplicidade de relações entre as disciplinas, pensamento, sentimento, valores e aprimorá-los, a fim de superar e ultrapassar contradições e diferenças. (FAVARÃO; ARAÚJO. 2004, p.108)

A proposta interdisciplinar objetiva a construção de novas possibilidades e metas a serem perseguidas, utilizando-se de novos procedimentos para projetos alternativos na resolução de problemas antigos e frequentes. Oportuniza ainda o despertar de uma nova postura frente à realidade, um novo modo de pensar a relação entre as diferentes áreas do conhecimento, visando a produção de novos conhecimentos. (FAVARÃO; ARAÚJO 2004)

Já Santomé diz que:

Também é preciso frisar que apostar na interdisciplinaridade significa defender um novo tipo de pessoa, mais aberta, mais flexível, solidária, democrática. O mundo atual precisa de pessoas cada vez mais polivalente para enfrentar uma sociedade na qual a palavra mudança é um dos vocábulos mais freqüentes e onde o futuro tem um grau de imprevisibilidade como nunca em outra época da história da humanidade. (1998, p. 45)

Desta forma, é que a prática interdisciplinar poderá reintegrar o aluno no mundo de experiências já constituídas, trazendo satisfação e motivação em saber mais, envolvendo-o numa prática educacional mais significativa e produtiva e, assim despertando a curiosidade em questionar conhecimentos, valores, revendo e reformulando conceitos, princípios, buscando desvendar fenômenos de forma sistemática, uma vez que é o conhecimento da realidade vivida nas suas diversas facetas que dará ao aluno condições de interrogar, questionar o que está posto mas ainda não satisfaz.

Para Fazenda (2002, p. 69) “a metodologia interdisciplinar parte de uma liberdade científica, alicerça-se no diálogo e na colaboração, funda-se no desejo de inovar, de criar, de ir além e exercita-se na arte de pesquisar”.

Constata-se assim, a necessidade, a importância de uma prática interdisciplinar que substitua o ensino fragmentado por um ensino mais dinâmico, reflexivo. Laureci Dondê da Silva (1999) coloca que a Universidade deve oportunizar a aquisição de métodos, que favoreçam a absorção e utilização do conhecimento, a fim de interpretar os acontecimentos, os fenômenos em sua totalidade, facilitando uma atuação interdisciplinar orientada para a solução de problemas.

3. A PESQUISA NO UNIVERSO DA METODOLOGIA CIENTÍFICA

Para DEMO, a pesquisa é necessária para se descobrir e criar através do questionamento

a pesquisa é fundamental para descobrir e criar. É o processo de pesquisa que, na descoberta, questionando o saber vigente, acerta relações novas no dado e estabelece conhecimento novo. É a pesquisa que, na criação, questionando a situação vigente, sugere, pede, força o surgimento de alternativas. (2001, p. 34)

Paulo Freire, grande defensor de uma educação construída através da problematização, entende ser a pesquisa a via para a busca de conhecimento.

Não há ensino sem pesquisa e pesquisa sem ensino. Esses que-fazer-se encontram um no corpo do outro. Enquanto ensino continuo buscando, reprocurando. Ensino porque busco, porque indaguei, porque indago e me indago. Pesquiso para constatar, constatando, intervenho, intervindo educo e me educo. Pesquiso para conhecer o que ainda não conheço e comunicar ou anunciar a novidade (2002, p. 29)

No universo da Metodologia Científica, a atividade de pesquisa sempre se destaca no propósito de construção do conhecimento considerando-a, conforme destaca o professor TEIXEIRA (2006, p. 6), “a maneira inteligente de reverter o processo instrumentalizante, à medida que fundasse atitude alternativa, participante, construtiva, questionadora”.

Em assim sendo, a pesquisa pode ser um instrumento de superação do ensino passivo e fragmentado, sem nenhuma preocupação com a interdisciplinaridade; das tradicionais aulas expositivas; da tão falada “educação bancária”, do distanciamento que se estabelece entre aluno e professor, este, às vezes, mero repassador de conteúdos, *muitas das vezes adotando uma postura ditatorial*, criando um ambiente de animosidade nem sempre propenso a uma aprendizagem efetiva.

A adoção de uma metodologia de ensino com pesquisa contribuirá para maior dinamismo do ensino-aprendizagem, criando um ambiente propício à construção do conhecimento. Abrirá janelas para vislumbrar novos horizontes, proporcionando um ensino de qualidade, formando cidadãos capazes de atuar competentemente no espaço vivido, atuando criticamente sobre a realidade com ética e justiça. Nelson Piletti afirma que

Talvez não haja outro lugar fora da Universidade em que seja tão grande a distância entre o dizer e o fazer. ...À medida que aproximamos a teoria da prática, alimentando uma relação entre ambas, estaremos aproximando a Universidade da vida, levando a primeira a contribuir com a transformação da segunda, e vice-versa, superando o distanciamento e o descompromisso tão frequentes na atualidade. (PILETTI, 1996, p. 45)

Importante lembrar que, atualmente, os debates por um ensino voltado para a integração teórica e prática tomaram conta dos espaços escolares, principalmente nas instituições de ensino

superior , que tem um compromisso social com a sociedade e valoriza a pesquisa para produção do conhecimento.

Na atividade de pesquisa, o foco no processo é o aluno que passa a ser produtor, elaborador do conhecimento. E quando o aluno se percebe capaz de ler, interpretar, criticar, posicionar-se diante de “verdades” constituídas, interrogando-as, analisando-as, avaliando-as, ele se expõe com mais propriedade, eliminando os medos que até então o aprisionavam. É o momento da libertação, do encontro de si mesmo com a sua intelectualidade, com a sua competência adquirida no sofrimento da construção e na aquisição da humildade diante da infinitude do conhecimento.

Para RAMOS (2009, p. 2) “A pesquisa dá consistência à formação de universitários, faz com que eles substituam antigos paradigmas, e o foco volta-se para uma *produção intelectual própria*, ou seja, aquela que traz a marca do seu elaborador”.

DEMO considera que

a verdadeira aprendizagem é aquela construída com esforço próprio através de elaboração pessoal. Para tanto, o caminho é a biblioteca, onde é preciso munir-se de leitura farta, para dominar posturas explicativas, entre elas escolher a mais aceitável e a partir desta elaborar uma própria, mesmo que seja síntese. O segundo passo é iniciar e elaborar, devagar e sempre, fazendo tentativas aproximativas, até sentir-se mais ou menos seguro de que é capaz de dar conta de um tema. (1998, p. 64)

Demo (1985) considera a metodologia uma das formas de fazer ciência cuja finalidade é tratar a realidade teórica e prática e, para atingir tal finalidade, colocam-se vários caminhos, mas o que realmente interessa é a pesquisa. Nesse sentido, a metodologia é uma forma de chegar lá.

Observa-se, no entanto, que nos cursos de graduação, poucos alunos se consideram capazes de refletir sobre as muitas questões relacionadas à sua realidade, a formularem seu próprio julgamento, a se adentrarem para a pesquisa; e uma das dificuldades está na falta de hábito de ler, escrever e interpretar, resultado de um passado constituído de conteúdos repassados acriticamente e o pouco incentivo no desenvolvimento de habilidades de ler, interpretar e compreender. É preciso a adoção de uma postura teórico- prática que faça emergir a pesquisa como princípio educativo.

SEVERINO define Metodologia como

[...] um instrumental extremamente útil e seguro para a gestação de uma postura amadurecida frente aos problemas científicos, políticos e filosóficos que nossa educação universitária enfrenta. [...] São instrumentos operacionais, sejam eles técnicos ou lógicos, mediante os quais os estudantes podem conseguir maior aprofundamento na ciência, nas artes ou na filosofia, o que, afinal, é o objetivo intrínseco do ensino e da aprendizagem universitária. (2000, p. 18)

Por outro lado, a compreensão de que os alunos chegam aos cursos de graduação sem nenhuma noção do verdadeiro significado de pesquisa, considerando que ao longo de sua vida estudantil este conceito foi extremamente banalizado, dificulta ao professor introduzir os elementos fundamentais de uma pesquisa científica. Acostumados à reprodução integral de textos de livros, internet, sentem-se despreparados para, inclusive, lerem e reescreverem o que pesquisaram, de retirar de textos lidos ideias mestras e complementares, não raras vezes, confundindo umas com outras.

Daí o motivo pelo qual a iniciação científica deve ser refletida em séries anteriores, pensando-se também no papel do

professor na educação contemporânea, quando o grande desafio é *educar pela pesquisa*, do ponto de vista metodológico.

Para Demo (2007), é essencial que o professor seja também pesquisador, não o pesquisador profissional, mas o profissional da educação pela pesquisa, que maneje a pesquisa como um princípio científico e educativo fundado em dois elementos da aprendizagem: o ato da criatividade e a valorização da subjetividade. Assim, o aluno deve ter sua iniciação científica, antes de adentrar-se no ensino superior e, para tanto, deve existir na escola um ambiente que permita uma participação dinâmica do aluno; que essa escola seja um espaço de trabalho coletivo e que o professor, como agente motivador, apresente-se como orientador do trabalho conjunto, coletivo e individual, cuidando da evolução individual e da produtividade dos trabalhos.

Ressalta-se que, quando se fala em preparar o aluno do ensino básico para a pesquisa, estamos falando da socialização de saberes científicos, artísticos e filosóficos, de se criar espaço para a troca de ideias, experiências, utilizando-se do conhecimento transmitido para ser criticamente trabalhado, interpretando-o e, dessa forma, operando a produção do conhecimento.

Diante disso, “o professor deve ser visto não apenas como um agente que ministra aula mas, sobretudo, como o orientador de um processo de produção do conhecimento”(DEMO, 2001).

Segundo SIQUEIRA ,

A mentalidade científica auxiliará o homem ao retirá-lo da sua posição de expectador, tornando-o sujeito da História, logo, livre, crítico, participativo e com mais alternativas para transformar a realidade. O espírito crítico e a mentalidade científica oferecem possibilidade de maior liberdade ao homem. (2005, p.18)

Percebe-se, portanto, que estudo e pesquisa qualificam o profissional, indicam o valor da formação daqueles que, independente de sua formação, se dedicam à arte de ensinar e aprender. Portanto o professor é visto como um mediador do processo de produção do conhecimento e, como tal, deve ser participante ativo da atividade de pesquisa. Numa sociedade globalizada, pluralista e competitiva, a pesquisa é vista com um dos instrumentos metodológicos indispensável para qualquer profissional que se pretende atualizado. Para o professor, o aluno torna-se uma via de mão dupla, na medida em que se colocam como sujeito da construção do conhecimento numa contínua interação de situações estimuladoras e desafiadoras da aprendizagem. Como afirma Belloni,

A função da universidade é apenas uma: gerar saber. Um saber comprometido com a verdade porque ela é a base da construção do conhecimento. Um saber comprometido com a justiça porque ela é a base das relações humanas. Um saber comprometido com a beleza porque ela possibilita a expressão da emoção e do prazer, sem o que a racionalidade reduz o humano a apenas uma das possibilidades. Um saber comprometido com a igualdade porque ela é a base da estrutura social inerente à condição humana. Um saber comprometido com o verdadeiro, o justo, o igualitário e o belo; é, em verdade, um compromisso com a transformação da sociedade, pois esses não são valores predominantemente estabelecidos e praticados na organização da vida humana, apesar de lhes serem próprios e inerentes (1992, p. 73).

4. A PESQUISA NO CURSO DE DIREITO

Para Eduardo de Oliveira Leite (2008, p. 11), a disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica surgiu de forma tímida, modesta e vacilante para tornar-se fundamental e decisiva à formação intelectual de qualquer aluno ou pesquisador, que se pretenda dedicar ao mundo da investigação científica. Por outro lado, ressalta o autor que “a monografia jurídica firmou-se definitivamente nos currículos de excelência, comprovando que o melhor corpo docente desvinculado da atividade investigatória não se sustenta e está fadado ao insucesso de suas mais elementares propostas educacionais e culturais”.

Quando, através da Portaria do MEC nº 1886/, tornou-se obrigatória a monografia nos cursos de Direito, houve confronto de ideias no meio acadêmico, visto que a pesquisa não era prioridade do ensino. Medo, ansiedade e angústia por parte de professores e alunos. Os professores, por se sentirem inseguros, já que não tinham formação específica para orientar alunos no desenvolvimento dos trabalhos monográficos. Os alunos, por se sentirem despreparados para desenvolver a atividade de pesquisa, uma vez que, acostumados ao processo de transmissão de conhecimentos jurídico oficial, não se sentiam capazes de produzir um trabalho monográfico, mesmo utilizando exclusivamente da pesquisa bibliográfica, modelo de pesquisa até hoje mais adotado.

No entanto, não são poucos os autores que defendem a pesquisa como forma de associar a teoria à prática, uma vez que o bacharel em Direito necessita obter um conhecimento mais profundo, crítico e consciente do papel social do Direito.

(MARCONI, 2001, p. 25).

O papel da disciplina de Metodologia Científica foi importantíssimo nesse momento, embora seu conteúdo se voltasse muito mais para o ensino das normas técnicas exigidas pela ABNT

para apresentação de trabalhos acadêmicos do que no preparo do aluno para a escrita de textos monográficos.

Os debates em torno da investigação científica tomou espaço no ambiente acadêmico. O professor de Metodologia Científica passou a ser bastante requisitado pelos professores e alunos que, ansiosos, questionavam sobre o quê e como fazer. Algumas instituições preocupadas com a preparação do seu corpo docente ofereciam cursos de qualificação para que os professores adquirissem competências e habilidades para a atividade de orientação. A essa questão vinculava-se o debate sobre a adoção de novas metodologias de ensino em detrimento do ensino tradicional, até então oferecido, e que colocava alunos e professores acomodados numa relação constituída de *transmissão de conhecimentos, recepção de conhecimentos transmitidos, preparação de conhecimentos transmitidos para prova*. Discutia-se sobre uma nova didática que levasse o aluno a pesquisar, a questionar, a despertar a curiosidade, o estímulo, a iniciativa, aumentando o seu interesse pelos fenômenos sociais em sua plenitude, procurando superar a distância entre o Direito e a realidade, dos problemas cotidianos de uma sociedade em constantes transformações.

A inserção da pesquisa no curso de Direito se torna um instrumento valioso para aprimorar qualidades desejadas em um profissional da área jurídica, oportunizar o diálogo, instrumentalizar para uma contínua interpretação crítica das leis, instituições jurídicas e políticas, adquirir atitudes diante da necessidade de mudanças na sociedade.

Pesquisar, assim, é sempre também dialogar, no sentido específico de produzir conhecimento do outro para si, e de si para o outro, dentro de contexto comunicativo nunca de todo devassável e que sempre pode ir a pique. Pesquisa passa a ser, ao

mesmo tempo, método de comunicação, pois é mister construir de modo conveniente a comunicação cabível e adequada e conteúdo da comunicação, se for produtiva. Quem pesquisa tem o que comunicar. Quem não pesquisa apenas reproduz ou apenas escuta. Quem pesquisa tem capaz de produzir instrumentos e procedimentos de comunicação. Quem não pesquisa assiste a comunicação dos outros (DEMO, 2001, p. 39)

Segundo Viehweg(1995) apud Roesler (Anuário ABEDI, ano 2, 2004 p. 97)

Um saber jurídico completo somente será construído com a aquisição de competências específicas para a pesquisa, articuladas como uma visão constantemente reformulada pela submissão do objeto de conhecimento a uma análise sob o enfoque dogmático e zetético.

Roesler (2004, p. 96) deixa claro que o “papel da zetética é o de examinar criticamente os pressupostos que embasam a dogmática, fornecendo-lhe assim condições de revisar seus dogmas, adaptando-os e fundamentando-os racionalmente”. Percebe-se que a adoção do enfoque dogmático e do enfoque zetético na construção do conhecimento jurídico, assim como a capacidade de distingui-los, constitui um embasamento teórico na construção de um modelo de ensino e educação jurídica integrado à pesquisa.

Para João Ibaixe Júnior, a pesquisa é dogmática quando o pesquisador parte da assertiva, axiomas ou conceitos tanto para descrever como para direcionar o conhecimento, mesmo ao relacioná-lo a outras ciências. Ela é zetética quando utiliza indagações para alcançar o conhecimento. A dogmática usa postulados e a zetética evidências.

Se até a publicação da Portaria do MEC nº 1884/94 , a pesquisa esteve associada à pós-graduação, a exigência deste normativo para que a pesquisa se tornasse obrigatória nos cursos de Direito provocou uma ruptura num paradigma até então existente , oportunizando ao corpo docente dos cursos a adoção de um ensino voltado para uma prática, onde a criatividade e a consciência crítica substituíssem as tradicionais aulas expositivas, sem o diálogo que abre espaço para a formulação do sentido da análise e da compreensão da realidade.

Para Thiago Alexandre Ribeiro, a pesquisa científica tem o objetivo de desenvolver o pensamento científico em sala de aula, para que os formandos alcancem conhecimento mediante o uso e a solução de problemas. Através da pesquisa científica, os alunos se apropriam do conhecimento de forma sistemática, tendo a oportunidade de revisar teorias mais avançadas já anteriormente ministradas por professores. Partindo desse pressuposto, constata-se a importância da pesquisa no ensino jurídico, no desenvolvimento de atitudes científicas dos alunos que, adotando uma visão mais crítica dos conhecimentos a eles transmitidos, possam desenvolver competências para solucionar novos problemas jurídicos, valendo-se de princípios e postulados da ciência do direito.

Daí a importância da disciplina de Metodologia Científica que se faz presente em todas as disciplinas do curso, dando suporte à pesquisa no cotidiano da sala de aula e, ainda, no desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso que, embora encontre limitações, contribui para que os alunos, ao se envolverem com a pesquisa, compreendam a importância de produzir seu próprio conhecimento, despertando em muitos o espírito investigativo tão necessário nos dias atuais. Para Leite (2008, p. 21) “a metodologia interfere como agente disciplinador do trabalho intelectual, garantindo-lhe máxima produtividade e a decisiva criatividade tão ausente de nossos cursos jurídicos”.

5. CONCLUSÃO

A atividade de iniciação científica, antes privilégio dos cursos de pós-graduação, se tornou instrumento fundamental na relação ensinar e aprender nos cursos de graduação. Para o sucesso dessa atividade é preciso que haja uma interação entre aluno e professor que possibilite o despertar da curiosidade para a descoberta, para a investigação. Por outro lado, a disciplina de Metodologia Científica tem desempenhado importante papel nesse contexto, quando se propõe a desenvolver no aluno a capacidade de pensar, de aprender a ler, de analisar e interpretar o lido, e de aprender a fazer. Nos cursos de Direito, o aluno deve ser instigado a pensar criticamente, a questionar e a confrontar as leis a partir dos fatos reais, substituindo a postura de mero expectador para a de um agente transformador da realidade jurídica, alguém responsável pela sociedade e pelo cumprimento da justiça.

Embora com autonomia para decidir sobre suas ações, o aluno de ensino superior deve levar em conta o lugar onde está, o quanto é necessário organizar o seu tempo para o estudo, procurar ir além do conhecimento adquirido em sala de aula, transpondo a teoria para a prática, vivenciando toda a dinâmica que a universidade possa oferecer.

6. REFERÊNCIAS

BELLONI, Isaura. Função da Universidade: notas para reflexão. In: BRANDÃO, Zaia et al. **Universidade e Educação**. Campinas: Papirus; São Paulo: Sedes; Santo André: Anped, 1992.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

_____. **Educar pela pesquisa.** 8 ed. Campinas: Autores Associados, 2007.

_____. **Pesquisa, princípio científico e educativo.** 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Conhecimento moderno sobre ética e intervenção do conhecimento.** Petrópolis: Vozes, 1998.

FAVERÃO, Neide Rodrigues Lago; ARAUJO, Cíntia de Souza Alferes. Importância da Interdisciplinaridade no Ensino Superior. **Educere**, Paraná, v. 4, n. 2, p. 103-115, jul./dez., 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

JUNIOR, João Ibaixe. **Ensino Jurídico: entre a pesquisa zetética e a dogmática.** Disponível em [http:// 66,228.120.252./artigos / 2525902](http://66,228.120.252./artigos/2525902). Acesso em: 06 de maio de 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Série Métodos em Direito).

MINAYO, M.C.S. O Conceito de Metodologia de Pesquisa. In:_____.(org). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade.**15 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

PILETTI, Nelson. **História da Educação no Brasil.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

PINTO, Maria Joaquina Fernandes. **A metodologia Científica como ferramenta na comunicação empresarial.** Disponível em

HTTP: //www.Comtexto.com.br/2comvicomcomunica. Maria Joaquina.HTM.acesso em 27 de maio 2001.

RAMOS, Albenides. **Metodologia da Pesquisa Científica**: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. São Paulo: Altas, 2009.

ROESLER, Claudia Rosane. Formação para a Pesquisa e o Ensino e Profissionalização do Magistério no Ensino Jurídico: notas para pensar esta realidade a partir da distinção entre enfoque dogmático e enfoque zetético. **Anuário ABEDI**, ano 2, n 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SANTANA, Thiago Alexandre Ribeiro. **A Pesquisa Científica como Metodologia no ensino Jurídico**. Disponível em www.compedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3801.pdf.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e Interdisciplinaridade**: o currículo integrado. Porto Alegre: Artmed, 1988.

SEVERINO, Antônio J. **Metodologia do Trabalho Científico**. 21 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A Prática da Metodologia Científica no Ensino Superior ea relevância da pesquisa na aprendizagem universitária**. Disponível em <http://www.unicaieiras.com.br/revista1/artigos/Severino/ArtigoSeverino.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2011.

SILVA, Lauraci Dondé da. Sobre a necessidade de orientação educacional na universidade. **Revista Educação Brasileira**, Brasília, v. 21, n. 43, p. 195, jul./dez. 1999.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva. **Monografias e Teses:** das normas técnicas ao projeto de pesquisa. Brasília: Consulex, 2005.

TEIXEIRA, Gilberto. **O Papel do Professor na sociedade do conhecimento.** Disponível em <http://www.serprofessoruniversitario.pro.br/.o-papel-do-professor-na-sociedade-do-conhecimento> . Acesso em 30 de março de 2011.

A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES CONTRA A HONRA

Geraldo Barbosa do Nascimento¹

RESUMO

A proposta desse artigo é discutir a possibilidade de a pessoa jurídica ser ou não sujeito passivo em acusação de crimes contra a honra. Não sendo um tema consensual, o trabalho aborda a controvérsia existente, como também analisa as diferentes perspectivas doutrinárias e a posição dos tribunais a respeito do assunto, procurando identificar de forma pontual se a acusação de calúnia, difamação e injúria se estende também às coletividades organizadas.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoa Jurídica, Crimes Contra a Honra, Teoria da Ficção, Corrente Realista.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the possibility of legal entity to be passive or not the charge of crimes against honor. Although not a consensus issue, the paper addresses the current controversy, it also analyzes the different perspectives and doctrinal position of the courts on the subject, trying to identify in a timely manner if the accusation of libel, defamation and libel are also extended to organized collectivities.

KEYSWORK

Legal Person, Crimes Against Honor, Theory of Fiction, Current Realistic.

44 ¹ Especialização em Direito Público e Língua Portuguesa, Professor da FENORD

1. INTRODUÇÃO

A honra é um bem jurídico imaterial inerente à personalidade, e, por isso, qualquer indivíduo, imputável ou inimputável, é titular desse bem. No direito moderno, está consagrado o princípio de que ninguém fica privado do direito à honra, que é, por isso mesmo, tutelada pelo direito penal. Mas, antes de receber a tutela penal, a honra está protegida na Carta Magna (art.5º, X). Desta forma, pessoa alguma, por mais decaída na escala social, ao contrário dos tempos medievais, torna-se inteiramente desprovida do amor-próprio, ou deixa de merecer o respeito, mínimo que seja, por parte de outrem. Assim, toda e qualquer pessoa humana pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. Esse conceito de honra, como valor tutelado em todo ser humano, é resultado de lenta e histórica evolução dos direitos da personalidade.

O Código Penal brasileiro, do artigo 138 a 145, dedica um capítulo específico aos crimes contra a honra, tipificando-os como calúnia, difamação e injúria. Ressalte-se que essa previsão legal não se exaure no Código Penal. Também legislação penal extravagante dispõe sobre esses delitos, como a do Código Penal Militar (artigos 214 a 219); a do Código Eleitoral (artigos 324 a 326); a da Lei de Segurança Nacional (artigo 26); e a do Código Brasileiro de Telecomunicações (artigo 53, letra “i”).

A proposta do presente trabalho é mostrar a possibilidade de a pessoa jurídica poder ou não figurar no polo passivo dos crimes contra a honra, enfocando a divergência a respeito, a posição e a evolução da doutrina dentro das vertentes de pensamento, bem como o entendimento da jurisprudência sobre o assunto.

2. A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

Discute-se, de há muito, se as pessoas jurídicas - coletividades organizadas, com personalidade jurídica atribuída pelo direito - podem ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. O desate da questão, ou seja, a possibilidade ou não de a pessoa jurídica ser sujeito passivo dos crimes contra a honra, vai depender da teoria ou corrente de pensamento à qual se filiaram os doutrinadores. Acerca do tema, duas teorias ou correntes de pensamento se formaram.

Para a chamada *teoria da realidade* ou *organicista*, preconizada por Otto Gierke, majoritária nos países da *Common Law*, a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra (BITENCOURT, 2001, p. 5-6).

Em sentido diverso, posiciona-se a *teoria da ficção* ou *clássica* (ou tradicional) criada por Savigny, segunda a qual a pessoa jurídica não pode figurar no polo passivo dos crimes contra a honra, em especial no de calúnia, já que a pessoa jurídica não poderia ser sujeito ativo do crime (ausência de capacidade penal).

3. A TEORIA DA FICÇÃO (CORRENTE TRADICIONAL OU CLÁSSICA)

Perfilham esta teoria doutrinária consagrados autores de países filiados ao sistema romano-germânico, tendo sido capitaneada por Savigny. Segundo esta teoria as pessoas jurídicas são entidades abstratas; só existem ficticiamente. Não possuem vontade própria, nem consciência, requisitos imprescindíveis para a existência do crime. A teoria da ficção se arrima no brocardo romano “*societas delinquere non potest*”. (a sociedade jurídica não comete delitos) (CAPEZ, 2006, p. 49).

Segundo expressiva corrente doutrinária representativa
46 dessa corrente, os entes morais não podem ser sujeito passivo dos

delitos contra a honra, especialmente porque o bem jurídico tutelado nesses crimes é de titularidade exclusiva das pessoas físicas, isto é, a honra é inerente ao ser humano. Enfim, para que se possa falar em ofensa à honra, deve se pressupor individualidade físiopsíquica e idoneidade para conseguir mérito ou demérito individual. E, como a pessoa jurídica não tem sentimento moral e consciência da ofensa, não haveria como se violar o bem jurídico tutelado.

Em acréscimo, sustentam ainda que o próprio Código Penal brasileiro não trata expressamente da questão da suscetibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo nos crimes contra a honra (PRADO apud MENDES, 2000, p. 234). As ofensas dirigidas à pessoa jurídica atingem as pessoas físicas que a compõem, comandam ou representam, de modo que são essas pessoas físicas as verdadeiras vítimas desses crimes (sujeito passivo).

Ao arremate, os partidários dessa teoria sustentam que a pessoa jurídica, por não se passar de uma mera abstração, só seria suscetível de ser responsabilizada nas searas administrativa e civil, mas nunca criminalmente, o que inviabiliza ser ela sujeito passivo do crime de calúnia. De igual modo, a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo do crime de difamação ou injúria, porque tais delitos integram o Título – Crimes contra a Pessoa - e consistem em imputar fato ofensivo à reputação de alguém. Enfim, para a teoria da ficção esse *alguém* só pode ser a pessoa humana. E, em lugar algum, a legislação se refere à pessoa jurídica como alguém. A honra é patrimônio moral do homem, daí a impossibilidade de ser a pessoa jurídica ofendida em sua dignidade, decoro, ou reputação na sociedade.

Hungria, um dos adeptos dessa corrente tradicional, ensina que em face do Código atual somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a pessoa física. Para ele é inaceitável a tese de que também a pessoa jurídica pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida na sua honra. Apoiado no pensamento de

Berner, Hungria é enfático ao assentar que a pessoa jurídica é uma ficção, estranha ao direito penal, e ao final arremata:

falta-lhe o sentimento moral, e todos os atos que se devem apreciar do ponto de vista da honra de uma pessoa jurídica não são seus senão por ficção; de modo que as ofensas à honra de uma pessoa jurídica não são, de fato, senão ofensas à honra das pessoas físicas que a representam. (HUNGRIA & FRAGOSO, 1982, p. 44).

Binding e Maggiore (HUNGRIA & FRAGOSO, 1982, p. 45) observam que falar em honra de pessoas jurídicas é um absurdo, já que a pessoa jurídica, indiscutivelmente, é uma **factio juris**. *Ipsa factu*, não pode ser ampliada além da utilidade prática para a qual foi criada. O direito privado, ao fingir a pessoa jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, fê-lo tão somente para fins patrimoniais ou econômicos. A pessoa jurídica não é instituto ou conceito de direito penal

No mesmo sentido, Manzine (ibidem, p. 45) ensina a lição segundo a qual as coletividades, corporações, empresas, que o direito privado considera como sujeitos de direitos, assumem tal subjetividade fictícia exclusivamente em relação aos direitos de ordem civil, isto é, em relação aos direitos patrimoniais. Entre estes não se podem incluir senão aqueles contemplados pela lei civil, comercial e pelas leis de direito público, desde que, e somente quando, se refiram aos entes de que se tratam. O chamado direito à honra, em sentido lato, é, ao contrário, reconhecido e tutelado exclusivamente pela lei penal. Para poder admitir às pessoas jurídicas a subjetividade do direito à honra, seria necessário que a lei penal expressamente o reconhecesse.

Magalhães Noronha (1986, p. 121), sem a postura inflexível de Hungria, entende que a colocação da pessoa jurídica, no Código Penal, em seu Título I “Dos Crimes contra a pessoa”, constitui

óbice intransponível a que se possa reconhecê-la como vítima dos crimes contra a honra, já que todo o Título se refere ao homem, pessoa física.

Também Heleno Cláudio Fragoso (2004, p. 187), a exemplo de Magalhães Noronha, embora reconhecendo a existência de valores morais relacionados com a reputação, o bom nome ou o crédito, aplicáveis à pessoa jurídica, leciona que os crimes contra a honra, titulados como calúnia, difamação e injúria, são crimes contra a pessoa humana. E, perante o vigente Código Penal, somente a pessoa física pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. A ofensa feita à pessoa jurídica reputa-se irrogada aos que a representam ou a dirigem.

Nelson Pizzotti Mendes, a seu turno, elenca as razões por que entende não podem as pessoas jurídicas ser sujeito passivo dos crimes contra a honra

1. Porque carecem do bem jurídico honra, cuja titularidade é exclusiva da pessoa humana à qual é inerente; 2. Porque o Código Penal brasileiro não contém nenhuma disposição, de caráter constitutivo, que expressamente admita as pessoas jurídicas como sujeitos passivos de calúnia, difamação e injúria; 3. No Direito brasileiro, tais delitos são considerados crimes contra a Pessoa; 4. As ofensas dirigidas contra as pessoas jurídicas não ficam impunes, pois lesam a honra das pessoas físicas que as compõem, dirigem ou representam (MENDES apud MIRABETE, 2009, p. 125).

Esta é a posição majoritária, marcadamente individualista em relação aos valores morais, que dominou o direito nos países em que se abraçou a teoria da ficção, inclusive o Brasil, onde a doutrina dominante, tradicionalmente, tem-se posicionado contra a

possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo dos crimes contra a honra.

4. O ABRANDAMENTO DA TEORIA DA FICÇÃO

Contudo, a evolução dos tempos e o avanço do pensamento modificaram a postura individualista da teoria da ficção, quebrando o seu rigor, permitindo o aparecimento de uma posição intermediária. Na verdade, uma posição mitigada dentro da teoria da ficção, pois, nega à pessoa jurídica a qualidade de sujeito passivo nos crimes contra a honra, quando se trata de calúnia; mas o admite, quando se trata de difamação e, em alguns casos, de injúria, consolidando o entendimento de que não é absoluto o princípio da “societas delinquere non potest”, podendo a pessoa jurídica merecer também a proteção penal, tendo em vista o seu bom nome, o seu crédito, a sua respeitabilidade e a confiança de que goza no meio social. É esse um fato que dificilmente poderá ser contestado por quem tenha os olhos voltados para a realidade.

Dentro dessa ordem de ideias, duas outras correntes de pensamento se formaram. Uma, entendendo que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de difamação e injúria. A outra, advogando o entendimento de que a pessoa jurídica só pode ser sujeito passivo de difamação, nunca de calúnia e injúria.

A primeira corrente, apoiada sobretudo na doutrina e jurisprudência italianas, argumenta que a pessoa jurídica possui patrimônio próprio e até mesmo honra, daí por que pode figurar no polo passivo do crime de difamação e injúria.

FLORIAN, citado por Hungria, chega a admitir sensibilidade à pessoa jurídica, reputando-a capaz da própria honra subjetiva ou interna, expondo o seguinte:

A pessoa jurídica possui no mundo contemporâneo uma consistência própria, e tende cada vez mais a consolidá-la e ampliá-la. Torna-se cada vez mais necessária, e florescem copiosamente as formas de atividades associadas. E como subsiste independentemente das pessoas que a compõem, manifestando-se com modos especiais de atividades, pode ser sujeito passivo de difamação e injúria. A pessoa jurídica não é uma **factio juris**, mas, sim, uma realidade palpitante, um elemento integrativo da vida social, revestindo-se de dignidade civil, cercando-se de reputação. Esta última lhe é incontestável e pode tornar-se um fator propício, se boa, ou um fator prejudicial, se má (FLORIAN apud HUNGRIA & FRAGOSO, 2004, p. 44).

Contudo, a corrente, que modernamente reflete o pensamento de grande parte da doutrina e mesmo da jurisprudência no direito brasileiro, é aquela segundo a qual a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de difamação, em face da inegável reputação e boa fama que possui. Para esta corrente, nunca a pessoa jurídica pode ser vítima de calúnia, posto que não pode ser sujeito ativo do crime, que é pressuposto da calúnia. Nem tampouco pode figurar no polo passivo da injúria, uma vez que não possui honra subjetiva, que é o objeto jurídico do delito.

Nessa linha de pensamento posiciona-se Custódio da Silveira que, depois de discorrer sobre a dissensão existente na doutrina sobre a matéria, faz referência a uma corrente intermediária à qual se filia, e reconhece a possibilidade de figurar a pessoa jurídica como sujeito passivo de difamação, tendo presente que “não se lhe pode recusar uma reputação ou boa fama, cuja lesão reflete sempre no seu patrimônio” (SILVEIRA, 1973, p. 227-228).

No mesmo passo, Damásio de Jesus² admite a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo do crime de difamação, ensinando que a mesma situação não ocorre com a calúnia. Pois, se caluniar é atribuir a alguém falsamente a prática de crime, e se somente o homem pode ser sujeito ativo, é evidente que só ele pode ser caluniado. Desta maneira, a imputação caluniosa dirigida a uma pessoa jurídica se resolve em calúnia contra as pessoas que a dirigem. Também não pode a pessoa jurídica ser sujeito passivo do crime de injúria, uma vez que o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva, que é o sentimento de dignidade e decoro próprio. E conclui afirmando que a mesma situação não acontece com a difamação:

Não se cuida de atribuir à pessoa jurídica a prática de um crime ou uma qualidade injuriosa. É certo que a definição legal do art. 139 do CP fala em alguém; mas alguém significa alguma pessoa, em face do que se pode entender que o tipo cuida de toda espécie de pessoa, seja física ou jurídica (JESUS, 1991, p. 180).

Neste diapasão, é o magistério de Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 347), que, referindo-se à pessoa jurídica, sustenta a sua admissibilidade como sujeito passivo em crimes contra a honra, com relação à difamação. E não haveria, segundo seu ensinamento, trazendo à comparação os chamados precedentes legislativos, nenhuma razão lógica, jurídica, ética ou moral para admitir a capacidade passiva somente das entidades e dos órgãos públicos, e excluir tal capacidade das entidades privadas. Tanto a pessoa jurídica de direito público, como a de direito privado podem ser sujeito passivo do crime de difamação. Isto porque ninguém ignora os danos e abalos de créditos que as pessoas jurídicas podem sofrer

² JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: parte especial. Vol. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 179.

se forem vítimas de imputações levianas de fatos desabonadores do conceito e da dignidade que desfrutam no mercado. E esses valores – conceito e dignidade – são definidos como honra, tutelados pela lei penal. Assim, a ofensa a esses valores pode caracterizar igualmente crime à pessoa jurídica.

Na mesma vertente de pensamento, ensina Fernando Capez ao registrar que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de difamação, já que possui reputação, de maneira que a divulgação de fatos desabonadores de seu conceito junto à sociedade pode acarretar-lhe dano irreparável (CAPEZ, 2007, p. 259).

Com o apoio de eminentes juristas, leciona o professor Luiz Regis Prado que a pessoa jurídica pode perfeitamente ser vítima de difamação, se lhe é imputado fato ofensivo à sua reputação; nunca, porém, de calúnia que consiste em imputar fato definido como crime; nem também de injúria que importa menoscabo do sentimento pessoal de dignidade ou decoro³.

5. A CORRENTE DA REALIDADE

A teoria da realidade ou da personalidade real é reinante nos países em que o direito se desenvolveu através de normas jurídicas não-escritas, mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência, como Reino Unido, EUA e na maioria dos países da commonwealth.

Sustenta essa corrente que a pessoa jurídica é uma realidade; possui personalidade real, vontade própria, que nasce da vontade individual de seus membros, sendo essa vontade coletiva

³ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: RT, 2000.v.2, p. 234; Nesse sentido: BARBOSA, Marcelo Fortes. Crimes contra a honra, p.37; SILVEIRA, Euclides Custódio da. Direito penal: crimes contra a pessoa, p.227-228; BRUNO, Aníbal. Crimes contra a pessoa, p.266; MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. 26 ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2009, p. 160; JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Direito Penal: parte especial. Vol. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.180.

capaz da prática de ação e atos ilícitos (crimes), tanto quanto a vontade individual. Bem por isso, nela deve-se reconhecer capacidade criminal. Assim, pode a pessoa jurídica delinquir, e figurar no polo ativo e passivo como entes morais.

Apesar de predominar nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências, essa corrente vem conquistando espaço entre os países que adotaram o sistema romano-germânico, como exemplo, a Holanda, a França, Dinamarca, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Portugal, Áustria, Japão e China, inclusive o Brasil, onde a força dessa teoria se faz sentir.

A presença da teoria da realidade no direito positivo brasileiro, primeiro, ocorreu quando se reconheceu a possibilidade de figurar a pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de difamação. Segundo, quando se admitiu, em algumas situações e de forma ampla, a capacidade passiva de órgãos e entidade em crimes contra a honra, vista esta como um valor moral e social, citando-se como exemplos: o antigo Decreto n.4.776, de 1º de outubro de 1942, que considerou “*a Nação, o Governo, o regime e as instituições*” como vítimas dos crimes de calúnia e injúria; a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que teve sua vigência suspensa⁴ pelo STF, previa as hipóteses em que a pessoa jurídica podia ser vítima de calúnia, difamação e injúria.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 filiou-se à teoria realista, quando dispôs em seu art. 225, § 3º, que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”; e, também no art. 173, § 5º, ao dispor: “*a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade*

⁴ Decisão do Plenário em julgamento realizado em 27-02-2008 (DJe de 7-11-2008).

desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

A respeito dessa adesão à teoria da realidade pela Constituição Federal, posiciona-se Bitencourt (2001, p. 323-324) afirmando que:

para aqueles que admitem que a Constituição Federal de 1988, em razão dos mencionados dispositivos, teria conferido capacidade penal ativa à pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica e o sistema financeiro, economia popular e meio ambiente, passou-se a sustentar, mais enfaticamente, a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do crime de calúnia.

Rogério Greco (2009, p. 427) afirma que antes da Lei 9.605/98, quando se atribuía a uma pessoa jurídica a prática de um fato falso definido como crime, a questão se resolveria em crime de difamação, nunca de calúnia, ante a absoluta impossibilidade de a pessoa jurídica praticar o delito a ela atribuído. Mas, com o advento da mencionada Lei 9.605/98, que criou tipos penais específicos para os entes morais, é possível conceber a pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de calúnia, desde que o fato criminoso falsamente a ela imputado seja de natureza ambiental. Fora daí, ou seja, fora da lei ambiental, o fato deverá ser considerado difamação.

6. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

a) Impossibilidade

Como o direito brasileiro aderiu à teoria da ficção, historicamente os tribunais, a par da doutrina, têm-se posicionado contra a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo dos

crimes contra a honra. O STF, provavelmente por influência de Hungria, já se manifestou no sentido de que *“perante nossa lei, só a pessoa física pode ser ofendida, pois no Código Penal os crimes contra a honra são crimes contra a pessoa, tratando-se de caluniar, difamar ou injuriar alguém”*⁵. Igualmente aquela augusta Corte já decidiu reafirmando que a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos delitos contra a honra⁶.

Na esteira de entendimento do Supremo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já se posicionou sobre o tema, quando do julgamento do recurso especial oriundo de São Paulo, o Min.Gilson Dipp assim concluiu:

I - A jurisprudência desta Corte, sem recusar à pessoa jurídica o direito à reputação, é firmada no sentido de que os crimes contra a honra só podem ser cometidos contra pessoas físicas.

II - Eventuais ofensas à honra das pessoas jurídicas devem ser resolvidas na esfera cível.

III - Recurso desprovido. (REsp 493.763/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 318).

Em sentido igual é a decisão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, cuja ementa é a seguinte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIFAMAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. C. PENAL. SÚMULA 83-STJ.

Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal. A própria difamação, ex vi legis (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que

⁵ RT 445/476

56 ⁶ RT 453/462.

permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal) não se inclui a pessoa jurídica no pólo passivo e, assim, especificamente, (Cap. IV do Título I) só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes). Agravo desprovido (AgRg no Ag 672.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 17/10/2005, p. 335).

E ainda dessa mesma Corte, colhem-se os julgados a seguir: RHC 7.512/MG (Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 30/06/1998, DJ 31/08/1998, p. 120); HC 7.391/SP (Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 22/09/1998, DJ 19/10/1998, p. 113); HC 1.062/GO (Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., - DJ 04.09.2000, p. 198).

Consentâneos com a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), registrem-se alguns arestos das cortes estaduais. Desta forma, decidiu o Tribunal de Justiça Criminal de São Paulo:

A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de crime contra a honra. É ela uma ficção e como tal não pode ter honra, pois esta é um bem essencialmente individual. A honra de uma pessoa jurídica só pode estar nas pessoas que a dirigem⁷.

E na mesma linha de pensamento, julgando o HC 11.238, da Comarca de Nanuque (MG), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou:

Face à consideração de que as pessoas jurídicas não podem ser sujeito passivo nos crimes contra a honra,

⁷ RT 409/278-279.

muito menos podem sê-lo os dirigentes de tais entidades, quando a ofensa não é de ordem pessoal⁸.

No mesmo sentido: QC 9.245-0/SP (Rel. Des. Torres de Carvalho, DJ 14.02.90).

b) Possibilidade

A discussão sobre a possibilidade de ser a pessoa jurídica sujeito passivo dos crimes contra a honra gira em torno da difamação, porque em relação à calúnia e à injúria parece estar pacificado na jurisprudência, assim como na doutrina, o entendimento de não se admitir a pessoa jurídica como sujeito passivo.

Reconhecendo a divergência reinante na Casa, o STF mesmo já admitia, embora de forma isolada, a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do delito de difamação. Tal posicionamento, segundo René Ariel Dotti (2008, p. 433), firmou-se a partir do julgamento, em 1984, do Recurso Especial em Habeas-corpus, em que o Ministro Francisco Rezek e os demais componentes da 2ª Turma do STF decidiram: “*A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, não, porém, de injúria ou calúnia*” (RHC 61993/RS, Relator: Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 26/10/1984, DJ 14-12-1984 PP-21607).

Acompanhando a realidade dos novos tempos, essa orientação do STF vem sendo mantida. Em 1994, o Min. Carlos Velloso, decidindo o Inquérito n.800/RJ, confirmou o entendimento de que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, não, porém, de injúria ou calúnia (INQ 800/RJ, Relator: Carlos Velloso, Pleno, julgado em 10/09/1994, DJ 19-12-1994, p. 35.181). Opinião igual manifestou o Min. Marco Aurélio, julgando o RHC 83.091, quando sustentou que a pessoa jurídica pode ser

sujeito passivo de difamação, não, porém, de injúria ou de calúnia (RHC 83.091/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/08/2003, DJ 26-09-2003, p.13).

Seguindo a mesma orientação, o STJ tem-se posicionado pela possibilidade da titularidade passiva da pessoa jurídica no crime de difamação. Assim, foi a decisão no Recurso Especial n.53.761, da lavra do relator Min. Assis Toledo, concluindo: “A *pessoa jurídica, no direito brasileiro, só pode dizer-se vítima de difamação, não de calúnia ou injúria*” (REsp 53761/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, julgado em 21/11/1994, DJ 12/12/1994, p. 34374).

Entre a coletânea de julgados dos tribunais estaduais a favor da tese de que pode a pessoa jurídica ser sujeito passivo do crime de difamação, extraem-se os seguintes julgados: (ACrim 638.729-0/SP, Rel. Severino Pereira Junior, julgado em 18/02/1991, DJ 18-02-1991, p.302; HC 191.035/SC, Rel. Souza Varella, 1ª Turma, julgado em 13/01/2006, DJ 26-08-2006).

Postas estas considerações com relação às decisões pretorianas, mormente quanto à divergência em se tratando da difamação, é de registrar que a evolução jurisprudencial tende a processar-se no sentido de se atribuírem valores morais (reputação e bom nome) às pessoas jurídicas; portanto, de ser possível a sua figuração no polo passivo no crime de difamação.

Resta, por fim, dizer que a jurisprudência reconhece a possibilidade de a pessoa jurídica ser parte no polo passivo do crime de calúnia, quando lhe é imputada a prática de crime contra o meio ambiente, em face da previsão constitucional e legal de poder responsabilizar-se por delito dessa natureza. De acordo com esse entendimento, julgando o Recurso Especial 564.960/SC, manifestou o STJ sobre a possibilidade da responsabilização penal do ente coletivo por danos ambientais e, assim sendo, poder figurar como sujeito passivo do delito de calúnia (REsp 564960/SC, Rel.

Ministro Gilson Dipp', Quinta Turma, julgado em 02/06/2005, DJ 13/06/2005, p. 331).

7. CONCLUSÃO

Em remate do exposto, como orientação didática, pode-se chegar à seguinte conclusão:

a) Tanto o direito positivo, como a doutrina e a jurisprudência, atualmente, reconhecem à pessoa jurídica o atributo honra, como um valor moral, social e econômico, presentes e necessariamente exigíveis na vida em comunidade;

b) Sendo a calúnia a falsa imputação de um fato definido como crime, e não podendo o ente moral delinquir, não pode a pessoa jurídica ser vítima da calúnia, salvo quando o fato a ela atribuído, falsamente, esteja previsto como crime ambiental. Assim, a título de exemplo, se alguém divulgar um fato falso, afirmando que uma pessoa jurídica causa destruição significativa de determinada flora, provocando mortandade de animais, estará cometendo um crime de calúnia, porque este fato divulgado está previsto como crime na Lei Ambiental⁹;

c) Não obstante o disposto nos art. 173, § 5º, da Constituição Federal, que prevê a prática de crimes contra a economia popular, ordem econômica e financeira, ainda não se admite a pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de calúnia, porque a responsabilidade penal aí é individual. Desta forma, somente a pessoa física, ou o diretor, gerente ou administrador, na hipótese de pessoa jurídica, poderão ser responsabilizados penalmente por um dos crimes contra a ordem econômica e tributária. Essa é a posição dominante.

60 ⁹ Art. 54, da Lei 9.605, de 12-02-1998

d) Quanto à injúria, reina controvérsia. Uns entendem que a pessoa jurídica possui honra, atributo que outros admitem somente à pessoa física. Posição majoritária é pela impossibilidade.

e) Em relação à difamação, há concordância na doutrina e jurisprudência em admitir a pessoa jurídica como sujeito passivo desse delito. E esse consenso sinaliza para um entendimento majoritário.

8. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a Pessoa**. 5 ed Rio de Janeiro: Rio, 1979.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal Recurso Ordinário no Inquérito n. 3. Decisão do Pleno. Recorrente: Jerônimo Garcia Santana e Recorrido: Corte de Justiça do Distrito Federal. Relator Min. Oswaldo Trigueiro, Brasília-DF, 13 ag. 1971. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 61, n. 445, p. 476, nov. 1972.

DOTTI, René Ariel. A Pessoa Jurídica como Sujeito Passivo do Crime de Difamação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo (São Paulo), 871, p. 425-441, maio 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 2.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas-corpus Trancamento da ação penal – admissibilidade – **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 78, v. 642, p. 341, abr 1989.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2.

NORONHA, E.. Magalhães. **Direito Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Criminal n.72.361. Crimes contra a honra. Recorrente: Jácomo Lagona. Recorrido: Usina Barra Funda de Lençóis S.A. e outras. Relator: Min. Raphael de Barros Monteiro, Brasília-DF, 04

abr.1972. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 73, n. 453, p. 462, abr. 1972.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Criminal. Apelação criminal n.638.729-9. Difamação. Possibilidade. Apelante: Severino Pereira Júnior. Apelado: Sport Club Corinthians Paulista. Relator: Severino Pereira Junior, São Paulo-SP,18 fev. 1991.**Revista dos Tribunais**, Ano 80, v. 670, p. 302, ag. 1991.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Criminal. Habeas-corpus (Queixa-crime) n.9.245. **Revista dos Tribunais**, Ano 79, v. 652, p. 259, jul 1990.

SÃO PAULO.. Tribunal de Justiça Criminal. Habeas-corpus. Trancamento da ação penal – admissibilidade. **Revista dos Tribunais** São Paulo, Ano 60, v. 409, p, 278-279, jul 1969.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Crimes contra a Pessoa**. 2 ed. São Paulo: RT, 1973.

O USO DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO PESSOAL PARA EFICÁCIA NO ENSINO E APRENDIZAGEM DA LÍNGUA INGLESA

Gilmar de Souza Franco¹

RESUMO

Mudanças relativas a metodologias de ensino ocorrem constantemente em diferentes campos do conhecimento, inclusive na área de ensino-aprendizagem de língua estrangeira. O presente artigo busca discutir conceitos do planejamento estratégico pessoal em confronto com outro tema relacionado ao ensino-aprendizagem da língua inglesa, visando à eficiência e eficácia do educador e educando na sala de aula. Tendo como objetivo principal um aluno dotado de objetivos, sonhos e aspirações, que o trarão estratégias e incentivos adequados para ascensão profissional, social e educacional. Contudo, não se pretende fazer julgamento sobre os tipos de objetivos que são mais ou menos válidos ao ensino-aprendizagem da língua inglesa, mas o que se pretende é oferecer diretrizes para que cada aluno ou professor possa, ao analisá-las e exercitá-las, talvez, ter mais claro as ações que podem levá-lo à satisfação e alcance da eficácia educacional no ensino-aprendizagem da língua inglesa. Para isso, foi feito um levantamento bibliográfico em nível nacional e internacional sobre o que seja um planejamento estratégico pessoal e alguns temas relacionados às melhores condições de aprendizagem de uma língua estrangeira dentro do contexto de sala de aula.

PALAVRAS-CHAVE

Língua Inglesa, Planejamento Estratégico Pessoal, Ascensão

64 ¹ Doutorando em Gestão Empresarial e professor da FENORD

ABSTRACT

Changes related to teaching methodologies are constantly occurring in different fields, including the area of teaching and learning of foreign language. This article discusses concepts of personal development planning in conflict with another topic related to teaching and learning of English in order to efficiency and effectiveness of the educator and student, goals, dreams and aspirations that will bring him strategies and incentives for career advancement social and educational. However, it is not intended to make judgments about the kinds of goals that are more or less valuable to the teaching and learning of English, but the aim is to provide guidelines for each student or teacher can, to review them and exercise them perhaps to make clear the actions you can take it to the extent of satisfaction and educational effectiveness in teaching and learning of English. For this, we did a literature nationally and internationally about what are a personal development planning and some topics related to best conditions for learning a foreign language within the context of the classroom.

KEYWORD

English, Personal Development Planning, Rise

1. INTRODUÇÃO

Educadores que se preocupam com a política e a prática no ensino estão constantemente à procura de diretrizes para atender, de forma mais eficaz, as diversas necessidades dos educandos com uma ampla gama de habilidades e ambições. Nos últimos anos, esta situação tem sido agitada pela retórica para uma força de trabalho altamente qualificada envolvendo a tecnologia e meios estratégicos de ensino-aprendizagem (ZUBOFF, 1988; BROWN E LAUDER, 1992). Tais considerações têm desafiado governos em todo o mundo, e no Brasil, segundo Richter (1998), um dos problemas mais sérios no ensino-aprendizagem está direcionado ao professor

inovador, pois, enfrenta, muitas vezes, um gestor (diretor) de instituição de ensino que impõe a metodologia tradicional. Neste aspecto, infelizmente, a cultura de ensinar e de aprender ainda define, em muitas situações, um ensino em que os alunos desenvolvem atividades sem qualquer meta ou objetivo acerca do conteúdo disciplinar explanado, prejudicando a qualidade e a eficácia do ensino-aprendizagem.

No entanto, o insucesso do ensino de língua estrangeira não tem uma relação negativa somente no modo de agir (metodologia de ensino aplicada) de alguns professores. Pois, no contexto educacional atual, pode-se visualizar que muitos deles são verdadeiros heróis devido às condições de trabalho que lhes são proporcionadas, principalmente, aquelas relacionadas à estrutura física, apoio à formação continuada e incentivo a ascensão profissional. Embora esses sejam problemas enfrentados por alguns professores, o papel do educador é buscar novas maneiras de transformar o “aprender” em algo que realmente tenha sentido para a vida de seus alunos. É com o propósito de apresentar soluções para alguns desses problemas que este artigo tem como principais objetivos investigar e apresentar de que forma o planejamento estratégico pessoal pode ser um aliado na constituição de um ambiente eficaz para o ensino-aprendizagem da língua inglesa.

Além disso, este tem por fim oferecer aos professores de língua inglesa uma ferramenta para que possam analisar e repensar sobre as ações eficazes de ensino-aprendizagem na sala de aula.

2. DESENVOLVIMENTO

Dutra (2002) afirma que menos de 2% dos profissionais de nível superior possuem um projeto pessoal profissional adequado, focando o alcance de objetivos. Isso é fundamentado de forma clara na educação brasileira, principalmente nas faculdades, quando o

de ensino apresentado pelos docentes e não é orientado a planejar individualmente o futuro.

Nesse aspecto, Dutra (2002) cita algo muito importante para aqueles que queiram saber o porquê do planejamento individual, dizendo que a pressão da sociedade para que as pessoas desenvolvam o planejamento pessoal se apresenta como:

- Aumento na diversificação das oportunidades profissionais pela maior complexidade organizacional e tecnológica, da revisão das estruturas organizacionais e de diversificação de mercado de produtos e serviços;
- Disseminação da idéia de que cada vez mais as pessoas são capazes de influenciar suas próprias carreiras;
- Valorização social do contínuo crescimento, da mobilidade, da flexibilidade e da notoriedade.

Planejar a ascensão profissional, social e educacional pode parecer para alguns, em um primeiro momento, um exagero e para outros uma diretriz eficaz. Nisso, algumas pessoas podem acreditar que o destino, por si só, definirá os acontecimentos na vida, outros sabem da importância de “construir o destino” (FREIRE, 2005).

Nesse sentido, nasce o Planejamento Estratégico Pessoal (PEP), conhecido na Inglaterra como Planos de Desenvolvimento Pessoal (PDP), ou planos de ação que evoluíram a partir da prática em uma variedade de atividades apresentadas nas escolas e faculdades da Inglaterra durante os últimos quinze anos. A ideia central do planejamento estratégico pessoal, a ser usado na sala de aula, é um diálogo entre aluno e professor, visando identificar as escolhas, mediante metas, objetivos e planos de ações apropriados a cada disciplina, além do desejo profissional do aluno. Isso deverá acontecer antes do início de cada curso ou semestre, visando à eficácia do ensino-aprendizagem, bem como a preparação para aspirações acadêmicas e profissionais (Department of Education and Science and Department of Employment, 2001).

Ferrel (2005) cita que o Planejamento Estratégico Pessoal tem como base o planejamento estratégico organizacional usado de forma a tentar minimizar os riscos de investimentos em produtos ou serviços, tendo como critério básico a análise SWOT. Esta análise funciona como um modelo de direção empresarial ou estratégico pessoal, exercendo o papel de estruturar a adequação entre o que uma organização ou pessoa pode (forças) e não pode (fraquezas) fazer, e as condições ambientais que atuam a seu favor (oportunidades) e contra (ameaças).

De acordo com Department of Education and Science (1989), a eficácia do Planejamento Estratégico Pessoal relacionado ao ensino-aprendizagem não pode ser considerada isoladamente no que diz respeito ao desenvolvimento de metas e objetivos para os alunos, mas a partir das realidades do local de estudo. É importante que os alunos sintam que o processo do PEP oferece uma abertura realista de sucesso no mercado de trabalho e na aprendizagem de uma nova língua. Com isso, cada vez mais, os alunos serão mais conscientes das suas próprias necessidades e potencialidades. O uso continuado do Planejamento Estratégico Pessoal em escolas, faculdades e no local de trabalho irá apoiar os indivíduos em todos os níveis positivos de decisões, identificações, ascensão da carreira profissional e objetivos pessoais. Isso funciona como um trabalho em grupo em que todos lutam pelo mesmo objetivo.

O uso do PEP como ferramenta que visa maximizar o trabalho em grupo torna-se essencial para minimizar riscos de investimentos e ineficácia no ensino-aprendizagem, afastando alguns problemas do dia a dia em sala de aula, como falta de assiduidade, interesse, determinação e objetivo dos discentes. Concordando com essa idéia, NUNAN (1999, p. 84) afirma que

por meio do trabalho em grupo, os alunos desenvolvem suas habilidades de comunicação, mediante tarefas que exijam deles aproximar-se dos

tipos de eventos que necessitarão para comunicar-se no mundo além do contexto de sala de aula.

Em favor do uso do trabalho em grupo na aprendizagem de segunda língua, Long e Porter (1985), citam algumas diretrizes pedagógicas que são:

- a) aumentam a quantidade das oportunidades de prática da língua;
- b) melhoram a qualidade da fala do aluno;
- c) há instrução mais individualizada;
- d) criam um clima mais positivo na sala de aula
- e) aumentam a motivação do aluno.

Segundo Livingstone (1983), às vezes no desenvolvimento de um trabalho em grupo, acontecem alguns problemas de organização em relação à grande quantidade de alunos e de tempo em relação à técnica adotada para esse trabalho, como exemplo a dramatização, a qual, incluindo sua preparação e apresentação, pode levar muitas horas-aula, ocasionando o atraso do conteúdo programático. Contudo, a autora menciona que o objetivo principal das aulas de língua estrangeira é o de promover e sustentar a interação linguística e tornar a sala de aula um ambiente genuinamente comunicativo, nesse caso, vale a pena “gastar” tempo em atividades como a dramatização para que os objetivos desenvolvidos no PEP sejam alcançados.

Brown (2001) cita que há algumas técnicas que podem ser utilizadas no trabalho em grupo para desenvolver de forma mais interessante as quatro habilidades necessárias para a aprendizagem de uma língua estrangeira como jogos, drama, projetos, entrevistas, dramatização, entre outras.

Para aqueles que almejam um desenvolvimento da habilidade comunicativa da língua inglesa com mais eficácia, a dramatização ou *roleplay* é um tipo de trabalho em grupo mais

usado. Concordando com essa argumentação, Di Pietro (1987, p. 2) define o termo dramatização como

uma atividade de sala de aula que motiva os alunos a conversar propositalmente com os outros, fornecendo papéis de episódios baseados em situações da vida real, podendo recriar situações de vida social e fornecer aos nossos alunos as orientações necessárias para que tenham mais controle sobre o processo de aprendizagem.

Com o intuito de fundamentar o confronto do planejamento estratégico pessoal com a técnica de dramatização, Di Pietro (1987, p. 10) cita algo importante dessa idéia, quando afirma que “a aprendizagem só acontece quando a mente interna pode ser ligada ao mundo externo”, e é por meio de diálogos contextualizados que essa conexão é alcançada. Os alunos são colocados em situações em que a motivação desenvolvida, por meio das metas e objetivos do PEP, leva-os a pensar na língua inglesa como desafio a ser alcançado, mediante a comunicação eficaz do novo idioma com os outros colegas.

3. CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo buscar discutir conceitos do planejamento estratégico pessoal em confronto com outro tema relacionado ao ensino-aprendizagem da língua inglesa, visando à eficiência e eficácia do educador e educando na sala de aula. Foram apresentados alguns conceitos sobre a eficácia do Planejamento Estratégico Pessoal juntamente com algumas técnicas de trabalho em grupo, a serem usadas em sala de aula. Contudo, apesar do Planejamento Estratégico Pessoal juntamente com os trabalhos em grupo servirem como excelentes ferramentas para a

eficácia do ensino-aprendizagem, deve-se analisar e exercitar a afirmação de Williams e Burden (1997, p. 73) :

É crucial que os docentes estabeleçam em suas salas de aula um clima onde a confiança é construída, onde os erros possam ser feitos sem medo, onde os alunos possam usar a língua sem constrangimento, em que todas as contribuições são válidas e as atividades levam a sentimentos de sucesso.

Essa preocupação com a satisfação dos alunos é fundamentada na citação de Drugg e Ortiz, (1994, p. 9)

uma organização atua com qualidade para atender aos interesses do cliente e, conseqüentemente, quem determina se existe ou não qualidade é o cliente e não a instituição de ensino. A ênfase está sempre no cliente e não no produto ou serviço.

Concordando com essa argumentação, porém usando de estratégias de marketing, Ries e Trout (2002) afirmam que o posicionamento de um produto ou serviço não é o que você faz ou sente por eles, e sim o que você faz na mente de um cliente em potencial em relação à necessidade e desejo deles.

Por conseguinte, para que se tenha alguma eficácia no ensino da língua inglesa, mediante as ferramentas citadas no artigo, o professor deverá quebrar alguns paradigmas tradicionalistas de ensino-aprendizagem, adotando a prática da educação ativa, mediante incentivo e orientação educacional, social e profissional dos alunos.

4. REFERÊNCIAS

BROWN, P. and LAUDER, H. (eds) **Education for Economic Survival**. London: Routledge, 1992.

BROWN, H. D. **Teaching by principles: an interactive approach to language pedagogy**. Second Edition. UR, Penny. Great Britain: Longman, 2001

DEPARTAMENT of Education and Science (DES) (1989) **Careers Education and Guidance**. London: HMSO, 1989.

DEPARTAMENT of Education and Science and Department of Employment (DES/DOE) **Working Together for a Better Future**. London: HMSO, 2001.

DI PIETRO, R. J. **Strategic interaction: learning languages through scenarios**. London: Cambridge University Press, 1987.

DRUGG, Kátia Issa; ORTIZ, Dayse Domene. **O desafio da educação: a qualidade total**. São Paulo: Makron, 1994.

DUTRA, J. S. **Gestão de Pessoas**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREL, O. C; HARTLINE, M. D. **Estratégia de marketing**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

FREIRE, A. **Paixão por Empreender: Como Colocar suas Ideias em Prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIVINGSTONE, C. **Role play in language learning**: Longman Handbooks for Language Teachers. Singapore: Longman, 1983.

LONG, M. H.; PORTER, P. A. Group work, interlanguage talk, and second language acquisition. **TESOL Quarterly**, v.19, n. 2, 1985.

NUNAN, D. **Second language teaching and learning**. Boston: Heinle & Heinle Publishers, 1999.

RICHTER, M. G. Roleplay e o ensino interativo de língua materna. **Linguagem & Ensino**, v.1, n.2, 1998.

RIES, A.; TROUT, J. **Posicionamento**: a batalha por sua mente. São Paulo: Makron Books, 2002.

WILLIAMS, M. & BURDEN, R. L. **Psychology for language teachers**: a social constructivist approach. New York: Cambridge University Press, 1997.

ZUBOFF, S. **In the Age of the Smart Machine**: The Future of Work and Power. London: Heinemann, 1988.

DA TIPIFICAÇÃO PENAL DO BULLYING: MODISMO OU CRIME?

Gylliard Matos Fantecelle¹

RESUMO

Aborda se o “Bullying” seria apenas mais um modismo ou infração penal para todos os fins legais. Para tanto, esclarece os desdobramentos do instituto chamado “Bullying”.

Define o conceito de “Bullying” ao longo da história, citando os principais expoentes do tema na Europa e no Brasil, tendo sido transcrita parte dos seus ensinamentos.

Esboça as repercussões criminais que o “Bullying” pode trazer para os envolvidos e quais figuras criminais podem estar presentes em tal comportamento. Por seu turno, verifica a correta tipificação penal do “Bullying” à luz da legislação vigente.

Analisa ainda o aspecto do sujeito ativo nos crimes citados, verificando se o menor infrator pode ou não ser responsabilizado pelo “Bullying”. Perpetra também as punições que o menor pode sofrer quando pratica o mesmo, citando neste aspecto o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Identifica as condutas do “Bullying escolar”, “Bullying homofóbico”, “Bullying racista”, “Bullying antissemitista”, “Cyberbullying” e outros. Da mesma forma, analisa a tipificação penal de tais condutas levando em conta o Código Penal Brasileiro e outras normas.

Ao final, registra que é preciso reprimir com rigor os agentes do “Bullying”, inclusive na menoridade, sob pena de estar a sociedade incentivando a criminalidade e difundindo a impunidade.

PALAVRAS CHAVES

Direito Penal, Tipicidade penal. Comportamento, "Bullying", Caracterização. Punições.

ABSTRACT

This scientific work is about the meaning of the Word Bulling. It would be a trend or a criminal offense to the legal effects. Than, the article makes clear some of Bulling derivations.

Defines the concept of bullying throughout history, citing the main exponents of the subject in Europe and Brazil, have been collated part of their teachings.

Outlines the criminal repercussions that the "bullying" can bring to the criminal figures involved and which may be present in such behavior. In turn, verifies the correct criminal definition of "bullying" the Light of the law.

It also analyzes the appearance of an active subject in the crimes cited by checking whether the juvenile offender can or can not be blamed for the behavior called "Bullying". Also perpetrates the punishments that the child may suffer when practicing the "bullying", citing in this respect, the ECA – Status of Children and Adolescents.

Identifies the behavior of "Bullying in school ", "homophobic bullying", "racist bullying, " "Bullying anti-Semitism", "Cyberbullying"and others. Likewise, it analyzes the criminal definition of such conduct, considering the Brazilian Penal Code and other laws.

In the end, records that must be rigorously prosecute agents of "bullying", including the minority, lest society be encouraging impunity and spreading crime.

KEYWORDS

Criminal Law, Typicality Criminal, Behavior, "Bullying", Characterization. Punishments.

1. INTRODUÇÃO

Diuturnamente, os meios de comunicação vêm informando sobre o chamado “Bullying” e seu aparecimento em diversos segmentos e grupos sociais.

O nome é “bonito” e comporta diversas indagações, em especial quanto ao seu correto significado. O mais conhecido seria o “Bullying escolar”. Mas já se fala no “Bullying doméstico”, “Bullying homofóbico”, “Bullying racista”, “Bullying antissemitista”, “Cyberbullying” e tantos outros.

Temos, inclusive, o chamado “Bullying inominado” que é quando o sujeito envolvido não sabe o nome correto da violência vivenciada.

Todavia, uma pergunta se assevera, o que de fato vem a ser o “Bullying”?

Seria mais um modismo entre jornalistas, sociólogos, educadores e governantes, que resolveram rotular genericamente e indiscriminadamente todo tipo de agressão ou violência?

Ou seria o “Bullying” uma infração penal para todos os fins legais? E em sendo uma infração penal, qual seria a sua tipificação ou mesmo a sua punição à luz da legislação vigente?

O pior de tudo isso é quando saímos do campo acadêmico e imaginamos que a inapropriada compreensão do termo pode gerar um aumento significativo da violência.

Neste aspecto, giza perلustrar a tragédia vivenciada na Escola Municipal Tasso da Silveira no Bairro de Realengo, Zona Oeste da Cidade do Rio de Janeiro, onde o jovem Welington de 23 (vinte e três) anos, alegando ser vítima do chamado “Bullying escolar”, disparou inúmeras vezes contra centenas de crianças, matando 13(treze) e ferindo outras 11(onze).

Destarte, o enfretamento do tema é de fundamental importância, mormente, porque o combate e prevenção a qualquer ilícito começam pelo seu estudo e correta compreensão.

O singelo trabalho não tem o escopo de esgotar o tema, mas apenas de lançar luzes para uma caminhada mais profunda e segura sobre o malsinado instituto do “Bullying” e suas repercussões criminais na sociedade ordeira.

2. DO BULLYING

2.1. ORIGEM HISTÓRICA

Segundo Cleo Fante (2005), apesar de o “Bullying” estar em voga nos diversos meios de comunicação, tem-se que sua origem não é contemporânea, havendo notícias do seu aparecimento por volta de 1.240 d.C, dentro das primeiras universidades inglesas e seus movimentos revolucionários.

Contudo, a palavra “Bullying” somente veio a aparecer por volta da década de 90, depois dos estudos do professor Dan Olweus, da famosa Universidade de Bergen na Noruega.

Antes disto, vários estudos vinham sendo feitos na Europa para se descobrir os motivos da crescente escalada de violência entre os jovens estudantes europeus. Tais estudos se intensificaram depois que 3 (três) jovens cometeram suicídio no final da década de 80, chamando então as atenções dos pesquisadores.

Por sua vez, ao final das suas pesquisas o professor Dan Olweus verificou, dentre outras coisas, “o aparecimento do fenômeno chamado ‘Bullying’, tendo escrito em 1993 o famoso livro BULLYING at School” (ARRIETA, 2000, p. 32).

2.2 CONCEITO DE BULLYING

Segundo a professora Dr.^a Cleo Fante, autora do programa antibullying "Educar para a Paz" e Vice-Presidente do CMEOB -

Centro Multidisciplinar de Estudos e Orientações sobre Bullying Escolar, tem-se que tal comportamento pode ser definido como:

(...) um conjunto de atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotado por um ou mais alunos contra outro(s), causando dor, angústia e sofrimento. Insultos, intimidações, apelidos cruéis, gozações que magoam profundamente, acusações injustas, (...) é atuação de grupos que hostilizam, ridicularizam e infernizam a vida de outros alunos levando-os à exclusão, além de danos físicos, morais e materiais, são algumas das manifestações do "comportamento *bullying*" (FANTE, 2005, p. 28 e 29).

Ainda segundo a festejada autora, "definimos o *Bullying* como um comportamento cruel intrínseco nas relações interpessoais, em que os mais fortes convertem os mais frágeis em objetos de diversão e prazer, através de "brincadeiras" que disfarçam o propósito de maltratar e intimidar" (FANTE, 2005, p. 29).

2.3 ESPÉCIES DE BULLYING

Destarte, percebe-se que não existe uma palavra única que possa definir o comportamento "Bullying", notadamente, porque ele se manifesta através de vários "verbos-núcleos", tais como *intimidar, perseguir, amedrontar, agredir, bater, chutar, empurrar, ferir, roubar, danificar, dominar, assediar, ofender, gozar, encanar, constranger, humilhar, aterrorizar, discriminar, isolar, ignorar*, entre outros.

Cleo Fante esclarece ainda que "*Bully* é traduzido como "valentão", "tirano", e como verbo, "brutalizar", "tiranizar", "amedrontar" (Idem, 2005, p. 28).

Portanto, segundo a autora, a expressão “Bullying” é entendida como "um subconjunto de comportamentos agressivos, sendo caracterizado por sua natureza repetitiva e por desequilíbrio de poder" (Idem, 2005, p.28).

3. DAS REPERCUSSÕES CRIMINAIS DO “BULLYING”

Por outro lado, embora o termo “Bullying” ter se tornado um modismo entre os jornalistas, sociólogos e educadores, para definir esse “subconjunto de comportamentos agressivos”, não podemos nos esquecer que tais comportamentos constituem verdadeiros ilícitos penais, muitos deles com penas severas.

Neste aspecto, é importante ressaltar que cada verbo, que integra esse “subconjunto de comportamentos agressivos” chamado “Bullying”, possui uma tipificação penal específica, da qual o operador do direito jamais pode se afastar, sob pena de responder pelo crime de prevaricação, dentre outras infrações penais.

Logo, a figura do “Bullying” não existe enquanto tipo penal incriminador, devendo cada “verbo-núcleo” da conduta eventualmente praticada ser levado em consideração, de forma individualizada, para fins de fixação da responsabilidade penal.

Vejamos algumas infrações penais que o “Bullying” pode caracterizar diante do caso concreto, levando em conta as disposições do CPB - Código Penal Brasileiro (Dec.2848/40) ou LCP - Lei de Contravenção Penal (Dec.3.688/41).

3.1 DO “BULLYING ESCOLAR”

No ambiente escolar ou universitário é muito comum ocorrer o chamado “Bullying escolar”. Por ter sido vítima desta modalidade é que, segundo o próprio Welington, teria ele praticado o “massacre” em Realengo.

O “Bullying escolar” é caracterizado pelos verbos-núcleos: constranger, ofender, ameaçar, privar, danificar e injuriar, dentre outros.

Tais condutas quase sempre praticadas pelos colegas mais fortes (ou que se encontram em bandos) consistem em hostilizar a vítima através de várias maneiras.

Por exemplo: - não permitir a passagem por determinado local (banheiros, salas, corredores, pátios, etc); - privar a liberdade por alguns instantes (“encarão”); - exigir que suporte alguma conduta (trotes e prendas); - ameaçar de lhe praticar algum mal; - agredir com tapas, empurrões, cascudos, chutes, cuspes; - danificar algum objeto pessoal ou mesmo imputar à vítima xingamentos, apelidos, qualidades negativas, deformações ou algum tipo de fato ou comportamento que lhe cause humilhação ou dor profunda na alma, diminuindo-lhe a auto-estima e o amor próprio.

Outrossim, verificada a forma dolosa das condutas acima, pode o agressor ser responsabilizado penalmente. Senão vejamos:

- Privar a liberdade da vítima por alguns instantes ou em determinado local (sala de aula ou banheiro):

Crime de Cárcere Privado. Art. 148 do CPB - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

- Não permitir a passagem da vítima por determinado local ou exigir que a mesma suporte alguma conduta (trotes, prendas, etc):

Crime de Constrangimento ilegal. Art. 146 do CPB - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou

a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

- Ameaçar a mesma de lhe praticar algum mal grave e injusto:

Crime de Ameaça. Art. 147 do CPB - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

- Agredir com tapas, empurrões, cascudos, chutes, cuspes:

Crime de Injúria real. Art. 140 - § 2º do CPB. Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Contraveção penal de Vias de fato. Art. 21 da LCP. Praticar vias de fato contra alguém: Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

- Danificar algum objeto pessoal da mesma:

Crime de Dano. Art. 163 do CPB - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

- Ou mesmo imputar à vítima xingamentos, apelidos, qualidades negativas, deformações ou algum tipo de fato ou comportamento que lhe cause humilhação ou dor profunda na alma:

Crime de Difamação. Art. 139 do CPB - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Crime de Injúria. Art. 140 do CPB - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Contravenção penal de Importunação ofensiva ao pudor. Art. 61 da LCP - Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

3.2 DO “BULLYING DOMÉSTICO”

Outro "subconjunto de comportamentos agressivos" conhecido é o chamado “Bullying doméstico ou familiar”. Trata-se das agressões sofridas pelas mulheres no ambiente doméstico ou em razão de relações familiares ou de convivência/habitação com os agressores.

Tais condutas encontram-se amplamente disciplinadas na Lei 11.430/06, conhecida como Lei Maria da Penha.

A violência doméstica ou familiar caracteriza-se, basicamente, por lesões corporais (tapas, socos, chutes, arranhões, etc), conjunção carnal ou ato libidinoso praticado mediante violência ou grave ameaça, redução da parceira à condição análoga à de escravo ou qualquer outra conduta narrada no tópico anterior (3.1).

Como dito, tais condutas são veementemente proibidas em nosso ordenamento jurídico, algumas delas punidas com penas severas. Vejamos.

- Lesões corporais (tapas, socos, chutes, arranhões, etc):

Crime de Lesão corporal doméstica. Art.129, § 9º, do CP - Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

- Conjunção carnal ou ato libidinoso praticado mediante violência ou grave ameaça:

Crime de Estupro. Art. 213 do CPB - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

- Redução da parceira à condição análoga à de escravo ou qualquer outra conduta narrada no tópico anterior (3.1).

Crime de Redução à condição de escravo. Art. 149 do CPB - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, (...): Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

3.3 DO “BULLYING HOMOFÓBICO”, “RACISTA” E “ANTISSEMITISTA”

Da mesma forma, já se ouvem as expressões “Bullying homofóbico”, “Bullying racista” e “Bullying antissemitista”.

Trata-se de um "subconjunto de comportamentos agressivos” praticados por um determinado grupo de pessoas que

se imaginam dominantes (ou especiais) em detrimento de outras, a ponto de discriminá-las ou mesmo injuriá-las (dentre tantas outras coisas), simplesmente, p.ex, por causa da sua orientação sexual divergente, cor da pele diferente ou crença judaica dominante.

Tais comportamentos são abomináveis, repugnantes e reprováveis à luz da legislação penal, notadamente, porque constituem o chamado Crime de Injúria qualificada:

Crime de Injúria qualificada. Art. 140 - § 3º do CPB - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Por seu turno, se a vítima sofre ainda algum tipo de segregação, impedimento ou restrição pelo simples fato da sua orientação sexual, religiosa ou cor da pele, temos também a infração penal do art. 20, da Lei 7.716/89 (Lei do Preconceito Racial):

Crime de preconceito ou discriminação. Art. 20 da LPR - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

3.4 DO “CYBERBULLYING”

Por fim, a última moda é o “Cyberbullying”. Trata-se de ameaças, injúrias (xingamentos, ofensas, etc) e difamações (imputação de fatos desonrosos, mentirosos, etc) operadas através dos e-mails, blogs, sites de relacionamentos, comunidades virtuais, celulares e outras formas de comunicação virtual.

Recentemente, a mídia divulgou que “acreditando nas falsas ofensas que lhe eram feitas continuamente através do site de comunicação My Space, a adolescente americana Megan Meier, de 13 (treze) anos, enforcou-se em seu quarto”.²

A vizinha Lori Drew confessou que “ela e sua filha haviam criado um personagem fictício no My Space, que fingia ter interesse romântico na vítima. No início, esse personagem queria ter um romance, mas logo ela começou a receber mensagens que a perseguiam continuamente, chamando-a de gorda, prostituta, mentirosa e coisas piores. Megan tentou reagir. Tentou se defender. Mas um dia falou para sua mãe ao telefone: ‘Mamãe, eles estão sendo horríveis comigo’. Depois de uma hora, Megan foi para o seu quarto e enforcou-se com um cinto”.³

Todos esses comportamentos (e muitos outros) são também puníveis pelo nosso Direito Penal.

No caso do “Cyberbullying” temos, em verdade, vários crimes sendo praticados através do ambiente da INTERNET, notadamente, crimes contra a liberdade Individual (ameaça, constrangimento ilegal e outros) e contra a honra (calúnia, difamação e injúria).

Nesse sentido, inclusive, temos o crime de injúria previsto no art.140 do Código Penal Brasileiro: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

Pouco importa se a ofensa foi feita pela INTERNET ou meio similar, bastando a demonstração do dolo efetivo do agente e a lesão significativa sofrida pela vítima.

Entrentes, assim como em qualquer delito é preciso que as vítimas denunciem tais práticas, pedindo ao Delegado de Polícia

² ABRÁPIA. Bullying. Disponível em: <<http://www.bullying.com.br>>. Acesso em abril de 2011.

³ Idem.

responsável que providencie o rastreamento das mensagens enviadas e peça ao Juiz de Direito a quebra do IP (Internet Protocol) do computador do acusado, e se for o caso, a suspensão do site ou página propagadora.

4. DO MENOR INFRATOR E O INSTITUTO DO “BULLYING”

Por derradeiro, giza perlustrar que o “Bullying” é quase sempre praticado por crianças ou adolescentes, seja em face de colegas, seja em detrimento de adultos, como p.ex, os professores e demais servidores da área de educação.

Pesquisa recente da Unesco - Órgão das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura revela que o número de ocorrências envolvendo agressões praticadas por menores em detrimento de professores da rede pública aumentou em quase 84% em comparação com os últimos 05(cinco) anos ⁴.

Todavia, infelizmente, existe uma crença popular no Brasil de que menor infrator (adolescente ou criança) não pode sofrer nenhuma reprimenda de ordem penal, o que desestimula professores e demais vítimas de denunciarem a agressão sofrida.

Obtempere-se, contudo, que tal proposição não é verdadeira, devendo ser exemplarmente combatida e afastada, sobretudo, porque o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz duras medidas para o menor infrator (seja criança ou adolescente).

⁴ WERTHEIN, Jorge; CUNHA, Célio. **Educação Científica e Desenvolvimento: O que pensam os cientistas.** Brasília: Unesco, Instituto Sangari, nov.2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000218.pdf>>. Acesso em abril de 2011.

É que, ao praticar o “Bullying”, estará o menor infrator em verdade praticando um “ato infracional análogo” aos crimes acima mencionados, tais como ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal leve, vias de fato, estupro, difamação, injúria, crime de preconceito, etc.

Destarte, o menor responderá pelos ilícitos penais acima na condição de “ato infracional análogo”, recebendo como reprimenda ressocializadora algumas medidas protetivas (art.101 do ECA) ou sócio-educativas (art.112 do ECA), que vão desde a um advertência até uma internação por 3 (três) anos, dependendo da idade do menor e da gravidade do ato infracional.

O que precisa existir, nestes casos, é um combate duro por parte dos educadores, não deixando passar em branco nenhum tipo de comportamento que, em verdade, caracterize “ato infracional análogo” aos crimes exaustivamente citados.

5. CONCLUSÃO

Portanto, levando em conta os tópicos trabalhados, conclui-se que o “Bullying” não pode ser visto apenas como um modismo emergente ou comportamento social negativo.

O chamamento indiscriminado deste "subconjunto de comportamentos agressivos” como sendo “Bullying” gera, por assim dizer, um grande prejuízo ao combate e prevenção dos ilícitos escondidos por detrás do mesmo.

E mais, inexistindo no Brasil o crime específico e autônomo de “Bullying”, podem alguns desavisados acreditar no absurdo de que o problema é meramente comportamental, afastando do mesmo qualquer repercussão policial.

Todavia, é preciso deixar claro que o “Bullying”, em verdade, se manifesta através de condutas criminosas autônomas, tais como ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal, vias de fato, injúria, crime de preconceito, etc, não podendo jornalistas,

sociólogos, educadores e governantes fecharem os olhos para tais ilícitos, acreditando tratar-se de um modismo social passageiro.

Igualmente, muito menos, podemos imaginar que se trata de “Brincadeiras” praticadas por crianças e adolescentes, cuja repressão e punição seriam impossíveis por ausência de tipicidade penal ou mesmo pelo fato de serem menores de idade. Pelo contrário, trata-se de ato infracional e como tal deve ser punido com rigor.

Ademais, nomear genericamente todos os "comportamentos agressivos" como sendo “Bullying” dificulta significativamente a compreensão dos ilícitos envolvidos, o que, em última análise, além de gerar um grande desserviço aos operadores do direito, reforça o sentimento de impunidade e incentiva flagrantemente a criminalidade.

6. REFERÊNCIAS

ABRAPIA. **Bullying**. Disponível em: <<http://www.bullying.com.br>>. Acesso em abril de 2011.

ARRIETA, Gricelda Azevedo. **A violência na Escola: a violência na contemporaneidade e seus reflexos na escola**. Canoas: Ulbra, 2000.

BRASIL. Código (1940) **Código Penal**. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1940.

BRASIL. Dec. Lei (1941) **Lei de contravenção penal**. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1941.

FANTE, Cleo. **Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 2 ed. Campinas SP: Veros, 2005.

WERTHEIN, Jorge; CUNHA, Célio. **Educação Científica e Desenvolvimento: o que pensam os cientistas**. Brasília: Unesco, Instituto Sangari, nov. 2005. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000218.pdf>>. Acesso em abril de 2011.

UMA LEITURA DO CAMPO JURÍDICO EM BOURDIEU

Márcio Achtschin Santos⁵

RESUMO

Tendo como referência os elementos teóricos do sociólogo francês Pierre Bourdieu, o artigo procura analisar o campo jurídico dentro de estratégias de poder entre grupos sociais contemporâneos, propondo uma leitura onde as bases da legitimidade do direito, qual seja a neutralidade, a universalidade e a racionalidade, sejam pensadas dentro de um processo construído historicamente e a partir de interações simbólicas externas, buscando a compreensão de onde, como e por que é produzida a legalidade.

PALAVRAS-CHAVE

Bourdieu, Habitus, Campo, Linguagem, Campo Jurídico.

ABSTRACT

The article looks for analysing the legal framework inside the strategies of power between contemporaries social groups, having as reference the theoretical elements fo french sociologist Pierre Bordieu, proposing a reading in that Law legitimacy bases, namely neutrality, universality and racionality, can be thought in a process built historically and from external simbolic interactions, searching for the comprehension of where, how and why the legality is produced.

KEYWORDS

Bourdieu, Habitus, Framework, Language, Legal Framework.

1. INTRODUÇÃO

Pierre Bourdieu (1930-2002) foi considerado um dos mais influentes intelectuais da segunda metade do século XX. Na busca de superar a dicotomia clássica da sociologia, indivíduo-sociedade e/ou individualismo-subjetivismo, produziu uma rica teoria a partir da produção simbólica, tendo como conceitos fundamentais o campo, o *habitus* e o capital. Aplicou esses conceitos especialmente ao analisar a educação, literatura, arte, linguística e política. Nos últimos anos de vida, foi um crítico do neoliberalismo, dos meios de comunicação de massa e seus poderes simbólicos. Mesmo que a construção teórica bourdiana sobre o Direito não tenha sido na mesma intensidade que os outros campos, sua contribuição é de fundamental importância para o campo jurídico.

Dos muitos papéis desempenhados da sociologia na área do Direito, podemos identificar a racionalidade jurídica com as relações da irracionalidade da convivência social; a tradução das diferenças e desigualdades que podem abrir espaços para ferramentas legais que abrandem esses tipos de relações; o contexto em que foram produzidas as leis, ou seja, as condições que relacionam a sociedade e o direito; a identificação do controle legal de outras classes em seu benefício; a relação do direito com o ritmo acelerado da sociedade moderna. Todas são questões pertinentes e que estão de forma direta ou indireta relacionadas com o trabalho de Pierre Bourdieu.

Assim sendo, a proposta desse artigo é discutir conceitos-chaves no trabalho de Bourdieu e sua aplicação no campo jurídico a partir do trabalho desse francês, dando ênfase aos aspectos sociológicos da teoria do Direito, especialmente no que se refere às relações de poder e às estratégias adotadas, consciente ou inconscientemente, por seus agentes.

2. O CONCEITO DE *HABITUS* E CAMPO

Conceito fundamental na obra de Pierre Bourdieu, *habitus* consegue apreender em um espaço a multiplicidade das relações sociais, admitindo as relações entre as instituições e a presença de agentes sociais plurais (que podem ser indivíduos ou grupos), considerando nesse quadro as relações de convergências e tensões. *Habitus* seria a mediação entre as condições sociais existentes e as ações individuais (abordagens tradicionalmente tidas como antagônicas e inconciliáveis), historicamente construídas, auxiliando no entendimento de uma homogeneidade de grupos que tenham uma trajetória social em comum. É “. . . um conhecimento adquirido e também um haver, um capital, indica a disposição incorporada de um agente em ação” (BOURDIEU, 2003, p. 61). Nem uma obediência às regras durkheimianas nem a previsão consciente de metas weberianas, mas o agente adequando uma realidade social objetiva às ações individuais do sujeito, pois há um sistema de classificação de origens sociais historicamente determinadas que antecede a ação.

Daí a importância na obra bourdiana do conceito de campo, espaço de disputas de poder entre grupos. As necessidades dos agentes e o choque de interesses específicos entre os atores são definidos no “campo”, onde se desenvolvem as estratégias nas relações de poder. Nesse sentido, há uma distância de uma totalidade social, tendo estruturas sociais próprias, relativamente independentes, com uma lógica interna. A posição ocupada por um agente, chamado por Bourdieu de Capital Social, é determinante no campo, pois tê-lo em maior ou menor proporção é fundamental para impor o poder sobre os outros grupos, sendo o campo, portanto, uma relação de conflitos constantes de poder. Grande parte das ações de agentes sociais é resultado da relação entre o *habitus* e o campo, ou seja, nessas lutas de poderes simbólicos, o

habitus. A partir de uma situação histórica é que são formuladas estratégias, em ações pouco perceptíveis pelos agentes sociais, pois existe uma construção social já estabelecida. A ação política objetiva impor todo o tipo de representações de certo grupo para agir em determinado mundo social. Para identificar e distinguir os grupos, Bourdieu acredita ser necessário um sistema de classificação com uma construção social, étnica, idade, sexo, etc, que poderia criar outras derivações, diferenciando do grupo anterior no poder por qualificações genéricas dadas para desconstruir os grupos estabelecidos, ou seja, são “. . . capazes de produzi-lo, reproduzi-lo e utilizá-lo” (ibidem, p. 24).

Há uma tendência do *habitus* em assegurar a reprodução das relações sociais pela interiorização dos valores e normas sociais, mas pressupondo a existência das representações sociais existentes. O indivíduo interioriza categorias de classificação que reproduzem as relações sociais hierarquizadas já construídas. Entendendo que a distribuição de bens materiais e/ou representativos são desiguais, os sistemas de classificação tendem a reproduzir as condições sociais. Cabe a uma certa fração do grupo dominante inculcar o discurso de tanto no interior do seu segmento como a outros diferentes setores sociais. Essa internalização garante a homogeneidade do *habitus*, que ocorre pelas instituições de socialização dos indivíduos, o que, por sua vez, é direcionado a uma estrutura de *habitus* anterior à formação dos agentes, pois as escolhas subjetivas já se encontram estruturadas na sociedade. Essa homogeneidade, no entanto, está fundamentada na ausência de conhecimento dos grupos de diferentes interesses, o que fundamenta ainda mais a reprodução do campo social. Segundo Renato Ortiz

Esse desconhecimento corresponde a uma “crença coletiva”, que solda, no interior do campo, agentes que ocupam posições assimétricas de poder; neste sentido, pode-se dizer que as práticas heréticas

“reativam a fé”, pois elas sempre se referem, sem questioná-lo, a este fundamento último do campo, locus onde se sedimenta o consenso (ORTIZ, 1983, p. 24).

Por sua vez, o *habitus* é estruturado por meio de institucionais, daí a grande atenção dado por Bourdieu à instituição. São com as instituições que os agentes encarnam seu papel social para os outros e para si próprio, como também são por elas que se realizam as sanções positivas ou negativas. As possíveis alternativas diante da ordem estabelecida, portanto institucionalizadas, tendem a ser esvaziadas e afastadas à medida que a história avança, limitando o universo das possibilidades, já que se reforça o *habitus* instituído.

À medida que a história avança, [os] possíveis tornam-se cada vez mais improváveis, mais difíceis de realizar, porque a sua passagem à existência suporia a destruição, a neutralização ou a reconversão de uma parte maior ou menor da herança histórica – que é também um capital – e mesmo mais difíceis de pensar, porque os esquemas de pensamento e de percepção são, em cada momento, produto das opções anteriores, transformadas em coisas (BOURDIEU, 2003, p. 101).

Mesmo evidenciando os aspectos da reprodução social, Bourdieu reconhece a tensão constante entre os dominantes e dominados, sendo que, o primeiro procura manter o capital social conquistado e o segundo tende a apontar a ilegitimidade desse capital social. Mas tendo instituições e métodos eficientes, essa oposição muito mais corrobora e reforma a dominação, especialmente quando não se contesta a estrutura do campo, mas se opõe dentro do mesmo funcionamento da ordem estabelecida.

De uma construção estabelecida Bourdieu não nega a mudança, mas chama a atenção em que períodos de transição, a resistência incorporada e silenciosa se opõe às estratégias de mudanças, estas definidas pelo mesmo passado que agora é combatido. Esse conflito é chamado pelo sociólogo francês de história objetivada contra história incorporada. Nessas condições, o embate está nos agentes em dar formato em posições que ocupam, ou os postos a serem alcançados, mesmo que criando em certas situações algumas deformações, moldando esses agentes e/ou postos. Em momentos de crise, o discurso que surge cria novo senso comum coberto por uma legitimidade, a partir de uma autoridade que manifesta expressão de experiências do grupo emergente, inculcando uma maneira de viver e entender o mundo social. Uma nova divisão vai criar resistências daqueles que estão perdendo posições como uma nova representação mais elevada em nome de uma unidade, incorporando um discurso de bom senso, trabalhando com a neutralização da ordem social e um “discurso político despolitizado” (ibidem, p. 121).

3. O PODER SIMBÓLICO E A LINGUAGEM

Bourdieu busca o poder das palavras em relações repletas de tensões, recusando a leitura feita comumente de uma língua com funcionamento interno, ao mesmo tempo em que inclui uma conjuntura e suas interações simbólicas externas. Fruto desse poder, a autoridade é o que permite o locutor expressar autorizado pelas instituições sociais, vindo de uma força externa à estrutura da linguagem. É essa autoridade vinda do locutor aliado à instituição que o autoriza, acrescido à estrutura linguística do discurso, que possibilita o sucesso dos símbolos de linguagem.

O poder simbólico seriam as diversas expressões de um grupo social, sentimentos como tristeza, alegria, dor, festejos, afirmando suas diferenças em relação aos demais grupos por meio

de ritos e representações repassados por encantamentos cotidianos. Nessas representações coexistem sentimentos, lembranças, conteúdos contraditórios, projetos de vida, interesses materiais, num cruzamento de elementos materiais e simbólicos nos mais diversos conteúdos que sustentam o imaginário social. Bourdieu entende que a língua é a parte inicial desse processo, mas suas regras de funcionamento são próprias, os seus resultados são imprevisíveis pela própria autonomia assumida na linguagem. É possível que emissores e receptores construam interpretações antagônicas, onde o sucesso do reconhecimento da linguagem por indivíduos em campos opostos acontece no estabelecimento do consenso.

As palavras decorrem do “confronto social pelo sentido”, onde seu valor está presente em uma dinâmica de mercado e seu símbolo corresponde a um preço que é resultado das tensões sociais dos interlocutores, não estando presente no “campo” de forma consciente, mas fruto de um *habitus* linguístico. Quem determina quem diz, o que pode ou não ser dito, como dizer, é a imposição do mercado. Bourdieu considera como mercado o resultado do *habitus* linguísticos, relação primordial e prolongada com a lei de certo mercado, tendendo a funcionar com sentido de aceitabilidade, onde o preço são poderes para garantir um crédito. O preço das diferentes formas de expressões é estabelecido por esse mercado, por intermédio de uma censura imposta a todos os produtores de bens simbólicos. Essa censura é desnecessária e invisível à medida que cada agente interioriza as formas autorizadas de expressão. A censura atua excluindo agentes, determina forma e conteúdo, imposta por uma autoridade institucionalizada. As expressões seriam resultado das constantes tensões e disputas de visões do mundo social, buscando um consenso pelas palavras. Com a objetivação do discurso (ou seja, a citação clara do discurso alheio), ajustado às classificações objetivas, resulta a ideologia, que seria uma “. . . adesão originária à ordem estabelecida” (BOURDIEU,

1996, p. 118), o que é apresentado em campos especializados de produção simbólica, como os religiosos, políticos e científico.

Em uma fase de transição, há uma crise nos rituais, nas liturgias, o que precisa ser preenchido por novas representações (ou adaptações da anterior) para que funcione a instituição. Os mecanismos que garantiam a produção dos emissores e receptores legítimos estão sendo desmontados, inclusive a linguagem, o que Bourdieu conclui que uma crise

. . . não se reduz (como frequentemente se acredita) ao dismantelamento de um universo de representações; ela acompanha a destruição de todo um mundo de relações sociais do qual era um dos elementos constitutivos. (BOURDIEU, 1996, p. 96).

A produção dos discursos, com a finalidade de se tornarem legítimos, confere autoridade a quem os produz numa “criação continuada”, que reflete o choque de interesses envolvidos. Escritores, gramáticos, pedagogos e jornalistas exercem sobre a cultura um poder simbólico, estabelecendo uma linguagem selecionada e restrita, de pouco acesso ao uso popular. Esses profissionais produzem com a língua especial uma distinção de classe, delegando o uso oficial como legítimo, do mesmo modo o uso de expressões particulares na imprensa na primeira metade do século XIX sinaliza novas estratégias políticas, legitimando as instituições e seu *modus operandi*. Organizada por quem domina, a inculcação da língua legítima é constante e prolongada, envolvendo as propriedades de distinção e correção numa contraposição à linguagem comum, considerada como negativa. Há, na exposição prolongada da língua legítima, regras estabelecidas por quem domina os produtos linguísticos, que é o caso da imprensa, que elimina ações daqueles que não produzem e nem lêem jornais. O resultado desse processo, no caso a produção

escrita, é fruto das tensões e concorrências de diferentes agentes, reprodução de poder e autoridade a ser seguida:

Sendo uma relação de comunicação entre um emissor e um receptor. . . a troca linguística é também uma troca econômica que se estabelece em meio a uma determinada relação de força simbólica entre um produtor, provido de um dado capital linguístico e um consumidor. . . capaz de propiciar um certo lucro simbólico (ibidem, p. 53).

Assim, é preciso condições sociais que assegurem a existência de emissores e receptores, tendo em quem produz a escrita, a ordem social favorável, ou seja, o ato da produção textual só existe porque há instituições que garantem sua razão de ser. Para se adequar a um mercado, exigem-se estratégias para seu conhecimento/reconhecimento, em uma mobilização intensa dos recursos disponíveis para legitimar pronúncias e desvalorizar a linguagem dos outros agentes. A utilização da linguagem socialmente aceita com seus códigos próprios possibilita sua liberdade em detrimento do silêncio, constrangimento e censura das outras. A estratégia adotada como luta simbólica cotidiana acaba por impor uma visão do mundo social que se torna consenso, não só como senso comum, mas também como instrumento político pela moderação.

4. O RITUAL E SEU PODER SIMBÓLICO

No caso do ritual, para que funcione é fundamental que seja legítimo, estando o agente atuando em nome de uma instituição, sendo uma ação inovadora, reflete, em contrapartida, a destruição de um universo de representação anterior. O papel do ritual funciona como definidor da separação social, instituindo sua oposição.

O ritual tende a converter o menor, o mais frágil, em suma o mais efeminado dos homens num homem na plena acepção da condição de homem, separado por uma diferença de natureza, de essência, mesmo da mais masculina, de maior e de mais forte dentre as mulheres. Neste caso, instituir é consagrar, ou seja, sancionar e santificar um estado de coisas, uma ordem estabelecida, a exemplo, precisamente do que faz uma constituição no sentido jurídico-político do termo (BOURDIEU, 2003, p. 99).

Portanto, a instituição é uma imposição de uma essência social, fazendo com que os agentes tenham ações dentro do comportamento que se espera de sua identidade. É sempre um apelo à ordem, aspirações impostas tanto em privilégio quanto em deveres, autorizando a alguém ou a um grupo se representar em nome da coletividade.

. . .o ato de instituição é um ato de comunicação de uma espécie particular: ele notifica a alguém sua identidade, quer no sentido de que ele a exprime e a impõe perante todos . . . quer notificando-lhe assim com autoridade o que esse alguém deve ser (ibidem, 101).

No ato de instituição está incorporado o desencorajamento à transgressão, o que requer estratégias adotadas para o trabalho de uma inculcação onde se realiza uma imposição duradoura, dividindo em uma linha os que cumprem o seu papel enquanto o outro se mantinha à distância, lembrando a cada um o seu lugar atribuído na instituição. A comprovação que o ritual é eficiente está na crença de todos na sua validade, mas para tanto é preciso mecanismos sociais que produzam uma cumplicidade, ou seja, o ritual só funciona se for reconhecido como legítimo. Portanto, é preciso que o ritual e a sua face mais visível, a liturgia, com todas as suas prescrições que dirigem suas manifestações públicas,

funcionem e operem desde que sejam percebidos como legítimos, pois

O simbolismo estereotipado contribui exatamente para evidenciar que o agente age na qualidade de depositário provido de um mandato e não em seu próprio nome ou de sua própria autoridade. . . O simbolismo ritual não age por si só, mas apenas na media em que *representa* – no sentido teatral do termo – a delegação. . . (ibidem, p. 93).

5. BOURDIEU E O CAMPO JURÍDICO

O direito está inserido dentro do campo jurídico com toda a sua lógica interna, onde se busca de forma permanente o acúmulo da capital jurídico, o que, para Bourdieu, implica em legitimar os valores inerentes aos conflitos com regras fundadas no formalismo. Agentes e instituições criam códigos próprios, com toda a ritualização dos seus trâmites e ações, transitando entre as liturgias realizadas, por exemplo, do início do boletim de ocorrência até o julgamento e seus resultados. No entanto, só é possível o êxito do trabalho jurídico à medida que se tem a adesão do que o sociólogo francês chama dos profanos, reforçado pela autonomia do direito e da existência da neutralidade.

As disputas no meio jurídico se fundamentam na separação entre profissionais e não-profissionais, onde a racionalização constante delega poderes autônomos, impondo um sistema jurídico próprio inteligível para seus agentes e sujeitando a sociedade a sanções produzidas por esses códigos. Sua universalidade é corroborada por justificativas morais, o que reforça tanto a ideia de neutralidade como a junção entre ciência e ética, criando uma fronteira entre os que pertencem e os excluídos desse campo.

A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas. . . O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar “justiciável”, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc, nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder. (BOURDIEU, 2003, p. 226).

A existência do campo jurídico está diretamente relacionada com o monopólio dos profissionais que atuam no meio, dando à competência jurídica o controle do acesso e recursos necessários para suas ações a partir da afinidade dos *habitus*. Corroboram ainda mais como elemento limitador na entrada de novos agentes as barreiras para inserção de novos profissionais, como também a ampliação do mercado que cria necessidade de novos profissionais da área.

Para Bourdieu, o capital simbólico adquirido pelos agentes desse campo e seu poder decisório representam a palavra pública enunciada em nome de todos, veredito que resolve os conflitos reconhecidos universalmente, não havendo recusa na sua posição tomada fora da arena jurídica. É dado à autoridade jurídica o ato de nomeação, que é simbólico e com efeitos mágicos, tendo êxito porque está atrelado à realidade, constitutivo do *habitus*. Assim, existem poderes socialmente reconhecidos que consagram a ordem sob a tutela do Estado, produzindo uma eficácia do direito onde

. . . não há dúvida de que esta eficácia, definida pela oposição à inaplicação pura e simples ou à aplicação firmada no constrangimento puro, se exerce na medida e só na medida em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo,

mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais (ibidem, p. 240).

Bourdieu entende que a ação jurídica está diretamente relacionada com o poder, quer seja na concorrência entre os profissionais da área, quer seja naqueles que necessitam da justiça para defesa de seus interesses. Há nessa universalização, racionalização e neutralização um favorecimento a agentes sociais que conseguem deter um poder na sociedade, quer seja econômico, quer seja em capital simbólico, tendendo a impor para si uma representação de normalidade ou de patológicas àquelas que se apresentam como diferentes. Mas, para que esse poder seja legitimado, é preciso que se mantenha desconhecido seu funcionamento, consagrando setores dominantes a partir da naturalização de práticas e regras. Nesse aspecto, é decisivo o papel do ritual no campo jurídico, sendo um definidor na separação social, consagrando uma ordem estabelecida, autorizando os agentes a representar a coletividade, desencorajando a transgressão da ordem. Daí identificar nos rituais e todas as liturgias seu poder simbólico, quer seja na abordagem policial, quer seja nas audiências, quer seja no tribunal de júri.

Os ritos e encantamentos povoam o universo jurídico, encarnada por uma autoridade constituída que é iniciada pela linguagem, resultando um *habitus* linguístico. Por sua vez, esse *habitus* linguístico produz um mercado, que funciona em confrontos entre os diversos agentes, obtendo sucesso nessa relação de poderes quem melhor internalizar nos outros o seu discurso. Um exemplo de êxito do poder simbólico pela linguagem é o reconhecimento das leis no direito, que fundadas no rigor racional é, nada mais nada menos, que “. . . um ato de magia social. . .” (BOURDIEU, 1996, p. 28). O vocabulário utilizado pelos policiais, os debates entre acusação e defesa no tribunal do júri, as expressões

do latim constante povoando os termos legais só corroboram com o uso dos conceitos aplicados por Bourdieu. Expressões como “prescrição da pretensão punitiva”, “carta precatória”, “auto de corpo de delito”, “contestação do libelo”, “habeas corpus”, são povoadas de tensões e poder simbólico que definem um campo, estabelecem fronteiras entre participantes e seus excluídos.

6. CONCLUSÃO

É pouco perceptível para o agente aquilo que deveria ser o óbvio: é impossível uma neutralidade e universalidade em qualquer ciência, exata ou humana, aplicada ou não. Como qualquer outro, o campo jurídico é uma construção histórica e, apesar de uma dinâmica própria, tem conexões com outros campos de poder, servindo a interesses bem definidos de classes e grupos. Bourdieu sugere em seu trabalho essa percepção, que é oportuna no momento em que se sacralizou definitivamente o poder jurídico. A linguagem como o campo jurídico está incorporada a uma conjuntura e suas interações simbólicas externas, mesmo que produza um habitus e campo próprio, construído e inculcado de forma extremamente eficiente.

Na análise bourdiana, a tríade neutralidade, universalidade e racionalidade é uma ferramenta no campo jurídico que tem demonstrado sua eficiência, o que pode ser demonstrado com a plena aceitação nas abordagens policiais ou no ritualismo forense. A inculcação dessa tríade está diretamente relacionada com o sucesso no controle pelo poder, carregando estratégias de dominação impostas por meios institucionais. É uma forma de reprodução legitimadora das relações desiguais existentes, baseada na relativa ausência de conhecimento dos agentes mantenedores da ordem social e na crença da validade das suas regras pelo público profano.

A análise de Pierre Bourdieu se mantém atual à medida que supera a perspectiva estrita das doutrinas e jurisprudências típicas do conhecimento jurídico, sendo ainda hoje um desafio/resistência, mas, ao mesmo tempo, uma necessidade para quem trabalha e estuda na área do direito. Quer seja analisando o rigor da lei ou suas brechas, quer seja a plena autonomia dos poder judiciário e seus excessos daí resultantes, quer seja ainda o uso das terminologias cotidianas adotadas pelos representantes legais, a obra bourdiana oportuniza um leque de leituras, quando vista a partir do poder simbólico, superando uma lógica interna transcendental herdada pelo direito das suas bases ilustradas.

7. REFERÊNCIAS

BONNEWITZ, Patrice. **Primeiras lições sobre a sociologia de Pierre Bourdieu**. Petrópolis: Vozes, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. **A economia das trocas lingüísticas**: o que falar quer dizer. Trad. Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, 1996.

_____. **A Reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Lisboa: Editorial Vega, 1978.

_____. **Ofício de Sociólogo**: metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

CORRÊA, Maria Amélia Ayd. Notas sobre Bourdieu e a produção do conhecimento. **Revista Vértices**, ano 5. n. 1, jan/abr., 2003, p. 33-42.

ORTIZ, R. (org.). **Pierre Bourdieu**. São Paulo: Ática, 1983. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

PINTO, Louis. **Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

VASCONCELOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: a herança sociológica. **Revista educação e sociedade**, v. 23, n. 78, Campinas, 2002, p. 77-87.

WACQUANT, Loiq J. D. O legado sociológico de Pierre Bourdieu: duas dimensões e uma nota pessoal. **Revista Sociologia Política**, n. 19, Curitiba, 2002, p. 95-110.

**ACADÊMICAS
INTEGRANTES
DO NÚCLEO DE
INVESTIGAÇÃO
CIENTÍFICA
(NIC)
2010/2011**

ANÁLISE DA LIMINAR *INAUDITA ALTERA* PARTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Dayana Ferreira Silva¹

RESUMO

Este artigo visa a análise das liminares à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, abordando primeiramente seus aspectos gerais, sem perder de vista, por um lado, as garantias constitucionais destinadas aos litigantes, e, por outro lado, o importante papel das liminares na distribuição racional do tempo do processo. Essa pesquisa abordará as principais controvérsias que circundam as liminares, bem como a sua essencialidade para a instrumentalidade processual.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição, Tutela, Liminar, Efetividade, Contraditório, Ampla-defesa.

ABSTRACT

This article concerns the analysis of the injunctions against the principles of the contradictory and full defense first addressing its general aspects, without losing sight of one hand, constitutional guarantees for litigants, especially the contradictory and full defense and on the other side The important role of injunctions in the rational distribution of processing time. This research will address the main controversies surrounding the injunctions, and its essentiality for the proceedings instrumentality.

KEYWORDS: Jurisdiction, Custody, Injunction, Effectiveness, Contradictory, Broad-defense.

¹ Acadêmica do curso de Direito da FENORD

1. INTRODUÇÃO

As regras que regem as relações sociais, nem sempre são espontaneamente atendidas, gerando insatisfações que normalmente reclamam a intervenção do Estado.

Com efeito, os Estados Modernos invocaram para si a prestação jurisdicional, a fim de evitar a autotutela e, seguindo essa tendência, na legislação brasileira são raras as exceções nas quais os próprios interessados poderão se valer da força para assegurar o respeito a determinado direito.

Ao vedar a prática da autotutela, o Estado cumpre os preceitos do Princípio do Pleno Acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o qual diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”; este princípio eleva o acesso à justiça ao patamar de direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, o que exige do Estado a criação de mecanismos que atendam à instrumentalidade processual, de modo a concretizar o direito material dos litigantes.

Desta forma, o Estado passou a criar meios para proporcionar às partes de modo efetivo, adequado e tempestivo, o bem da vida em juízo pleiteado. Assim, hoje nosso ordenamento jurídico oferece as tutelas diferenciadas de caráter urgente e cognição sumária, que podem conter providências de dois tipos: que antecipam os efeitos do direito pleiteado ou que determinam providências que visam resguardar e garantir o direito. Iremos focar o estudo apenas nas liminares que antecipam os efeitos de uma futura sentença de mérito.

O presente artigo pretende tratar desse tema em específico, que ainda gera divergências de posicionamento na doutrina dentro da perspectiva de conferir maior efetividade ao processo, sem perder de vista as garantias constitucionais previstas aos litigantes, notadamente o contraditório e ampla defesa, sobretudo do ponto de

vista de que se a parte ré será ou não prejudicada com a concessão da liminar antes de sua oitiva.

2. CONCEITO DE LIMINAR

Na doutrina existe certa discrepância terminológica acerca do que significa a palavra *liminar*. Obviamente, essas variações terminológicas dificultam a compreensão e sistematização do assunto. No entanto, parece-nos imprescindível precisar o conceito daquela palavra para melhor compreender o tema, até mesmo porque, sem essa *providência liminar*, é impossível pisar, cientificamente, em terreno firme. Não obstante, vale o registro de que a fixação de conceitos é tarefa extremamente árdua e, não raro, muitos falham nessa empreitada.

A palavra liminar vem do latim *liminaris*, que significa aquilo que se faz no começo, desde logo, sem demora (DE PLÁCIDO apud ORIONE NETO, 2002, p. 7-8). No específico campo jurídico, é possível afirmar que a liminar é um provimento judicial proferido no início do processo.

Ressalte-se que não é necessário que todos os efeitos da sentença final sejam antecipados. É indispensável que se antecipe ao menos um dos efeitos que virtualmente poderia ser concedido por ocasião da decisão definitiva.

De igual modo, parece haver certo consenso no sentido de que não é o tipo de tutela pretendida que determina se o provimento será ou não liminar. Desse modo, pouco importa se a tutela é de natureza cognitiva, executiva ou cautelar para que haja a concessão de liminar; o que é indispensável é que ao menos um dos efeitos que poderia advir com a decisão final venha antes dela.

Certamente, o ponto mais controvertido na fixação do conceito de liminar reside no *quando*; pois para alguns autores só pode ser considerada liminar a decisão dada *in limine litis*, ou seja, no início do processo, antes mesmo da oitiva da parte contrária;

para outros, o fato de existir prévia oitiva da parte contrária não deixa de adjetivar a decisão como liminar.

Para essa segunda corrente, a concepção de liminar é mais ampla, abarcando todo provimento judicial que tenha caráter provisional, vale dizer: *liminar seria toda providência judicial concedida antes da decisão definitiva* (ORIONE NETO, 2002, p. 10-11). Não é por outra razão que os partidários dessa corrente costumam distinguir dois tipos de liminares: a *inaudita altera parte* e a *audita altera parte*.

Na primeira espécie – a *inaudita altera parte* –, o provimento judicial antecipatório de eventual efeito que poderia advir da decisão definitiva é concedido antes mesmo da oitiva da parte contrária. O contraditório seria assegurado, porém, em momento posterior (*contraditório diferido* ou *postergado*), de modo que, caso se verifique a desnecessidade ou erro na concessão da medida, o magistrado a revogaria.

Na segunda espécie – a *audita altera parte* –, a decisão antecipatória seria concedida após procedimento de justificação, em que se tenha assegurado a oitiva da parte contrária. O contraditório, como se vê, precede a prolação da decisão interlocutória, de modo que o procedimento de justificação prévia não teria o condão de desnaturar a qualidade de liminar da decisão.

Preferimos a primeira corrente à segunda, até mesmo porque aquela concepção mais ampla de liminar desconsidera, inclusive, o significado etimológico da palavra (*aquilo que se faz no começo, desde logo, sem demora*), filiando-nos, portanto, à corrente majoritária². Para não pecar pela falta de clareza: *liminar é a decisão proferida pelo magistrado no início do processo que antecipa ou resguarda o direito pleiteado pelo autor, antes da*

² Pela corrente majoritária: Calmon de Passos, Humberto Theodoro Junior, Fredie Didier, Luiz Orione Neto, dentre outros. Pela minoritária: Betina Rizzato

oitiva da parte ex adversa. Não é, pois, liminar aquilo que a doutrina chama de liminar *audita altera parte*; trata-se, na verdade, de mera decisão interlocutória.

Compartilhando do mesmo entendimento, Fredie Didier assevera:

Por medida liminar deve-se entender aquela concedida *in limine litis*, i. e., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito puramente topológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, o seu início.

Em mesma direção, dispara Adroaldo Furtado Fabrício:

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação (FABRÍCIO apud DIDIER JR).

Da leitura sistemática do Código de Processo Civil, não é mesmo outra conclusão que se pode chegar. Confirmam-se alguns dispositivos constantes da Lei Instrumental Civil:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela *liminarmente* ou *mediante justificação prévia, citado o réu*. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (destaques nossos).

Art. 804. É lícito ao juiz conceder *liminarmente* ou *após justificação prévia* a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. (destaques nossos).

A conjunção *ou* – que expressa a ideia de alternatividade – aposta entre a palavra *liminarmente* e as expressões “*mediante justificação prévia, citado o réu*”, no art. 461, §3º do CPC, e “*após justificação prévia*”, no art. 804 do CPC, deixa entrever que o procedimento de justificação retira da decisão a qualidade de liminar.

Mais esclarecedor é o art. 928 do CPC:

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado *liminar* de manutenção ou de reintegração; *no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o*

r eu para comparecer   audiência que for designada.
(destacamos).

Assim, quando o CPC emprega a palavra liminar (ou liminarmente), pretende expressar a ideia de decisão que deverá ser tomada no início do processo, sem a oitiva da parte contrária. A título de exemplifica o: não   necessária a oitiva do exequente, quando o executado se defende em impugna o ao cumprimento de sentença, alegando excesso de execu o sem declarar o valor que entende ser devido, para que o magistrado rejeite liminarmente a impugna o (Art. 475-L,  2  do CPC).

3. CARACTERÍSTICAS DAS LIMINARES

3.1. URGÊNCIA

A característica da urgência atribuída às liminares está intimamente relacionada aos princípios da *Inafastabilidade do Controle Jurisdicional* e da *Razoável Dura o do Processo* (Art. 5 , XXV e LXXVIII da CF/88).

Desta forma, ao conferir aos indivíduos a prerrogativa de acesso aos órgãos judicantes, o Estado tem que, em contrapartida, garantir uma presta o jurisdicional efetiva, mediante mecanismos capazes de concretizar o direito material dos litigantes.

O que se visa de fato com as liminares   evitar que o tempo exigido para o trâmite regular do processo implique, para o demandante, prejuízos irreparáveis ou de difícil repara o.

Em outras palavras, não basta que a tutela jurisdicional seja prestada,   necessário que ela seja efetiva. D vidas não há que o excesso de tempo gasto entre o início e o final do processo pode ser um grande obstáculo para que o mesmo produza um resultado útil/prático ao jurisdicionado. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque:

o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinária e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado (BEDAQUE apud LENZA, 2009, p. 722).

Neste cenário, foram criadas pelo legislador as denominadas tutelas de urgência, que têm como um dos principais objetivos assegurar aos litigantes, de forma antecipada, os efeitos de uma futura sentença de mérito.

A urgência condiciona a concessão das liminares, pois, inexistindo risco iminente ao direito discutido, segundo o clássico tratamento dispensado pelo CPC, os efeitos da sentença de mérito deverão advir ao final do processo, em especial no de conhecimento, quando o juiz terá realizado cognição exauriente acerca da matéria debatida nos autos. Nesse sentido, Antonio Rigolin anota que “apenas quando há urgência é que o sistema permite que o juiz não aguarde o momento natural para a concessão da providência que normalmente só se concretizaria com a sentença.” (RIGOLIN, apud ORIONE NETO, 2002, p. 39).

3.2. *SUMMARIA COGNITIO*

A *summaria cognitio* é uma das clássicas características das liminares, pois, diante da urgência, não pode o juiz delongar no processo de análise dos requisitos que ensejam sua concessão, porque tal procedimento poderia comprometer o resultado prático do processo.

Segundo Kazuo Watanabe

a cognição é um ato de inteligência, consistente na valoração das alegações de fato e de direito feitas pelos demandantes, bem assim das provas por eles trazidas, que servirão como fundamento de sua decisão (WATANADE apud ORIONE NETO, 2002, p. 42).

Via de regra, a decisão é prolatada após uma cognição do tipo exauriente, vale dizer, o juiz para decidir analisa todos os fatos e fundamentos trazidos pelas partes e as provas constantes dos autos ao final do *iter* processual. Obviamente, a formação da cognição do tipo exauriente normalmente requer mais tempo, até porque todas as alegações e provas deverão ser debatidas pelas partes, a fim de auxiliar o magistrado na formação de sua convicção, e tudo isso leva tempo. Nas liminares, a cognição realizada pelo magistrado é sumária, já que nem todas as provas são exploradas, tampouco é conferido ao réu, antes da decisão, o direito de dar a sua versão aos fatos narrados pelo autor, e é assim, por conta da urgência que impregna a decisão que deverá ser exarada. É certo que os provimentos judiciais havidos de cognição sumária se fundam na mera aparência de realidade, de verossimilhança entre as alegações e as provas já trazidas aos autos, ou seja, é mero juízo de probabilidade.

Trata-se da cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso (MARINONI apud ORIONE NETO, p. 43-44, 2002).

Nas liminares que são concedidas *inaudita altera partes*, a cognição é via de regra sumária (sumaríssima, diríamos), pois o juiz decide de acordo com os elementos que o autor da ação traz aos autos, ficando a produção de provas adstrita à tais elementos.

3.3. PROVISORIEDADE

A característica da provisoriedade das liminares advém da cognição sumária exercida pelo magistrado quando da sua concessão.

Com efeito, se a cognição sumária serve de suporte para a decisão judicial, nada mais natural que, durante o curso normal do procedimento, com o debate travado pelas partes e com o surgimento de novas provas, o magistrado se convença de que não fora acertada a concessão da liminar, ou, pelo menos nos termos em relação aos quais foi proferida.

Ora, se essa decisão pode ser alterada, força convir que ela será provisória.

Em outros termos: se a decisão liminar se reveste de urgência, nada mais natural que o magistrado não tenha todos os elementos necessários e até mesmo o tempo para analisar, de forma aprofundada, o direito do autor, realizando, vale dizer, uma cognição exauriente. Evidentemente que, em casos urgentes, exigir o que é de ordinário exigido ao magistrado para prolatar sua decisão poderia implicar na própria lesão – em muitos casos irreversível – ao direito do autor. É claro que, do *iter* processual, poderão emergir elementos que reforcem a convicção judicial, no sentido de que a decisão primeira do processo fora acertada, de forma que, ao final do processo, ele poderá converter aquela decisão provisória em definitiva; aí sim, baseada em cognição exauriente.

3.4. REVOGABILIDADE

A revogabilidade dos efeitos antecipados pela liminar está umbilicalmente ligada à provisoriedade, que é também sua característica.

A revogabilidade da decisão liminar fica evidente na redação do § 4º do art. 273 do CPC: “a tutela antecipada poderá ser
116 *revogada* ou modificada a qualquer tempo, em decisão

fundamentada”. Até a decisão final (nela inclusive) o juiz que concedeu a liminar poderá revogá-la; caso não o faça até esse momento, a revogação só poderá ser feita pelo juízo *ad quem*, caso haja interposição de recurso contra essa decisão.

De uma maneira ou de outra, o que enseja a revogação da liminar é o fim dos motivos que justificaram a sua concessão, ou seja, o desaparecimento do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Em melhores palavras, esclarece Calmom de Passos que “assim como a existência da situação de perigo impõe a decretação da medida, sua cessão legitima a revogação” (PASSOS apud ORIONE NETO, 2002, p. 52).

O outro momento em que a medida liminar poderá ser revogada pelo juiz é quando da prolação da sentença de mérito. Neste momento, será a medida revogada não em decorrência do desaparecimento dos motivos que a ensejaram, mas, sim, porque o réu restou sucumbente ao final do processo.

4. A LIMINAR COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Na atualidade, já não mais se discute que a garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional não se resume ao mero acesso aos órgãos jurisdicionais, mas também no direito fundamental de ter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, no direito de ter acesso a uma *ordem jurídica justa*. Esse direito implica para o Estado *dever* de assegurar uma prestação *jurisdicional plena*. Conforme rel. Min. Marco Aurélio

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.” (RE

158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-8-1996, Segunda Turma, DJ de 2-5-1997).

Ou ainda

A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes (RE 172.084, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-11-1994, Segunda Turma, DJ de 3-3-1995.).

De nada adiantaria a promessa retórica e vazia de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, acaso a tutela jurisdicional por ele prestada se revelasse sem nenhum efeito prático.

As liminares são, pois, instrumentos postos à disposição do Estado-juiz para *assegurar a efetividade da prestação jurisdicional*, permitindo ao magistrado tomar decisões urgentes, *in limine litis*, que apenas poderiam advir ao final do *iter processual*.

Não há dúvidas em afirmar que as liminares decorrem do modelo constitucional do processo. E elas são, pois, corolários dos direitos fundamentais à inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo. O fato de serem elas concedidas *inaudita altera parte*, ou seja, antes mesmo de se estabelecer à bilateralidade da audiência, não as inquina de vício de inconstitucionalidade, por ofensa ao direito ao contraditório.

É que o direito ao contraditório não pode se revestir, e não se reveste, de tamanho absolutismo, capaz de relegar a ponto secundário a própria efetividade do processo, enquanto instrumento de realização dos direitos. O contraditório é princípio que deve ter sua concordância prática com outros princípios e regras processuais.

Assim é que, nos casos em que exista fundado receio de agravamento do dano ou até mesmo de sua mera concretização (*lesão a direito*), as liminares, sejam elas de caráter satisfativo ou acautelatório, prestam relevante serviço à *instrumentalidade do processo*, dado que não seria razoável assistir passivamente à concretização de danos aos direitos dos jurisdicionados, que podem ser muitas vezes irreparáveis.

A concessão de liminar não sacrifica o princípio do contraditório, mas tão-somente posterga o momento de seu exercício; o contraditório é apenas diferido.

Nesse sentido:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. LIMINAR “INAUDITA ALTERA PARS”. ART. 2º DA LEI 7.347/85. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. **O ordenamento jurídico brasileiro admite a figura do Contraditório diferido ou postergado, o qual não implica em mitigação à regra constitucional, mas apenas em uma dilação do momento probatório, o que, em última análise, não viola a ampla defesa e mesmo a legalidade.** 2. Face ao Princípio da Precaução, deve-se priorizar a cautela necessária para evitar-se eventual dano ambiental, cautela esta, não demonstrada pela parte agravante. 3. Agravo desprovido. (AG 200702010144380, Desembargador Federal ROGERIO CARVALHO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, 31/03/2008 - destacamos) (AG 200702010144380, Desembargador Federal ROGERIO CARVALHO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, 31/03/2008 - destacamos)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, § 3º, E 2º, DA LEI Nº 8.437/92 E ART. 797 DO CPC. TÉCNICO AGRÍCOLA. IN Nº 06/2000 DA SECRETARIA DA DEFESA AGROPECUÁRIA. - **A devida prestação jurisdicional exige a possibilidade de concessão de medidas liminares inaudita altera pars, sob pena de ferir-se a própria efetividade da decisão proferida. O contraditório não estará violado, mas simplesmente diferido, sem qualquer prejuízo ao réu.** - O art. 2º da Lei nº 8.437/92 refere-se apenas às ações de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, não sendo aplicável à presente ação que se trata de mandado de segurança individual. Da mesma forma o art. 797, que embora seja espécie de tutela de urgência, trata da tutela cautelar e, portanto, inconfundível com a tutela antecipatória. - O art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, que veda a concessão de medida liminar que esgote no todo ou em qualquer parte o objeto da ação, retoma a discussão acerca da possibilidade da adoção de liminares satisfativas contra o Poder Público. No entanto é da natureza do mandado de segurança a satisfatividade do pedido do impetrante, de maneira que se valesse genericamente a vedação legal restaria desvirtuada a ratio essendi da ação mandamental, em verdadeira afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. - Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora para a manutenção da medida liminar (AG 200504010227700, VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 15/02/2006 - destacamos).

O réu terá oportunidade de apresentar sua defesa e as provas que reputar pertinentes, e, caso tenha por necessário, poderá recorrer da decisão que concedeu a liminar. Demais disso, é importante lembrar que liminar tem como características a provisoriedade e a revogabilidade, o que autoriza o magistrado, de ofício inclusive, a rever a decisão que a concedeu.

Isso, porém, não autoriza a concessão indiscriminada de liminares no processo, muito pelo contrário. Sempre que possível, por imposição lógica do princípio do contraditório, o provimento de natureza antecipatória ou acautelatória deve ser precedido da oitiva do réu, de modo que os conceder liminarmente deve ser tido por excepcional. Isto é, apenas quando houver fundado receio de dano irreparável ou a própria inutilidade do provimento jurisdicional, dentre outros requisitos, é que a concessão da tutela liminarmente será tida por legítima.

5. CONCLUSÃO

As liminares constituem hoje instrumento imprescindível para a efetividade processual e guardam íntima relação com os Princípios do Devido Processo Legal (CF/88, art. 5º, LIV), do Pleno Acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV) e, também, da Razoável Duração do Processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII). O seu conceito deve ser compreendido como o procedimento judicial proferido *in limini litis*, ou seja, no liminar do processo, a fim de evitar que o direito pleiteado pelo autor sofra danos irreparáveis ou de difícil reparação devido à mora processual.

Não se pode deixar de olvidar que as liminares são hoje essenciais à distribuição racional do tempo do processo, o que culmina na concretização de uma ordem jurídica justa, capaz de tutelar efetiva e tempestivamente os direitos dos litigantes. Elas decorrem do modelo constitucional do processo. Entretanto, em torno de sua concessão, é questionado se o Princípio do

Contraditório seria ofendido devido à não-ocorrência, a princípio, da audiência da parte ré acerca dos fatos que lhe são imputados.

Não obstante, o que ocorre é a postergação do momento do exercício do contraditório, não sendo este, portanto, de modo algum sacrificado, sob pena de todo o procedimento ser declarado inconstitucional.

A principal controvérsia quanto ao conceito das liminares reside no momento em que são proferidas, tendo em vista que, para uma corrente, liminar é qualquer provimento judicial que antecipa provisionalmente os efeitos da futura sentença ou, então, que resguarda os direitos do autor até que tal sentença seja proferida, sempre obedecendo aos postulados do Princípio do Contraditório. Para outra corrente (esta majoritária), só pode ser considerada liminar aquela decisão proferida no início do processo, antes mesmo de qualquer outra providência.

Defendemos que o provimento deferido após a instrução probatória do réu não pode ser considerado liminar, até mesmo porque, tal posicionamento vai contra o próprio sentido etimológico da palavra (*aquilo que se faz no começo, desde logo, sem demora*). Não obstante, cabe ressaltar que o tempo que o autor teria que suportar com a fase do contraditório, antes que a liminar fosse concedida, poderia causar a própria lesão do direito que outrora se visava evitar. Portanto, liminar é somente aquela *inaudita altera parte*, proferida no início do *iter processual*.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

CASTRO, João Antônio Lima (org.) **Direito Processual**: enfoque Constitucional. Fabrício Veiga Costa (Colaborador). Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2917>. Acesso em 14 maio 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. rev. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2 ed. São Paulo: Método, 2002.

VADE MECUM, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA ÍNTIMA E A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE

Giovanna Ramos Di Pietro¹

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar a legalidade e os limites da revista íntima realizada nos empregados pelo empregador no ambiente de trabalho. A questão gera discussões em eventuais conflitos existentes ao ter a situação privilegiada do empregador e possíveis excessos fiscalizatórios para proteger seus bens chocando com os limites dos direitos fundamentais, no caso específico, o direito à intimidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do Trabalho, Poder Empregatício, Revista Íntima, Direito à Intimidade.

ABSTRACT

This article aims to examine the legality and limits of the body cavity search conducted on employees by employers in the workplace. The issue raises questions of possible conflicts by having the privileged position of the employer and possible excesses fiscalization to protect their property by bumping the limits of fundamental rights in the specific case, the right to privacy.

KEYWORDS:

Jurisdiction, Custody, Injunction, Effectiveness, Contradictory, Broad-defense.

¹Acadêmica do curso de Direito

1. INTRODUÇÃO

Um dos fundamentos que explica a existência do Direito do Trabalho é a problemática relação de sujeição dos empregados perante o poder empregatício da classe patronal. Indubitavelmente, essa relação de subordinação, criada em face do contrato de trabalho, possibilita que práticas abusivas sejam perpetradas diariamente no ambiente de trabalho, colocando em risco os direitos fundamentais do empregado.

No âmbito das relações trabalhistas, a revista íntima de empregados tem suscitado emblemáticas discussões. Ocorre que, na maioria dos casos, valendo-se de sua situação jurídica privilegiada e do direito de proteger seus bens e pertences, o empregador acaba por extrapolar os limites do bom senso e da razoabilidade, praticando condutas totalmente vexatórias e constrangedoras, agredindo sobremaneira os direitos de seus funcionários. É o que ocorre, por exemplo, nas empresas que comercializam pequenos objetos, tais como pedras preciosas, componentes eletro-eletrônicos, jóias e demais produtos cuja dimensão e valor acabam instigando e facilitando a prática de condutas ilícitas, tanto por parte do empregador, submetendo seus empregados a situações constrangedoras de inspeção e revista, como também por parte dos próprios empregados, que, tendo total controle e disponibilidade dos bens, ameaçam a segurança da empresa.

Ora, em decorrência da supremacia dos direitos fundamentais, pode o empregador inspecionar e revistar o corpo e pertences de seu empregado, sem violar-lhe o direito à intimidade? Nota-se a existência de um conflito de valores: se de um lado o empregado tem o direito de manter sua intimidade fora das observações alheias, como garantir ao empregador o direito de fiscalização e proteção do seu patrimônio? É neste aspecto que se pretende discutir a possibilidade da realização de revistas íntimas

por parte do empregador no ambiente de trabalho, uma vez que a abrangência dos direitos fundamentais não alcança somente a uma das partes, devendo ser exercitada de maneira proporcional, sem abusos ou excessos.

2. A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A teoria dos direitos fundamentais paulatinamente se consolidou como epicentro do ordenamento jurídico, muito por conta de seu inegável conteúdo ético, tendente a resguardar a dignidade humana nas mais variadas relações intersubjetivas travadas pelo homem na sociedade.

Em um primeiro momento a concepção de direitos fundamentais se ligava exclusivamente à noção de proteção do indivíduo contra as investidas do Estado (*eficácia vertical*), conforme Leonardo A. L. Andrade Valadares

Os Direitos Fundamentais podem ser vistos como indispensáveis formadores da base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Outorgam, também aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face do poder público, sendo verdadeiros direitos de defesa, asseguradores da liberdade individual contra a interferência ilegítima do Estado (VALADARES, 2008, p. 29).

Mas, na atualidade já não se pode negar a incidência desses direitos nas relações particulares (*eficácia horizontal*), pois “não seria crível imaginar que, nas relações privadas, as partes pudessem atentar contra direitos fundamentais” (ROSENVALD & FARIAS, 2007, p. 30).

Com efeito, a massificação das relações particulares, muitas vezes marcadas por desigualdades intrínsecas e por

situações de subordinação, tem ensejado sérias e perversas violações aos direitos humanos, no âmbito dos *poderes privados*, tão ou mais graves do que aquelas perpetradas pelos *poderes públicos*.

Dentro dessas relações privadas, talvez seja na seara laboral que se desenvolvam as questões mais intrincadas e delicadas. É que no âmbito das relações laborais os direitos fundamentais do empregado estão altamente vulneráveis e suscetíveis a lesões, já que sua liberdade e outros direitos da personalidade são restringidos em face de sua posição de subordinação ao poder diretivo do empregador.

Certamente, é no âmbito das relações laborais que os direitos estão mais vulneráveis a lesões, vez que o empregado abre mão de uma considerável parcela de suas liberdades na medida em que é afetado pelo Poder Diretivo Empresarial (VALADARES, 2008, p. 29-30).

É por conta de especial situação de susceptibilidade do empregado aos abusos praticados pelo empregador que o Direito do Trabalho busca proteger a parte mais fraca dessa relação: o empregado.

Não obstante, muitas vezes o regramento oferecido exclusivamente pela legislação trabalhista é insuficiente para tutelar a dignidade do empregado. No entanto, por conta da incidência das normas de direitos fundamentais, estrategicamente localizadas no vértice do ordenamento jurídico – a Constituição da República – é possível que o magistrado colha aparato suficiente para coibir abusos, preenchendo eventuais lacunas legislativas infraconstitucionais.

Na inexistência de legislação que disciplina determinada situação, o magistrado deve usar de

analogia e equidade, ficando sempre atendo aos princípios constitucionais, evitando assim ir contra a Constituição Federal. Portanto, toda vez que existir decisões envolvendo conteúdos que dizem respeito à pessoa, de jurisdição trabalhista, o intérprete deverá analisar a situação fática e o equilíbrio da relação fundamental, respeitando o princípio maior da dignidade humana (CSISZER & COSTA).

Em matéria de revista íntima, ressalte-se, por oportuno, que as regras trazidas pela CLT são tímidas e incapazes de disciplinar assunto tão complexo. A compreensão do tema deve, por essa razão, sofrer a influência das normas de direitos fundamentais constantes da Constituição. É desse indispensável exercício de compreensão das normas infraconstitucionais à luz das diretrizes constitucionais que se atualiza e reforça a tutela da dignidade do empregado, e é sob esse ângulo que deve ser compreendida a revista íntima nas relações de trabalho.

3. DO DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E A REVISTA ÍNTIMA

A intimidade é direito fundamental por excelência

O direito à intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS & MARTINS apud CASTRO, 2002).

Portanto, sua incidência deve ser assegurada nas relações patrão x empregado. De certo, o vínculo laboral não dá ao empregador o direito de se intrometer em aspectos *secretos* da vida

do empregado ou de constrangê-lo, desnecessariamente. A preservação da intimidade do empregado deve ser assegurada na maior medida possível e não cede lugar a curiosidade ociosa do empregador ou de quem lhe faça as vezes.

O empregado tem o direito de não revelar *aspectos reservados* de sua vida, ou se quiser, de revelá-los a quem desejar. O direito à intimidade também assegura ao indivíduo a prerrogativa de ficar fora do alvo da observação alheia, uma vez que “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos” (MIRANDA PONTES apud BORGES).

Gustavo Procópio Bandeira de Melo, com acerto, pontua que o direito à intimidade não se limita apenas em proteger a pessoa do repasse de informações e situações pessoais não autorizadas à esfera pública, mas também, e principalmente, de proteger a pessoa humana de situações humilhantes e vexatórias, capazes de comprometer o desenvolvimento da personalidade humana (MELO, 2007, p. 64).

Nas relações de trabalho, situações ultrajantes, infelizmente, são muito freqüentes. Ocorre que, na maioria das vezes, os empregados acabam se submetendo a práticas abusivas e caprichosas do empregador, por falta de oportunidades no mercado de trabalho, medo do desemprego ou iminente necessidade econômica. No entanto, submeter o indivíduo a maus tratos e a humilhações no ambiente de trabalho contraria a noção mais elementar de dignidade humana:

impor ao ser humano os maus tratos e humilhação no ambiente de trabalho, em função da subordinação ou da necessidade de permanecer no emprego, sem que este empregado tenha nenhuma proteção legal ou jurisdicional, é um desrespeito à dignidade humana (CSISZER & COSTA).

A pretexto de exemplificar, na cidade de Sete Lagoas/MG, narra o TRT/MG, no acórdão de lavra do Desembargador Antônio Fernando Guimarães, que certa empregadora, por suas prepostas (duas supervisoras), com o intuito de descobrir qual das empregadas da empresa estava sujando o banheiro feminino com sangue de menstruação e comprometendo a higiene das instalações sanitárias da empresa, determinou que fossem feitas revistas íntimas nas empregadas, umas diante das outras, incluindo a verificação das calcinhas. Evidentemente a conduta levada a efeito pela empregadora foi, no mínimo, desrespeitosa; talvez a palavra ultrajante melhor adjective aquela conduta. Não foi por outra razão que o TRT, acertadamente, entendeu que o zelo do empregador pela higiene de seus sanitários não constituía razão bastante para se proceder a revistas íntimas de suas empregadas².

De todo modo, importa frisar que a subordinação do empregado ao poder diretivo do empregador ou a necessidade de permanecer no emprego não retiram a ilicitude daquele tipo de comportamento. Vale dizer: a compreensão do poder diretivo deve ser tida a partir de uma visão sistemática das normas que disciplinam as relações de trabalho, as quais radicam na preservação da dignidade do trabalhador.

4. DO PODER EMPREGATÍCIO E A REVISTA ÍNTIMA

O poder empregatício assegura ao empregador as prerrogativas de dirigir, controlar e regulamentar as atividades desenvolvidas na empresa, de acordo com os fins do empreendimento. A conta disso, a relação de trabalho é marcada

²TRT 3ª Região, RO 6.176/03 (01329 2002 039 03 00 0), publicado em 06/04/2003.

pela subordinação do empregado àquelas prerrogativas enfeixadas na mão do empregador (DELGADO, 2004; MARTINS, 2007).

O poder empregatício - mais especificamente no que concerne ao poder fiscalizatório - confere ao empregador a possibilidade de acompanhar continuamente a prestação de serviços e de vigiar o ambiente de trabalho.

Com efeito, em decorrência da situação de subordinação existente nas relações de trabalho, é garantido ao empregador o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus funcionários, de modo a assegurar o bom desempenho econômico da empresa e a proteção dos seus bens e da sua propriedade.

Desse modo, decorreria do poder fiscalizatório, por exemplo, a possibilidade de exigir dos empregados a marcação do ponto - com vistas à certificação da jornada de trabalho -, de monitorar as atividades do empregado no computador e de instalar câmeras de vigilância na empresa.

Em alguns estabelecimentos empresariais, em especial, lojas de departamento, por conta da natureza das atividades desenvolvidas, como a comercialização de pequenos componentes eletro-eletrônicos, de roupas íntimas, de joias, de remédios, de substâncias controladas, dentre outros, é comum que o empregador submeta os seus empregados ao procedimento de revista, ao final do expediente (MUSSI & OLIVEIRA). É natural que quanto mais valiosos sejam os bens entregues à custódia dos empregados, ou quanto mais fácil seja a dissipação deles (*e.g. pedras preciosas e jóias*), maior e mais justificável será também o interesse de fiscalizar as atividades desenvolvidas na empresa.

Assim, conquanto não se negue ao empregador o poder de fiscalizar, essa prerrogativa deverá ser exercida sem abuso, de modo que quanto mais intrusivo for o expediente fiscalizatório utilizado pelo empregador, tanto mais será passível a configuração de ato ilícito consistente em lesão ao direito de intimidade do empregado. A instalação de câmeras de vigilância, por exemplo, é

menos invasiva do que a inspeção pessoal do empregado, e se a primeira medida produz os mesmos efeitos práticos da segunda, aquela deve preferir a esta, porque menos sacrifica o direito à intimidade do empregado.

Cabe ao empregador escolher o modo em que será exercitado o poder fiscalizatório, até mesmo porque os riscos de uma má escolha serão por ele sofridos, quer seja por não conseguir proteger seus bens da forma satisfatória, quer seja por se exceder, escolhendo dentre os meios possíveis, o mais gravoso e ofensivo à intimidade de seus empregados.

De toda sorte, o modo de exercício do poder fiscalizatório tem suscitado profundas insatisfações por parte dos empregados, principalmente no que diz respeito às inspeções pessoais e as revistas íntimas adotadas por alguns empregadores. A (im)possibilidade de se valer dessas práticas (inspeção pessoal e revista íntima), a pretexto do exercício do direito de fiscalizar, deve ser analisada cuidadosamente, visto que o direito de fiscalização, conferido ao empregador, não é absoluto, encontrando limitação expressa na legislação, nos princípios fundamentais, nas convenções coletivas e no contrato de trabalho.

O poder de direção não é um poder absoluto. Só por ser um direito tem limites. Limites externos: Constituição, leis, norma coletiva, contrato. Limites internos: boa-fé objetiva e exercício regular do direito (MARTINS, 2006, p. 197).

5. COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO X PODER EMPREGATÍCIO

A possibilidade de o empregador proceder à revista de seus empregados, no local de trabalho, é tema extremamente instigante e controvertido na doutrina e na jurisprudência. Ora, se

de um lado o empregado tem o direito de se reservar da intromissão alheia, parece lógico afirmar que não poderia o empregador inspecionar o corpo e os pertences do obreiro, sem violar-lhe o direito à intimidade. De outro lado, o poder de fiscalizar do empregador não poderia ser interdito a pretexto da proteção da intimidade do empregado, mormente quando em jogo bens de alto valor e de fácil dissipação, sob pena de a proteção à intimidade do empregado aniquilar ou reduzir excessivamente a possibilidade de o empregador proteger os seus bens e o seu patrimônio.

Ocorre que, nenhum direito é absoluto, de modo que o direito à intimidade não constitui blindagem capaz de suprimir do empregador a possibilidade de exercer as prerrogativas inerentes ao seu poder empregatício, dentre elas o direito de fiscalizar o desenvolvimento da atividade laboral e de proteger o seu patrimônio, como também o poder empregatício não dá ao empregador um “cheque em branco” para exercer o seu direito de fiscalizar da forma que bem lhe aprouver.

Fato é que o direito à intimidade do empregado joga em direção oposta ao direito de fiscalização do empregador, e vice versa; por isso, deve haver equilíbrio no exercício deles, de modo a não sacrificar o direito que, no caso concreto, tenha menor peso. Haverá casos em que os abusos no exercício da fiscalização serão patentes, até mesmo porque alguns procedimentos de revista são absolutamente desnecessários ou ineficazes para a proteção dos interesses patronais.

No entanto, a maioria dos casos em que se operam as colisões entre os direitos do empregado e do empregador se situa em uma antipática zona cinzenta, onde definir a existência de excessos é extremamente difícil. A legislação minguada acerca do tema dificulta, e muito, a indefinição do direito que haverá de prevalecer no caso concreto. De toda forma, importa registrar que algumas decisões dentro dessa específica temática – revista íntima nas relações de emprego – são rondadas por certo subjetivismo, não

emprestando a essa complexa questão o necessário esforço argumentativo no sentido de encontrar uma solução *ótima*, dentro desse contexto de colisão de direitos fundamentais de diferentes titulares, no qual não se pode ter, a princípio, uma única solução correta e aplicável à generalidade dos casos.

6. A REVISTA ÍNTIMA NA CLT

A Lei 9.799/99 acrescentou ao texto da CLT o art. 373-A, IV, o qual estabelece ser vedado ao empregador ou ao preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Muito embora na dicção legal, a proibição se dirija contra as revistas íntimas procedidas em face das empregadas e funcionárias (sexo feminino), dúvidas não há que o manto protetor da regra também se estende aos empregados e funcionários (sexo masculino), por analogia.

Realmente, conquanto o texto consolidado faça alusão às empregadas e funcionárias, a *ratio* da norma é proteger a intimidade do empregado, pouco importando o sexo dele. A mesma razão que impõe a necessidade de proteção da intimidade da mulher na relação de emprego, também assiste ao homem que, igualmente, não pode ser alvo da atividade especulativa imensurada do empregador. Aliás, onde há a mesma razão deve prevalecer o mesmo direito – *ubi legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

O mandamento constitucional da isonomia recomenda que se proceda a tal raciocínio analógico, com vistas a eliminar uma injustificável disparidade de tratamento entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Não é outra a conclusão havida no enunciado 15, segunda parte, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *verbis*:

II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República (VIDAL & ANELLO, 2008).

7. NOSSA POSIÇÃO SOBRE A MATÉRIA

Para alguns, a revista íntima é desde início ilegal, vale dizer, o empregador sob nenhum pretexto poderia se valer daquele expediente com vistas a proteção ao seu patrimônio, posto ser tal prática excessivamente ofensiva à intimidade do empregado. Essa corrente ganhou fôlego após a publicação da Lei 9.799/99, pois segundo o novel regramento seria defeso ao empregador ou aos seus prepostos proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (art. 373, IV da CLT).

Nesse sentido o enunciado nº 15, primeira parte, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, é incisivo em afirmar que “Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador”.

Segundo os partidários dessa concepção, a colisão entre o direito de intimidade do empregado e o poder empregatício do empregador teria sido dirimida no plano normativo, tendo o Poder Legislativo optado por prestigiar o direito existencial à intimidade do empregado em detrimento do direito patrimonial do empregador. Assim, não caberia ao magistrado substituir a decisão política tomada na instância própria, de modo a permitir, ainda que de forma excepcional, que o empregador procedesse à revista íntima de seus empregados.

Afora a vedação normativa, há outras razões que inquinam no sentido de vedar a realização das revistas íntimas,

fundadas, principalmente, na relação de fidúcia que deve imperar no contexto da relação laboral.

Segundo Taíla Mussí e Lourival José de Oliveira, o contrato de trabalho se baseia no equilíbrio entre as partes e na mútua confiança entre elas, ou seja, caso o empregador entenda que o candidato ao emprego não desperta tal confiança, que não o contrate; se durante o contrato, igualmente, essa fidúcia for abalada, que dispense o empregado, pois não é crível que essa confiança se fortaleça através de revistas íntimas e inspeções pessoais diuturnas no obreiro. Ora, se há necessidade de se proceder à revista íntima é porque o empregador não confia no empregado, e se não há confiança não há porquê manter o contrato de trabalho (ou celebrar pacto laboral com pessoa cujo empregador tenha fundada suspeita de sua idoneidade moral).

Diga-se mais, se o empregador não realiza revistas íntimas em seus consumidores com vistas a prevenir a ocorrência de furtos – pessoas com as quais não mantém nenhum vínculo de confiança – estranho seria justificar a revista íntima de seus empregados, com o escopo de proteção de seu patrimônio, uma vez que essas pessoas estão a ele ligadas por uma relação de confiança. Ao empregado são impostas revistas pessoais, exigindo-se a exibição do conteúdo de suas bolsas, mochilas e carteiras, ou até mesmo exigindo que se retirem determinadas roupas; já ao consumidor, exigências muito menores, já seriam suficientes para configurar abalo moral. Nada mais paradoxal.

Em outro flanco, poder-se-ia aventar a possibilidade da indiscriminada utilização de revistas íntimas dos empregados, com o fito de proteção do patrimônio do empregador. No entanto, essa ideia é praticamente insustentável, dada a incidência das normas constitucionais protetivas do direito à intimidade. Ou seja, essa indiscriminada utilização de revista íntima colocaria em pouca conta o direito de intimidade do empregado, praticamente anulando-o no contexto da relação de emprego.

Parece-nos que o melhor entendimento acerca da matéria está com a corrente intermediária, a qual sustenta que a revista íntima dos empregados deve se orientar pelo princípio da proporcionalidade. É que tal princípio tem o condão de conciliar tantos os direitos do empregado quanto os do empregador, sem tomar, de início, partido pelos direitos de uma ou outra parte.

Dentro dessa sistemática, deve o empregador aquilatar se a medida por ele adotada é adequada aos fins por ele propostos. Se o objetivo do empregador é proteger seu patrimônio, vários meios poderiam ser suscitados como aptos à consecução desse objetivo, como, por exemplo, instalação de câmaras de vigilância, contratação de vigias e a colocação de etiquetas magnéticas em livros e em roupas.

Em um segundo momento, deve o empregador apreciar a necessidade de se valer de certos meios, por ele considerados adequados para a consecução de certos fins. Em suma: dentre os meios possíveis, é razoável que se opte por aqueles que mais atinjam a finalidade colimada, sacrificando o mínimo possível os direitos do empregado. Um exemplo pode ajudar: a colocação de etiquetas magnéticas em objetos é um meio tão eficaz quanto a revista das bolsas dos empregados, para a proteção do patrimônio do empregador; entretanto, obviamente, a primeira medida é muito menos intrusiva do que a segunda, razão pela qual o empregador deve a ela preferir.

Como escreve Alice Monteiro de Barros, a revista íntima deve ser levada a efeito em último caso, constituindo-se como único meio adequado e capaz de proteger os interesses do empregador e não um mero comodismo do empregador. Além disso, pontua alguns requisitos para que a revista íntima seja considerada legítima, tais como: a) ser realizada de forma geral, sem discriminação de cor, sexo ou raça; b) possuir caráter impessoal; c) ser acordada mediante ajuste prévio com o sindicato ou com o próprio empregado, respeitando sempre os direitos

indisponíveis da personalidade; d) ser realizada no ambiente de trabalho, em local adequado e inspecionado por pessoas do mesmo sexo (BARROS, 1997).

Acrescentaríamos aos requisitos apontados pela autora a necessidade de que a revista seja realizada de maneira individualizada, de forma a minorar o constrangimento do ato. Por certo, deve o empregador cuidar de que o procedimento seja cercado da maior seriedade possível. A toda evidência, não é de bom tom que a revista seja feita com insinuações jocosas (engraçadas apenas para quem faz o gracejo, é bom que se diga) ou apontando partes do corpo do empregado ou qualquer coisa do tipo, porquanto desnecessário ao sucesso do procedimento e por desvirtuar, por completo, a seriedade de que ele deveria se revestir.

Assim, entendemos que, embora a inspeção pessoal e a revista íntima sejam práticas em si mesmas constrangedoras e, quando não realizadas com o tom de seriedade necessário, podem ridicularizar o empregado, em algumas situações excepcionais, esses procedimentos sejam legítimos e até mesmo necessários.

8. CONCLUSÃO

A preservação da intimidade do empregado no ambiente de trabalho é direito fundamental, e, por essa razão, deve ser sempre buscada nas relações privadas, especialmente nas relações empregado e empregador. Embora o direito de intimidade deva ser analisado dentro de uma perspectiva ampla, de forma a divisar a sua coexistência com outros direitos, como, por exemplo, aqueles que servem de suporte ao poder empregatício e ao direito de propriedade do empregador.

Nesse sentido, para que a revista íntima seja considerada legítima, é necessário averiguar a sua real finalidade, sendo completamente descabidas quando praticadas de maneira abusiva e

humilhante, ou quando o empregador dispuser de outros meios menos vexatórios.

Assim, para que se possa falar em revista íntima realizada no âmbito das relações laborais, deve-se proceder a uma análise conjunta de todos os princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, invocando, sempre que possível o princípio da proporcionalidade.

9...REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 14, n. 55, abr./jun. 2006.

ALEMÃO, Ivan. Revista de empregados obtenção de prova por meio ilícito. **Síntese Trabalhista** n. 91, p. 27, Jan.1997, p. 27.

Disponível em: <

http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=31%3Arevista-de-empregados-obtencao-de-prova-pormeioilicito&catid=4&Itemid=14> Acesso em: 13/12/2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego. **Revista Jurídica da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2. jul./dez. 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **O Código Civil e o direito da personalidade**. Disponível: em

www.fiscolex.com.br/doc_1155281 Acesso em: 15 de maio de 2011.

BRASIL. Consolidação das leis do Trabalho (1943). In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum universitário do direito Ridell**. 8 ed. São Paulo: Ridell, 2010.

CASTRO, Eveline Lima de. A poder da mídia e o direito à intimidade. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3248>. Acesso em: 15 maio 2011.

CSISZER, Juliana Vieira; COSTA, Michele A. G. **Direito à intimidade da mulher**: Revista íntima e dirigismo contratual. Disponível em < <http://www.diritto.it/pdf/27382.pdf>>, acesso em 08 de abril de 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X Direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 28, n. 105, p. 231, jan./mar., 2002.

HINNAH Tatiana. Poder Disciplinar do Empregador: Análise da sua validade jurídica e extensão. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 24, n. 285. Set. 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Casos de Limitação Constitucional do Direito à Informação : Prevalência da intimidade como corolário da dignidade humana. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 11, n. 255, 31 de ago. de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUSSI, Taíla; OLIVEIRA, Lourival José de. **Assédio moral na relação de trabalho: da proteção ao empregado no Brasil contra as revistas íntimas**. Disponível em: http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/VOLUME_3/num_3/ASS%C9DIO%20MORAL%20NA%20RELA%C7%C3O%20DE%20TRABALHO%20DA%20PROTE%C7%C3O%20AO%20EMPREGADO%20NO%20BRASIL%20CONTRA%20AS%20REVISTAS%20PESSOAIS.pdf> Acesso em: 25/02/2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Ltr, 2009.

PUCCI, Pedro Henrique Holanda. Meios e cautelas da revista de empregados de acordo com a jurisprudência dos tribunais. **XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária: “20 anos de Constituição. Parabéns! Por quê?”**. Disponível em: http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD6_files/Pedro_PUCI.pdf > Acesso em 11/11/2010.

RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 15, n. 2414, 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14324>>. Acesso em: 5/02/2011.

ROSA, Thiago da Silva. O poder de direção do empregador e seus limites no poder de controle, 2008. Monografia (graduação em Direito) Centro Universitário Geraldo Di Biase, Volta Redonda, 2008. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/20189535/O-Poder-de-Direcao-do-Empregador-e-seus-Limites-no-Poder-de-Controle>> Acesso em: 12/12/2010.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VALADARES, Leonardo A. L. Andrade. O poder diretivo empresarial e a tutela inibitória dos direitos fundamentais dos Trabalhadores: Esfera Jurídica. **Revista Jurídica da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte**. Belo Horizonte, n. 3, ano 2, jul/dez. 2008.

VIDAL, Bernardo Raposo; ANELLO, Gustavo Lacerda. A sujeição do trabalhador à revista pessoal pelo empregador. Uma análise do Enunciado n. 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 13, n. 1894, 7 set. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11694>. Acesso em: 15 maio 2011.

O INTERESSE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO DO FATO CRIMINOSO E A SUBVERSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Juliana Silva Trindade¹

RESUMO

O estudo objetiva uma análise crítica da influência midiática no processo penal, principalmente no que diz respeito às distorções fáticas que podem repercutir em sua tramitação. A realidade nos mostra uma imprensa que pode comprometer a imparcialidade das decisões judiciais ao informar de maneira distorcida, ou insuflar a opinião pública para que pressione o sistema e intimide seus atores processuais. Decerto que os direitos fundamentais do acusado não podem suprimir o direito coletivo à obtenção da informação de interesse público e nem tampouco ditar o que é esse interesse, porém, a imparcialidade da notícia deve ser indispensável para a formação crítica e consciente da opinião dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE

Mídia, Imparcialidade, Crime, Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The study aims at a critical analysis of media influences in criminal proceeding, particularly in respect of factual distortions that may impact on its course. Reality shows us a press that could compromise the impartiality of judicial decisions by providing information in a distorted manner, or inflating public opinion to press the system and its actors intimidated procedure. Surely the fundamental rights of the accused can not suppress the collective

¹Acadêmica do curso de Direito

right to obtain information of public interest nor dictate what is this interest, however, the impartiality of news should be indispensable for the formation of conscious and critical review of individuals.

KEYWORDS

Media, Fairness, Crime, Presumption of Innocence.

1. INTRODUÇÃO

A combinação gerada entre os institutos criminais e os veículos de comunicação de massa sempre despertou no ser humano sentimentos que oscilam entre a piedade e o ódio profundo. Não há que se negar que os dramas do processo penal são os mais instigantes, uma vez que a violência, o crime e o criminoso são temas inegavelmente atrativos e, não por outra razão, altamente explorados pela imprensa.

É certo que os direitos fundamentais transformaram a sociedade e seus cidadãos, mas ainda assim algumas notícias, desde o momento em que são publicadas, são capazes de segregar o acusado e transformá-lo em *objeto* de repugnância. Evidentemente que o problema não reside em noticiar o fato criminoso, mas insuflar o sentimento de que o *suspeito* é o culpado até que se prove o contrário, e, a partir desse raciocínio com sinais trocados, deixar de perceber o acusado como *sujeito* de direitos.

Decerto que os direitos fundamentais do acusado não podem suprimir o direito coletivo à obtenção da informação de interesse público e nem tampouco ditarem o que é esse interesse, até mesmo porque essa informação transcende a esfera particular do acusado, assumindo uma projeção difusa. Com efeito, o interesse público concernente à informação acerca dos fatos criminosos submetidos à justiça penal reside no indispensável controle da qualidade dos provimentos judiciais. Ademais, essas notícias aproximam a sociedade de seu sistema jurídico.

Nesse contexto, a imparcialidade da notícia é indispensável para a formação crítica e consciente da opinião dos indivíduos. Obviamente, a falta de informações técnicas acerca de certos institutos jurídicos e sua adequada utilização, aliada ao excessivo apreço pela comoção pública, geram excessos e uma distorcida aplicação da lei.

Em suma, é indispensável afirmar que o convencimento judicial deve ser havido nas provas constantes dos autos, e apenas nelas; que o direito é produzido em instâncias próprias e não no clamor público; que quem julga é o juiz competente e não a pressão popular. Assentar essas noções – é a isso que nos propomos.

2. O CRIME E A IMPRENSA

O desenvolvimento democrático do Estado de Direito, principalmente no aperfeiçoamento da legislação, pressupõe uma imprensa livre. A proibição à prática de censura pressupõe um compromisso com a *verdade* e com a *imparcialidade*², já que a

²Várias são as concepções da palavra verdade, preferimos adotar como sinônimo de verdade, a representação fiel de algo. Certamente, *toda representação* do real feito pelo homem tende a ser imperfeita, especialmente porque tem carga de subjetividade daquele que se propõe a representá-la, razão pela qual essa representação fiel é sempre aproximativa e nunca exata. Piero Calamandrei é esclarecedor ao assinalar a impossibilidade do humano representar algo com absoluta fidelidade, ao anotar: “Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?” (CALAMANDREI, P., *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 121). Nessa linha de ideias, essa representação deve ser razoável, ou melhor, fruto de uma interpretação razoável do objeto da representação. Enfim, nenhum homem em pleno gozo de suas faculdades mentais, com razoável instrução ousaria dizer que aquela representação levada a efeito é leviana, temerária ou grosseira. Tal qual a verdade, a idéia de parcialidade possui várias concepções. Da mesma forma que o homem não tem o poder de apreender a exatidão perfeita e absoluta do objeto

informação falsa conduz “a uma pseudo-operação da formação da opinião” (HESSE, 2008, p. 371).

Com efeito, a relevância constitucional do asseguramento da liberdade de expressão, aqui incluindo também o direito de informar, tem como mira a formação da autoconsciência e da autodeterminação do destinatário da mensagem acerca do mundo ao seu redor.

Nesse sentido, a lição do Prof. José Afonso da Silva:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especial têm um dever. Reconhece-se-lhe o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original: do contrário, se terá não informação, mas deformação (SILVA, 2009, p. 247).

Em mesma esteira, posiciona-se o Des. Nilo Lacerda:

A divulgação dos fatos é um direito que deve ser atrelado a um dever a ser seguido, sendo que de toda liberdade, resulta uma responsabilidade, a ser observada em proporções e dimensões idênticas às do direito que se usufrui, destacando-se que,

de sua representação, não há informação que não contenha um mínimo de parcialidade, porque o próprio ato de conhecer é impregnado de subjetividade.

mediante esse corolário, a imprensa deve ser considerada como o espelho da sociedade, cuja plenitude só é alcançada na medida em que a notícia veiculada encontra-se comprometida com a verdade, e ocorrer relato com lisura e discernimento (LACERDA).

Desse modo, a distorção da informação ou sua não coincidência com a *verdade* produz no receptor um juízo precário e tendencioso acerca do tema veiculado. Vale dizer: ela, ao invés de assegurar a autodeterminação consciente, caminha no sentido da massificação de uma opinião previamente formulada (a *opinião publicada*).

Uma boa mentira, repetida inúmeras vezes, acaba se tornando uma verdade, era a ideia que inspirou a propaganda nazista de Hitler (LOPES, 2010, p. 555).

A intenção propositada de esconder certas informações de interesse público, ou de valorizar apenas alguns aspectos dessa informação são formas de manipulação social, e, certamente, um desfavor ao Estado Democrático. A informação parcial dos fatos, submetidos à justiça penal, fomenta a formação da “*Cultura do Medo*” - altamente lucrativa –, onde os acusados são vistos como inimigos da sociedade; ela em nada favorece a formação crítica e consciente da opinião dos indivíduos, além de gerar a incompreensão dos institutos jurídico-penais.

Não fosse o bastante, a informação *falsa* pode destruir a vida da pessoa humana que figura como protagonista da notícia. Por certo, a liberdade que têm os profissionais de comunicação de informar e - mais importante do que isso -, o direito que tem a população de ser informada não justificam a divulgação irresponsável de fatos sem comprovação, pois isso seria capaz de prejudicar, em alguns casos de modo irreversível, a reputação das pessoas (NAVES, 2003, p. 8).

No entanto, é cediço que a liberdade de informar engloba a possibilidade de se divulgar fatos desagradáveis acerca da vida de um indivíduo, quando a informação seja *de interesse público*, e não por outra razão que a violência, o crime e o criminoso são temas inegavelmente atrativos e altamente explorados pela imprensa, ainda que a contragosto de seus protagonistas.

Os crimes (pelo menos alguns deles) chocam, promovem, entretêm e vendem, e isso não é de hoje. O sofrimento do apenado sempre foi espetáculo digno de plateia; espetáculo em que a imprensa, não raro, trata o suspeito como ser nocivo, um verdadeiro *inimigo*, e, portanto, a ele nenhum direito deve ser assegurado; a mera suspeita equivale à condenação, justificando sempre e sempre a necessidade das prisões processuais e restrições dos direitos fundamentais do acusado.

É no processo penal que se tem o quadro mais dramático da condição humana, pois é nele que o homem se vê privado de sua dignidade, de sua intimidade, exposto aos olhos do mundo como um objeto numa vitrine (AVÓLIO apud MARTINS, 2010). Carnelutti, em passagem memorável, assevera:

Quando recai sobre um homem a suspeita de haver cometido um delito, ele é entregue *ad bestias*, como se dizia no tempo em que os condenados eram oferecidos como pasto às feras. A fera, indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que produz a ilusão de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro artigo, que sanciona a liberdade de imprensa. Tão logo surge a suspeita, o acusado, sua família, sua casa, seu trabalho, são inquiridos, requeridos, examinados, desnudados, na presença de todo mundo. Assim se converte em pedaços o indivíduo que a civilidade deveria salvar (CARNELUTTI, 2001, p. 49).

Desde já, registre-se que não há problema algum em noticiar o fato criminoso, o que é discutível é a abordagem feita pela imprensa, ou seja, o problema não é o *fazer* em si, mas o *como fazer*.

É que a divulgação do fato criminoso pode receber uma abordagem *informativa* ou *sensacionalista*; a primeira de inconteste relevância no cenário jurídico constitucional, dado o seu compromisso com a autodeterminação consciente.

Com efeito, o jornalismo informativo faz da agilidade e da *exatidão* suas qualidades essenciais e tem como característica a “*primazia da informação sobre o estilo*” (PEDROSO). A objetividade e a clareza da mensagem, a ausência de exaltação de pontos específicos do fato retratado é que dá o tom desse estilo de abordagem jornalística.

Em contrapartida, o jornalismo sensacionalista fecha as comportas da objetividade e, enaltecendo o fato com cargas de emoção e apelação, fabrica uma nova notícia, extrapola o fato real, com narrativa escandalosa, “*sensacionalizando o que não é sensacional*” (VIEIRA, 2003, p. 55). Ao se pretender atingir a “massa” ou mesmo entretê-la (durante horas a fio), esse tipo de abordagem jornalística deixa de se pautar pela exatidão e pelo equilíbrio, e tende, desse modo, a apontar para a distorção, o denunciamento, a morbidez, o preconceito e o escracho (PEDROSO). Ana Lúcia Menezes Vieira, em mesmo sentido, é enfática ao ressaltar que o jornalismo sensacionalista

é a exploração do que fascina, do extraordinário, do desvio e da aberração. Os personagens que integram essa forma de notícia são mulheres e homens estereotipados, carregados de valores morais, com marcas fixas como vilões, mocinhos, prostitutas, homossexuais, ladrões e policiais, pessoa vil. A mídia aponta, estampa, acusa o infrator – agora reconhecido publicamente como tal na sociedade –,

que, por sua vez, deverá responder pelo que lhe é atribuído, como um caminho sem volta.

Esse tipo de imprensa utiliza-se de formas sádicas, calúnia e ridiculariza as pessoas. Explora os temas agressivos, dos submundos da sociedade hierarquizada onde o crime se integra em condições de normalidade. É o jornalismo de escândalo que tem por fim agredir com o que é proibido, obsceno, temido, criando uma ficção que seduz, não se presta a informar, e sim a vender aparência, entretenimento barato que consiste no lado atraente dos escândalos envolvendo crimes (VIEIRA, 2003, p. 55-56).

Ao direcionar o foco exclusivamente para o consumo, a imprensa toma a notícia como mercadoria; deixa em segundo plano seu compromisso com a informação desinteressada e assume definitivamente seu caráter de entretenimento, inspirada exclusivamente no *utilitarismo*.

Luiz Ferri de Barros anota que o sensacionalismo transgride radicalmente com os ideais de neutralidade da imprensa, pois quando se vale da exploração e da manipulação intensa e deliberada das emoções primárias (sensações) do receptor da mensagem – seja ele o leitor, o ouvinte ou o telespectador –, geralmente se relega a plano secundário a reflexão crítica e intelectual a respeito dos fatos noticiados (BARROS, 2003).

Sobremais, o jornalismo, em geral, no afã de veicular a notícia em “primeira mão” ou de forma “exclusiva”, não tem dado às informações do campo jurídico o apuro técnico necessário para que o leigo compreenda a mensagem, olvidando-se do compromisso de atuar como mediador entre os operadores jurídicos e os destinatários da informação. O vácuo dessas informações técnicas permite uma imperfeita compreensão do sistema jurídico e aguça o imaginário do grande público. Ainda quando as informações estão corretas, a falta de esclarecimentos acerca de certas *categorias e expressões jurídicas* favorece a incompreensão

da realidade do fato noticiado, muitas vezes percebida apenas pelos técnicos da área jurídica. Acreditamos que, em alguns casos, a falta de apuro técnico acerca dos temas jurídicos se dá por desídia ou até mesmo por ignorância do jornalista (injustificável, frise-se); em outros a omissão é propositada, já que quanto mais exigente é o receptor, mais difícil é agradá-lo, uma vez que ele se posiciona acerca do noticioso e não apenas o ingere irrefletidamente. Enfim, a vulnerabilidade do destinatário é muitas vezes conveniente para a imprensa, especialmente aquela que adere ao formato sensacionalista.

André Luiz Nicolitt (2006) assevera que a mídia tem um lado perverso e irresponsável, que fica encoberto por uma espécie de véu, e que tem contribuído para o desgaste das instituições importantes para o Estado de Direito. Segundo o autor, os instrumentos midiáticos contribuem para uma formação deturpada acerca da violência, com causas, efeitos, sujeitos, soluções e vilões falsamente construídos, comprometendo conquistas sociais com argumentos capazes de destruir as próprias bases da sociedade.

A divulgação pela mídia dos fatos submetidos à *persecutio criminis* geralmente é feita sob a ótica dos atores responsáveis pela acusação. Essa versão dos fatos raramente enfatiza os direitos e garantias do acusado. A legalidade se resume à punição, a qualquer custo, de sorte que nem mesmo os direitos e garantias fundamentais do acusado ficam a salvo da fúria de sua intratável e implacável algoz: a mídia.

Deve-se, dentro desse quadro, compreender a subversão do discurso garantista operado pela mídia, que ganha terreno fértil em um público que, infelizmente, tem um *déficit* de informação dos seus direitos fundamentais. De toda forma, acreditamos ser possível a divulgação do *fato criminal* sem comprometer os direitos fundamentais do acusado, sem distorcê-los em prol da notícia, mesmo que isso comprometa o “*espetáculo*”.

A repressão criminal não deve ser havida a todo custo, a notícia acerca dos fatos criminais também não. Assim, da mesma forma que os direitos fundamentais do acusado constituem barreira ao arbítrio estatal e dos seus agentes, também incidem nas relações privadas, devendo, portanto, ser observados pela mídia.

Existem certos direitos fundamentais colocados em pouca conta, por alguns veículos de comunicação de massa. Nos próximos tópicos, buscaremos abordar o conteúdo jurídico de alguns desses direitos que reputamos mais sacrificados, tentando, assim, denunciar uma odiosa subversão de valores, a qual é diuturnamente disseminada no grande público.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não-culpabilidade ou do estado de inocência, em sua formulação mais elementar estabelece que ninguém deverá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nessa ordem de idéias, o simples fato de alguém estar sendo processado ou estar respondendo a inquérito policial não lhe retira o estado de inocência, por mais grave que seja a infração penal imputada a ele ou a qualidade das provas carreadas em seu desfavor. Na verdade, o acusado *é* presumidamente inocente enquanto não houver uma decisão condenatória transitada em julgado.

E se é assim, qualquer prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória há de ser excepcional, pois a regra é que o acusado não tenha sua liberdade de locomoção restringida durante a persecução criminal. *Conforme o rel. min. Marco Aurélio:*

Em face do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime (**HC 85.455**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-3-2005, Primeira Turma, *DJ* de 17-6-2005.).

Ou ainda

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já

houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (HC 80.719, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-2001, Segunda Turma, DJ de 28-9-2001).

Se no plano normativo o cenário é bem desenhado pela Constituição, o mesmo não pode ser dito em relação à mídia.

A presunção de inocência é um dos direitos fundamentais mais sacrificados na sociedade construída sob as bases da “Cultura do Medo”. A inversão de sinais parece evidente (e *conveniente*). Boa parte dos veículos de comunicação tem se alimentado dessa cultura, calcificando a ideia de que todos são culpados até que se prove o contrário, pois é isso que se vende, é isso que entretém, é isso que gera lucro. Infelizmente, é muito mais fácil e rentável trilhar esse caminho, digamos, sensacionalista do que construir um jornalismo responsável, sólido, comprometido com direitos fundamentais e, é claro, capaz de gerar lucro.

A notícia do fato criminal – em especial, das peças e das provas da acusação - não deve receber ares de definitividade, bem como não deve antecipar juízos acerca da responsabilidade penal do investigado/processado, sob pena de aviltar o princípio da presunção de inocência. É dentro da relação jurídica processual que se deve construir a decisão judicial, e nunca fora dela. Não é da opinião pública acerca dos temas processuais que se constrói uma decisão legítima, mas da lei e das provas constantes nos autos.

A presunção de inocência é regra jurídica de raiz constitucional, e, portanto deve ser diuturnamente obedecida por todos os operadores jurídicos, especialmente pelo magistrado; a comoção pública e a pressão popular não constituem exceção à ela, até mesmo porque, o fiel exercício da judicatura pressupõe, como ensinava o Min. Eros Grau, “não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não

gostariam que fossem tomadas.” (GRAU, 2008, p. 814). Aliás, aquele Ministro, quando da decisão acerca do recebimento da denúncia dos envolvidos no caso do “Mensalão”³ – caso de indiscutível repercussão nacional -, assentou, tal qual fizeram os outros Ministros do STF, sobre a importância da análise das questões técnico-processuais, principalmente naqueles “casos criminais” amplamente noticiados pela mídia, sob pena de se praticar verdadeiro linchamento daqueles que são alvo da *persecutio criminis*. Nas palavras do então Ministro:

Nunca me detive em indagações a respeito das causas dos linchamentos consumados em um como que um tribunal erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário. Talvez seja assim porque muitos sentem necessidade de punir a si próprios por serem o que são (GRAU, 2008, p. 814).

Nessa esteira, importantíssimo realçar a presunção da inocência como um dos mais emblemáticos direitos fundamentais daquele que é submetido aos rigores das investigações penais; presunção essa que se irradia no cenário jurídico-processual, contra as investidas dos *poderes públicos*, e também em relação aos *poderes privados*, no qual certamente a mídia se insere e se destaca.

³ A exortação do Ministro se deu em repúdio às interpretações feitas pela mídia no sentido de que os denunciados, antes mesmo do recebimento da denúncia, já seriam réus.

4. AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A relação jurídica processual é estruturada de forma dialética, viabilizando aos litigantes ampla discussão acerca dos fatos apurados e dos termos constantes dos autos.

O contraditório se traduz na garantia da participação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual – **em igualdade de oportunidades** (*par conditio*) - na construção do provimento judicial. Em contrapartida, cabe ao magistrado – sujeito imparcial daquela relação – assegurar o seu pleno exercício no curso do processo, vale dizer: “garantir-se o contraditório significa a realização da obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e da obrigação de informar (*informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações” (NERY, 2009, p. 206-207).

A garantia do contraditório contém em si, segundo a doutrina clássica, as prerrogativas de informação e de reação. *Conforme Dierle José Coelho Nunes*

Em uma acepção tradicional o princípio do contraditório é entendido tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação (COELHO NUNES, 2007 p. 159).

Ou Néelson Nery Júnior

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis (NERY JR, 2009, p. 206).

A primeira delas (informação), traduz-se no dever do magistrado de comunicar as partes acerca dos acontecimentos havidos no processo e dos elementos nele constantes. A bem da verdade, o direito à informação é pressuposto para a efetiva participação no processo, pois é impossível se defender de uma acusação da qual não se saiba o teor, ou se cobrar da parte a participação em um ato processual para cuja realização não lhe tenha sido informado previamente o dia certo.

Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (*essentialia delicti*) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (**HC 84.580**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2009, Segunda Turma, *DJE* de 18-9-2009.).

A inobservância do dever de informação pode resultar em nulidade do ato processual e de todos aqueles que com ele guardem relação.

Réu não encontrado por erro no mandado de citação editalícia. Falta de intimação de defensor público para sessão de julgamento. Nulidade. (...) A nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da autodefesa e de constituir defensor

de sua livre escolha causa prejuízo evidente. Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta. É imprescindível a intimação pessoal do defensor público para sessão de julgamento, por força do disposto em lei. Precedentes da Corte (HC 92.569, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-3-2008, Primeira Turma, DJE de 25-4-2008.).

O mero direito à informação é insuficiente para a concretização da garantia do contraditório, caso dele não decorra o direito à reação (ou direito à manifestação). Informação sem reação é processo sem participação. Com efeito, é indispensável o envolvimento de todos os litigantes na construção do provimento judicial, pois essa confrontação de ideias é inerente a um processo que se quer dialético e democrático. É do exercício da prerrogativa da reação que se viabiliza à parte externar sua versão dos fatos, seus argumentos e contra-argumentos em relação aos do seu adversário, garantido proteção à sua esfera jurídica e o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional como um todo.

A doutrina mais moderna tem sustentado que o direito à informação e à reação encerra a noção de contraditório formal. Essa corrente tem se esmerado em atribuir uma conotação substancial àquela garantia (contraditório), preconizando existir uma terceira prerrogativa: o direito de ter seus argumentos considerados, também chamado de direito de influência. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Martinez Coelho, tal prerrogativa implica na exigência do magistrado contemplar as razões apresentadas pelas partes litigantes, com isenção de ânimo (MENDES, BRANCO, COELHO, 2008, p. 547). Evidentemente que a garantia de ter seus argumentos considerados não significa que o magistrado deva acatá-los, mas, tão-somente justificar as razões que o levaram a endossá-los ou não.

A garantia da ampla defesa se encontra intimamente ligada a do contraditório; não por outra razão que Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna sustentam que ela “é uma das características do contraditório” (BEDÊ; SENNA, 2009, p.179). Sobremais, segundo os autores, “a ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance” (ibidem, p. 179). De toda sorte, é importante ressaltar que o direito à produção de provas capazes de sustentar as versões suscitadas pelas partes e o direito à defesa técnica são desdobramentos naturais da garantia da ampla defesa.

A combinação quase que indissolúvel entre as garantias do contraditório e da ampla defesa busca evitar a ocorrência de arbitrariedades e injustiças irreparáveis, especialmente em relação ao acusado, a parte mais fraca da relação processual penal.

A preocupação com a ocorrência de injustiças irreparáveis em relação ao acusado deveria também ocupar os trabalhos da mídia. Infelizmente, a maior parte dos veículos de comunicação não tem dispensado o mínimo de cautela ao expor os fatos submetidos à investigação criminal.

Normalmente, a divulgação é ampla dos fatos e das provas de que se vale a acusação – é o que garante a manchete!

A disparidade no tratamento dispensado à acusação em relação à defesa salta aos olhos. A tese defensiva recebe tratamento precário nas mãos da imprensa, não há como negar.

Para exemplificar, consideremos um processo criminal de repercussão nacional: Caso Bruno. Segundo os veículos de comunicação, o ex-goleiro do Flamengo, juntamente com comparsas, teriam sequestrado e assassinado uma ex-amante do jogador. O retrato do horror experimentado pela vítima, que teria inclusive tido sua mão arrancada e arremessada para alguns cães, certamente ficou impregnado na memória (e no imaginário) do grande público. A população brasileira acompanhou, assiduamente,

a epopeia pessoal do ex-goleiro. A imputação da prática do crime, *supostamente* levado à efeito pelo ex-goleiro, certamente foi sustentada por incontáveis promotores *ad hoc*; cada um na comodidade de sua casa tecia robustas teses para a condenação do implacável assassino e seus comparsas. Ao menos no Brasil, ao que parece, seria difícil encontrar um conselho de sentença isento da influência midiática ou, no mínimo, capaz de julgar apenas com base nas provas colhidas dos autos. É bem verdade que também foram divulgadas algumas das versões da defesa, no entanto (é claro) com destaque muitíssimo inferior àquele dispensado à versão da acusação. Veja-se bem que não queremos entrar na seara se o ex-goleiro é ou não o autor do crime, o que nos interessa é relembrar os fatos que foram divulgados, até mesmo porque não tivemos contato com as provas constantes dos autos. Acreditamos ser leviano formar qualquer juízo acerca do caso apenas com base em informações trazidas pela imprensa, cuja idoneidade, muitas vezes, é duvidosa.

A divulgação do fato criminoso pela mídia passa ao largo das nuances do contraditório, até por isso os danos gerados por informações falsas são geralmente devastadores na vida do acusado. Por hipótese, admita-se que o Bruno fosse absolvido. Certamente, o escândalo gerado em torno de seu nome e de sua imagem seria capaz de lhe retirar do cenário desportivo, pois não convém a nenhuma marca associar seu nome à imagem do acusado. Dessa forma, se existe a possibilidade de o acusado se livrar da acusação, o mesmo não pode ser dito em relação ao estigma dela (da acusação). Bruno pode até ser considerado inocente, mas não deixará de ser *ex-goleiro*. Acreditamos que, mesmo que a vítima aparecesse, justificando sua “ausência”, isentando-o de toda responsabilidade, a sua credibilidade, o seu patrimônio e oportunidades não seriam totalmente recobrados.

O exemplo serve para demonstrar o quão cruel é o processo
160 acusatório conduzido sob a batuta da mídia. Nele não há

informação do todo, não há igualdade de oportunidades concernentes à *reação*, e, por fim, o tom das notícias fulmina qualquer chance de convencimento do público da tese defensiva (*influência*). Isso se dá porque fatos desse tipo são *parciais* (com a ambiguidade inerente a essa palavra). São parciais porque retratam parte – a mais conveniente, diga-se de passagem - do que foi apurado e não o todo; e parciais porque sua veiculação é tendenciosa e sugestiona o receptor da informação, geralmente acerca do discurso da acusação.

5. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

O acusado tem direito a ser julgado por um juiz imparcial⁴.

Juiz imparcial é aquele que não tem interesse no resultado do processo; é aquele que não tem vinculação com o objeto em disputa. Para o juiz imparcial a absolvição e a condenação se equivalem, um resultado não é melhor do que o outro, pois a sua decisão é resultado da isenta avaliação das provas constantes dos autos e da legislação. Nelson Nery Jr. se valendo do art. 8º do Código da Magistratura Nacional assevera que:

o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo processo uma distância equivalente das partes, e evita todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito (NERY, 2009, p. 133).

⁴A imparcialidade do julgador é viabilizada pelas garantias institucionais da magistratura: a independência, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

A imparcialidade do julgador é decorrência da garantia fundamental do juiz natural.

Com efeito, a garantia do juízo natural, proclamada no inciso LIII do art. 5º da Carta de Outubro, é uma das mais eficazes condições de independência dos magistrados. Independência, a seu turno, que opera como um dos mais claros pressupostos de imparcialidade que deles, julgadores, se exige (RE 418.852, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 6-12-2005, Primeira Turma, *DJ* de 10-3-2006.).

O juiz imparcial não tem o dever de satisfazer a opinião pública, de aplacar o desejo de vingança ou qualquer outro desejo inconfessável. Ninguém deseja a figura do juiz Pilatos, ou seja, que prefere agradar ao público a julgar segundo sua própria consciência. A imparcialidade do magistrado, sustentada pela Constituição, pressupõe decisões muitas vezes impopulares. O juiz deve julgar de acordo com as provas constantes no processo e com a lei, mesmo que essa decisão contrarie a opinião pública. É verdade que a decisão contramajoritária é pesado fardo colocado sobre os ombros do magistrado, reclamando maior exercício de fundamentação e coragem para proferi-la, no entanto, essas dificuldades não podem ser entraves para o fiel exercício da judicatura.

Nesse sentido, Ana Lúcia Menezes Vieira:

Todavia, uma campanha feita pela imprensa sobre um caso criminal não deve, por si só, influir negativamente no ânimo do juiz togado, atingindo sua imparcialidade. Cabe a ele, como técnico, com formação profissional voltada para decisão de conflitos a coragem de subtrair-se ao estrepito midiático e não se deixar levar, no seu mister, pelos ímpetos alimentados no clamor popular, pelas paixões contidas no eco da voz corrente da opinião pública, a qual se sustenta por impressões

perfunctórias que lhe transmitiu a imprensa (VIEIRA, 2003, p. 180).

A questão da influência da mídia é um tanto mais delicada quando se trata de julgamento proferido no tribunal do júri. Primeiro, porque os jurados que compõem o conselho de sentença não são juízes de carreira e não recebem nenhum preparo técnico ou psicológico para bem exercerem sua função. Segundo, eles julgam conforme o sistema de íntima convicção, em voto secreto, ficando dispensados (ou melhor, lhes é vedado) de motivar suas decisões. Terceiro, as informações (*parciais*) trazidas pelos veículos de comunicação são reiteradamente transmitidas e paulatinamente assimiladas pelos jurados. Nesse contexto, é de se destacar que o tempo de que dispõem os jurados com as provas constantes dos autos é insuficiente e, de certa forma, comprometidos com os *preconceitos* decorrentes das informações extra-autos. Quarto, o conselho de sentença, via de regra, não tem conhecimento técnico necessário para compreender conceitos jurídicos, como por exemplo, a diferença da tentativa e da desistência voluntária; da culpa consciente e do dolo eventual; do que se deve entender por domínio do fato. Geralmente, a incompreensão desses conceitos favorece a acusação, gerando para a defesa, no plenário do júri, em exíguo prazo, o ônus de desdobrar aqueles conceitos, de sustentar sua tese, indicando as provas que a apóiam. A desigualdade é manifesta.

Não obstante, os jurados são os juízes de fato e de direito, nos processos submetidos ao júri popular, sendo, portanto, deles exigido, tal qual se exige do magistrado togado, imparcialidade e isenção.

A nosso sentir, o magistrado que preside a sessão deve exortar os jurados que irão compor o conselho de sentença acerca de seu dever de imparcialidade, bem assim da dignidade do múnus que irão desempenhar, esclarecendo inclusive que poderão se

declarar suspeitos, caso não se sintam capazes de exercer aquela função com a isenção necessária. Tal providência, de singeleza ímpar, deve ser encarecida nos casos de comoção pública.

6. A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais são públicos, como, aliás, devem ser os atos desenvolvidos por todos os Poderes da República. Assim, em regra, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, muito embora possa a lei, excepcionalmente, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, com vista à preservação do direito à intimidade dos envolvidos, quando esse sigilo não prejudicar o interesse público à informação (Art. 93, IX da CF/88).

Por certo, a publicidade processual não é exigência ociosa ou uma mera formalidade que deve revestir os atos processuais, mas antes de tudo é pressuposto de efetivação da participação popular no controle dos atos praticados pelo Poder Judiciário. Vale dizer: a publicidade atua como válvula de contenção do exercício abusivo do poder. A relação entre o segredo e o arbítrio já foi de há muito identificada. Mirabeau (apud FERRAJOLI, 2006), no longínquo ano de 1789, já desafiava esse poder desmesurado e irracional dos magistrados, ao invocar sua célebre frase, inúmeras vezes repetidas nas letras jurídicas: “Dai-me então o juiz que desejais: parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo se lhe aprouver; pouco importa, contanto que ele não possa fazer nada a não ser diante do público” (FERRAJOLI, 2006, p. 634).

De toda forma, é importante registrar que o segredo sempre favoreceu a corrupção, o privilégio, a injustiça e a irracionalidade das decisões judiciais.

A publicidade do processo não se confunde com sua transformação em espetáculo ou com a sua repercussão (FERRAJOLI, 2006). Fato é que nem todo processo criminal vira

manchete ou desperta a curiosidade do grande público, diga-se mais, existem crimes que nunca merecerão a *primeira página*. Assim, muito embora a repressão criminal seja tema de interesse público, ela nem sempre satisfaz o interesse *do* público, muito embora a publicidade dos atos processuais incida tanto nos casos de maior quanto nos de menor repercussão.

O processo penal sempre interessou, porém, na época atual interessa ainda em maior medida à opinião pública. É comum os jornais se ocuparem da crônica dos delitos e dos processos. Quem os lê tem uma impressão de que, neste mundo, produzem-se mais delitos do que boas ações. O que ocorre, porém, é que os delitos se assemelham às papoulas, de que todos dão conta quando as observam no campo, ao passo que as boas ações se ocultam como as violetas, em meio às ervas do prado (CARNELUTTI, 2001, p. 2-3).

Certamente não cabe ao operador jurídico dizer o que é de maior ou de menor repercussão, e nem o que é, ou não é de interesse *do* público, pois isso configuraria prática de censura. Por certo, interesse público e interesse *do* público não são expressões sinônimas. Nessa ordem de idéias, a imprensa nada mais faz do que selecionar aqueles casos que são capazes de aguçar o interesse *do* público (muito embora às vezes, por conveniência, também os esconda).

A divulgação de atos processuais pelos *mass media*, assegurada pelo princípio da publicidade não é e nem mesmo haveria de ser um inconveniente, muito pelo contrário, é exigência de qualquer Estado que se pretende democrático; antidemocrática é a divulgação feita no formato sensacionalista, porque, longe de informar, incita o discurso do ódio e distorce para o leigo o sistema jurídico.

7. CONCLUSÃO

Nunca é desnecessário lembrar a importância de uma imprensa imparcial para a construção do regime democrático e plural, mesmo porque, em muitos casos, assuntos de interesse público só chegam ao domínio da população pelos meios de comunicação de massa.

No entanto, a informação não pode ser tratada como mera mercadoria, sob pena de amesquinhar o papel social da imprensa na autodeterminação consciente da pessoa humana. A informação disseminada pela imprensa deve ser comprometida com a verdade e com a imparcialidade, com vistas a proporcionar a *concordância prática* entre os mais diversos direitos fundamentais que entram em rota de colisão.

O sistema processual não é inimigo da liberdade de expressão, é, antes de tudo, garantia de proteção do jurisdicionado, especialmente daquele submetido às agruras do processo penal. Ai de nós se nos distanciarmos dessa ideia e confundirmos a justiça com a condenação, porque nenhum de nós, acaso sejamos um dia acusados de algo, estaremos livres da ira daqueles que pretendem substituir o sistema jurídico pela paixão, que tende a ser irracional.

A imprensa não pode se distanciar, no exercício do seu relevante papel, da afirmação dos direitos fundamentais do acusado. A presunção de inocência é garantia lógica que veda a antecipação do veredicto à produção da prova, que não se inclina pela punição antes de se viabilizar o devido processo legal e todos os seus consectários, pouco importando a gravidade da acusação.

Insistir na tutela incondicional dos direitos fundamentais do acusado – seja ele quem for – é insistir na prevalência da racionalidade sobre o desejo de vingança, capaz de despedaçar a pessoa humana.

Nesse contexto, é preciso coibir a espetacularização do processo penal que tem andado a gosto da mídia sensacionalista. Como

coibir os exageros na informação, bem assim o que se deve entender como tal, é questão que está longe de encontrar terreno firme, muito embora, a nosso sentir, o ponto nodal esteja justamente no receptor, o destinatário da informação, o elo fraco na cadeia da transmissão da mensagem, que se sujeita às atuações de pessoas que ganham evidência fazendo denúncias sem aferir sua veracidade (MENDES, BRANCO, COELHO, 2008).

8. BIBLIOGRAFIA

BARROS, L. F. O sensacionalismo da Imprensa na cobertura de crimes de natureza Psicopatológica e suas Consequências. **Revista CEJ**, Brasília, n. 20, p. 24, jan./mar. 2003.

BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

BIZZOTO, Alexandre. **A Inversão Ideológica do Discurso Garantista**: A Subversão da Finalidade das Normas Constitucionais de Conteúdo Limitativo para a Ampliação do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Sim a uma Lei de Imprensa. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 12, n. 297, p. 33-34, maio, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

GESU, Cristina Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

GRAU, Eros. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, vol. 203, n. 2, p. 463 a 932, jan./mar, 2008. http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/verPDF.asp?numPDF=203_2

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MARTINS, Alisson Silva. **A vedação de utilização de provas ilícitas e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade**. 2010. (Dissertação de Mestrado em Direito; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010).

MELLO, Márcio Aurélio M. F. Liberdade de Expressão e Liberdade de Imprensa. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano 12, n. 297, p. 30-32, maio, 2009.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NALINI, José Renato. Lei de Imprensa: É Hora da Responsabilidade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano 12, n. 297, p. 28-29, maio, 2009.

NAVES N. Imprensa Investigativa: Sensacionalismo e Criminalidade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 20, p. 6-8, jan./mar, 2003.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

NICOLITT, André Luiz. **As Subversões da Presunção de Inocência**: Violência, Cidade e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não supresa. In: **JORDÃO**, Eduardo Ferreira. **Teoria Geral do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.

PEDROSO, Rosa Nívea. **Elementos para Compreender o Jornalismo Informativo**. Em: <<http://www.saladeprensa.org/art411.htm>>. Acesso em: 29 março 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. rev. e atualizada até a EC 57/08. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORON, Alberto Zacharias. Imprensa Investigativa ou Instigativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 20, p. 9-16, jan./mar. 2003.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0431.05.019264-7/001 -
COMARCA DE MONTE CARMELO - APELANTE(S): NEIDE
MARIA ALVES - APELADO(A)(S): RÁDIO TELEVISÃO DE
UBERLÂNDIA LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILO
LACERDA,d.j14/08/2007,d.p.25/08/2007.[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=431&an=5&txt_processo=19264&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=\"notíciafalsa\"&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical.](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=431&an=5&txt_processo=19264&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=\)