

FACULDADE ARQUIDIOCESANA DE CURVELO

Resolução - Revista de Direito e Ciências Gerencias

Vol.4 – 2020

Curvelo/MG

ISSN 2525-9245

RESOLUÇÃO

Revista de direito e ciências gerenciais

Editor:

Profº Dr. Frederico Martins e Silva

Co-Editores:

Profº MsC. Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

Profº MsC. Delmar de Oliveira

Profª MsC. Leana Mello

Profª MsC. Gleice Leila Barral

CONSELHO EDITORIAL

Profª Drª. Alexandra Vilela - Universidade Lusófona do Porto

Profª Ms. Cláudio Rosa Bastos - PUCMinas.

Profª Drª. Inês Godinho - Universidade Lusófona do Porto

Profº Drº. Rui Albuquerque - Universidade Lusófona do Porto

Profº Drº. Manuel Damásio - Universidade Lusófona do Porto

Profº Drº. Jorge Leite - Universidade Lusófona do Porto

Profº Drº. Paulo Brito - Universidade Lusófona do Porto

Profº Drº. César de Castro Fiuza - UFMG

Profª Drª. Wilba Maia Bernardes - PUCMinas.

Profº Drº Lindomar da Rocha Mota - FAC e PUCMinas.

Profª Drª. Déa Carla Pereira Nery - Universidade Estadual da Bahia.

Profº Drº. Hermes Guerrero - UFMG.

Profº Ms. Daniel Henrique Lucci Arriero - FAC

Profº Drº. Adalberto Antônio Batista Arcelo - PUCMinas e FAC.

Profº Ms. Vinícius Silva Bonfim - FAC

Profº Drº. José Boanerges Meira - PUCMinas e FAC.

Profª Ms. Carlúcia Maria Silva - FAC e UEMG.

Profª Ms. Juliana Carolina Coutinho Coelho Guimarães - FAC

COMISSÃO TÉCNICA

Profº Dr. Dom. Lindomar Rocha Mota - FAC

Adm. Adriano Geraldo Leão de Oliveira - FAC



**FACULDADE
ARQUIDIOCESANA
DE CURVELO**



**MITRA
ARQUIDIOCESANA
DE DIAMANTINA**

Pe. Frederico Martins e Silva

Diretor

Pe. Jacson Hilário Pereira

Diretor Administrativo

**Mariana Aparecida Adalberto de
Carvalho**

Coordenadora de Pesquisa

Leana Melo

Coordenadora de Extensão

Edna Quintiniano

Bibliotecária CRB 62418

Adriano Geraldo Leão de Oliveira

CRA 19723

Editoração Eletrônica

Dom Darci José Nicioli, C.Ss.R.

Arcebispo Metropolitano

Revista da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/ Faculdade
Arquidiocesana de Curvelo. V. 1, Curvelo: Fac, 2018.

Semestral

ISSN: 2525-9245

I. Administração de empresas - Periódicos. II. Direito. III. Faculdade
Arquidiocesana de Curvelo

CDU-658(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca Monsenhor Paulo Vicente de Oliveira.

Os artigos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles contidas não representam, necessariamente, pontos de vista da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

APRESENTAÇÃO

Neste volume, a Resolução – Revista de Direito e Ciências Gerenciais - apresenta textos atuais e muito relevantes das áreas da Administração, Ciências Contábeis e Direito, de autoria de graduandos, graduados, docentes externos e internos das Faculdades Arquidiocesanas de Curvelo e Pirapora.

Esse volume contém temas de ordem teórica e prática, auxiliando o leitor a entender a realidade social e suas nuances.

Um dos principais objetivos da pesquisa é o incentivo das publicações em revista, divulgando conhecimento para toda a sociedade acadêmica.

Ótima leitura a todos!

Profa. Ms. Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho
Coordenadora de Pesquisa

SERVIÇOS DE CONTABILIDADE GERENCIAL OFERECIDOS PELOS ESCRITÓRIOS DE CONTABILIDADE DA CIDADE DE CURVELO/MG

NANAGEMENT ACCOUNTING OFFERED BY CURVELO /MG CITY ACCOUNTING
OFFICES

Valter Moreira Rocha Júnior¹
Renata Vargas de Almeida²

RESUMO

Este artigo descreve como são os serviços de contabilidade gerencial nos escritórios de contabilidade de Curvelo, considerando que a contabilidade tem como principal objetivo fornecer informações para a tomada de decisão. A investigação traz a luz amaneira de como os escritórios disseminam essas informações, e como é a percepção dos responsáveis pelos escritórios sobre as contribuições da contabilidade gerencial no processo de gestão das empresas. Demonstra como é feito o processo de apuração das informações gerenciais, como as informações contábil-gerenciais são apresentadas aos clientes, esclarece os pontos fortes e pontos fracos encontrados pelos contabilistas na oferta do serviço de contabilidade gerencial, mostra ainda as principais dificuldades para a oferta do serviço no cenário atual. A metodologia utilizada foi baseada em uma pesquisa descritiva, com realização de entrevista com os responsáveis pelo escritório, após a análise verificou-se quais os escritórios oferecem os serviços de Contabilidade Gerencial e como é ofertado para as empresas clientes. Desta forma foi constado que a contabilidade gerencial ainda é um serviço pouco desenvolvido pelos escritórios de Curvelo, os profissionais de contabilidade, reconhecem a importância do serviço, possuem capacitação, no entanto o gargalo é a falta de demanda por parte de seus clientes pois, a maioria dos pesquisados não possuem demanda para o serviço.

Palavras chave: Contabilidade Gerencial; informações gerenciais; tomada de decisão.

ABSTRACT

This article describes what management accounting services look like at Curvelo accounting offices, considering that accounting is primarily intended to provide information for decision making, research sheds light on how offices disseminate this information, and how it is The perception of those responsible for offices on the contributions of management accounting in the management process of companies, demonstrates how the process of calculating management information is done, how accounting and management information is presented to

¹ Professor de Ciências Contábeis da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Mestre em Administração pela Faculdade de Pedro Leopoldo. E-mail: valterrochajr@outlook.com.

² Graduada em Administração, Graduanda em Ciências Contábeis pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. E-mail: renata-vargas2009@hotmail.com.

customers, clarifies the strengths and weaknesses found. accountants in offering the management accounting service, also shows the main difficulties for offering the service in the current scenario. The methodology used was based on a descriptive survey, with interviews with those responsible for the office, after the analysis it was verified that the offices offer management accounting services and how it is offered to client companies. Thus it was found that management accounting is still a service little developed by Curvelo offices, accounting professionals recognize the importance of the service, have training. However, the bottleneck is the lack of demand from their customers because most respondents have no demand for the service.

Key words: Managerial accounting; management information; decision making.

1. INTRODUÇÃO

A contabilidade é vista como um instrumento que fornece informações e tem por finalidade registrar e controlar o patrimônio das entidades. Trata-se de uma ciência muito antiga, teve sua origem desde a era do homem primitivo, que mesmo de forma rudimentar buscavam controlar os seus bens (SÁ, 2010).

Esta ciência evoluiu junto com a sociedade, a partir das mudanças tecnológicas, das exigências do mercado, do grande número de informações geradas pelas empresas, da complexidade de diferentes ramos de atuação, e da necessidade de interpretar informações através de dados, o que provocou diversas mudanças na capacitação do profissional da área contábil e na estrutura contábil.

Com o surgimento da contabilidade gerencial, os relatórios derivados da área contábil que antes enfatizavam somente o aspecto monetário passaram a abranger, também informações de natureza operacional, com isso a contabilidade gerencial passou a ter função crucial nas organizações. Por se tratar de uma ferramenta capaz de apresentar um resumo das informações geradas para as partes interessadas, esse tipo de contabilidade está voltado para o controle, planejamento e tomada de decisão (MARION, RIBEIRO, 2014).

A contabilidade é uma ferramenta fundamental na gestão e criação de estratégias para cumprimento dos objetivos das empresas. As informações contábeis permitem que a empresa tenha uma visão mais ampla e estratégica como: planejamento tributário, análise de desempenho, gestão de riscos trabalhistas, tributários ou financeiros, cumprimento das leis e o recolhimento dos impostos devidos, com isso a demonstração do serviço contábil é fundamental para a gestão do negócio. O contador possui capacidade técnica e científica para elaborar e analisar as demonstrações financeiras das organizações podendo assim facilitar a tomada de decisão do administrador.

O artigo em questão buscou investigar como são os serviços de contabilidade gerencial oferecidos pelos escritórios de contabilidade de Curvelo/MG. Tendo como objetivo geral analisar como o serviço de contabilidade gerencial é conduzido, pelos escritórios de contabilidade de Curvelo/ MG, os objetivos específicos buscaram Identificar a percepção dos responsáveis pelos escritórios sobre as contribuições da contabilidade gerencial no processo de gestão das empresas; avaliar como é feito o processo de apuração das informações gerenciais pelos escritórios; verificar como as informações contábil-gerenciais são apresentadas aos clientes; e analisar os pontos fortes e pontos fracos encontrados pelos contabilistas na oferta do serviço de contabilidade gerencial.

A justificativa desta pesquisa está na relevância do tema para a tomada de decisão na gestão empresarial e na utilização da contabilidade gerencial como fornecedora de subsídios capaz de orientar na decisão correta. A Contabilidade Gerencial sinaliza a avaliação da empresa através da análise das demonstrações contábeis (indicadores financeiros, análise vertical e horizontal) gestão de custos e preços, orçamento como ferramenta gerencial, planejamento e gestão de projetos, informações contábeis para decisões especiais.

A Contabilidade Gerencial fornece aos gestores um conjunto de informações que proporcionam à empresa os resultados como a maximização do lucro e a continuidade da empresa. Independente do tipo de organização, os gestores beneficiam-se quando a contabilidade fornece informações que ajudam a planejar e a controlar as operações da organização (HORNGREN, SUNDEM e STRATON, 2004).

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Contabilidade

Marion (2015) define a contabilidade como um instrumento que fornece informações úteis para a tomada de decisões dentro e fora da empresa. Trata-se de uma ciência antiga que tem como objetivo auxiliar as pessoas na tomada de decisões.

Crepaldi e Crepaldi (2014) relatam que a contabilidade além de estar presente desde as civilizações antigas, foi muito importante no desenvolvimento do capitalismo. Sendo utilizada por instituições como a Igreja e o Estado, logo após a criação da obra do Frei Luca Pacioli no século XV que foi um grande marco na contabilidade com a criação do método das partidas dobradas.

O método das partidas dobradas é muito importante para a contabilidade sendo utilizado até os dias atuais. Porém a contabilidade só foi surgir como profissão durante a revolução industrial, onde teve a formação da primeira sociedade de contadores em Edimburgo e depois disso foram aparecendo outras sociedades locais (HENDRIKSEN E BREDA, 2015).

Segundo Peleias e Bacci (2004, p3) “os primeiros grandes movimentos para a profissão contábil no Brasil ocorreram, no início do século XIX, com a chegada da Família Real”.

Iudícibus (2015) esclarece que a contabilidade no Brasil foi muito influenciada pela escola italiana, e em 1902 teve a sua primeira escola de contabilidade chamada Escola de Comércio Álvares Penteado, localizada na cidade de São Paulo.

A contabilidade se tornou uma atividade fundamental na vida econômica. Mesmo nas economias mais simples, é necessário manter a documentação dos ativos, das dívidas e das negociações com terceiros. O papel da Contabilidade torna-se cada vez mais importante nas economias modernas. Em sentido amplo a Contabilidade trata a coleta, apresentação e interpretação dos fatos. O termo contabilidade gerencial é utilizado para descrever esse tipo de atividade dentro da organização (CREPALDI E CREPALDI, 2014).

2.1.1 Contabilidade Financeira

O objetivo da contabilidade financeira é controlar o patrimônio das empresas e apurar o resultado (variação do patrimônio). Os usuários mais interessados neste tipo de contabilidade são os usuários externos que possuem interesse em acompanhar a evolução da empresa, destacam-se as empresas financeiras que vão conceder empréstimos, debenturistas e quaisquer pessoas que pretendem adquirir ações de companhias abertas (ALVES, 2013).

Para Crepaldi e Crepaldi (2014) a contabilidade financeira é o processo de elaboração de demonstrativos financeiros para propósitos externos, para os acionistas, credores e autoridades governamentais. Este ramo da contabilidade é muito influenciado por autoridades que estabelecem padrões, regulamentadores e fiscais, assim como por exigência de auditoria de contadores independentes.

Peças contábeis como balanço patrimonial, demonstração de resultados, demonstração de fontes e uso de capital de giro líquido, além de serem vistas como súmula do processo de contabilidade financeira por servirem aos interessados externos á empresa, como os bancos, agências governamentais e acionistas representa a fronteira entre contabilidade financeira e

contabilidade gerencial. Estes indicadores são vistos como pontos de partida para a administração e para a contabilidade gerencial, pois é a partir daí que começa a análise do desempenho assim como o planejamento empresarial (IUDÍCIBUS, 2008).

Para as empresas que utilizam o inventário periódico, é comum o contador apresentar ao empresário uma primeira estimativa do valor do lucro (antes do imposto de renda) que depende da avaliação do estoque final para certificar o valor definitivo (VICECONTI E NEVES, 2013).

A apuração do resultado líquido nas empresas comerciais é apresentada na FIG. 1.

FIGURA 1- Apuração do Resultado Líquido

RESULTADO BRUTO
(-) DESPESAS
- Comerciais
- Administrativas
- Financeiras
(=) RESULTADO LÍQUIDO

Fonte: Viceconti e Neves(2013, p8)

Para Bertó e Beulke (2006) o acompanhamento das demonstrações contábeis ao decorrer do período é fundamental para a tomada de decisão assertiva, pois em termos estruturais o orçamento compõe-se de várias peças, sendo uma delas o orçamento operacional, a formação do preço de venda, avaliação do desempenho de produtos, serviços e negociações.

2.1.2. Contabilidade de Custos

Segundo Alves (2013) a contabilidade de custos atende aos usuários externos, as exigências fiscais do governo, aos usuários internos, proprietários e administradores de empresas, sua origem foi concebida a partir da Revolução Industrial, no século XVIII quando aumentou a complexidade dos registros dos vários itens que compunham os custos dos bens vendidos, para percepção de receitas envolvendo operações produtivas de larga escala com aquisição de matérias primas para transformação dos produtos destinados a venda.

A função inicial da contabilidade de custos era fornecer elementos para avaliação dos estoques e apuração do resultado, a partir das tantas mudanças que ocorreram nas últimas décadas passou a desenvolver funções importantes na Contabilidade Gerencial como a

utilização dos dados de custos para o controle e para a tomada de decisão. Hoje a contabilidade de custos tornou-se uma das áreas da contabilidade mais valorizada no Brasil e no mundo, pois fornece informações extremamente importantes na formação de preços das empresas (CREPALDI E CREPALDI, 2014).

A contabilidade de custos é uma exigência fundamental da administração moderna, e seu maior objetivo é a identificação e divulgação de informações detalhadas sobre os custos, que devem ser usados para controlar as atividades da empresa, planejar suas operações e dar base aos diversos processos gerenciais (PIZZOLATO, 2014, p148).

A Contabilidade de custos está diretamente ligada a Contabilidade Gerencial, uma vez que todos os procedimentos contábeis e financeiros ligados a orçamentos e planejamento empresarial, fornecimento de informes contábeis e financeiros para decisão entre custos de ação alternativos sempre recaem no campo da contabilidade gerencial (IUDÍCIBUS, 2008).

2.1.3 Contabilidade Gerencial

De acordo com Alves (2013) a contabilidade gerencial surgiu diante da necessidade dos departamentos contábeis em definir os custos dentro do processo produtivo, esta necessidade surgiu nas indústrias, em que os bem comercializados passam por toda uma cadeia de produção, suas principais funções são gerar dados e produzir informações necessárias a administração da empresa.

De acordo com Padoveze (2012) a contabilidade gerencial é o ramo da contabilidade que tem por objetivo complementar as informações contábeis já produzidas pela Contabilidade Financeira.

A Contabilidade Gerencial pode ser vista como o ramo da contabilidade que busca fornecer instrumentos que auxiliam as funções gerenciais dos administradores de empresas. Busca melhorar a utilização dos recursos econômicos através de um adequado controle de insumos efetuado por um sistema gerencial (CREPALDI E CREPALDI , 2014).

Para Iudícibus (2008, p21):

A contabilidade gerencial pode ser caracterizada, superficialmente, como um enfoque especial conferido a várias técnicas e procedimentos contábeis já conhecidos e tratados na contabilidade financeira, na contabilidade de custos, na análise financeira e de balanços, colocados numa perspectiva diferente, num grau de detalhe mais analítico ou numa forma de apresentação e classificação diferenciada, de maneira a auxiliar os gerentes das entidades em seu processo decisório.

A lei das S.A. (Lei 6404, de 1976) teve impacto fundamental nos padrões contábeis brasileiros, substituindo a tradição italiana até então predominante, cujo foco era o controle do

patrimônio, pelos padrões norte-americanos cujo foco é o desempenho. Ele afirma ainda que contabilidade gerencial faz parte de um sistema maior, e que os dados históricos são considerados importante fonte de informação para estimar eventos futuros. Esses dados monetários são utilizados em paralelo com outros indicadores de desempenho (PIZZOLATO, 2014).

Segundo Padoveze (2010) a principal característica da contabilidade gerencial está relacionada com a abrangência e o fornecimento de informações para os administradores, gestores e todos aqueles que estão dentro da organização e que são responsáveis pela direção e controle de suas operações. Assim a informação direcionada para os gestores de maneira correta, agrega no desenvolvimento de ideias, na maximização do lucro, e é fundamental no processo decisório de toda organização, seja ele pequena, média ou grande empresa.

2.2 Sistema de Informação Contábil (SIC)

Padoveze (2010) conceitua o sistema de informação contábil como o meio que o contador geral ou o contador gerencial utilizarão para efetivar a contabilidade e informação contábil dentro da organização para que a contabilidade seja utilizada em toda a sua plenitude.

Marion (2005, p23) diz que: “Frequentemente, os responsáveis pela gestão estão tomando decisões, quase todas importantes, vitais para o sucesso do negócio”. Desse modo, é preciso a utilização de informações corretas, de dados precisos que contribuam para tomada assertiva de decisão.

O conceito de informação envolve um processo de redução de incerteza, na sociedade moderna a importância da disponibilidade da informação ampla e variada cresce proporcionalmente ao aumento da complexidade da própria sociedade (OLIVEIRA,1997).

Martins (2003) considera que o estágio atual da tecnologia de informação proporciona soluções satisfatórias através do processamento simultâneo dos três tipos de contabilidade, a contabilidade de custos, a contabilidade financeira e a contabilidade gerencial, conciliando as diferenças.

2.3 Sistema de Informação Gerencial (SIG)

Oliveira (2014, p26) define o Sistema de informações gerencial (SIG) como: “Processo de transformação de dados em informações que são utilizados na estrutura decisória da empresa, proporcionando, ainda, a sustentação administrativa para otimizar os resultados esperados”.

Oliveira (2014) afirma que o planejamento do SIG deve ter enfoque nas áreas e fatores críticos que compromete o sucesso da empresa, esses fatores críticos deverão ser identificados através de um adequado planejamento estratégico. O SIG propicia estratégias importantes na área administrativa como: otimização dos sistemas de controle administrativo, otimização dos sistemas contábil e orçamentário, otimização dos sistemas de apuração de custos, otimização dos sistemas informatizados, otimização dos sistemas de informações gerenciais.

2.4 Análise de Indicadores

Os indicadores (índices ou quocientes) significam o resultado obtido da divisão de duas grandezas, sendo que a primeira etapa é a realização denominada de cálculo com base numa formula, a segunda etapa é a interpretação do resultado e a terceira etapa considerada a mais importante é a conceituação do índice, ou seja, é necessário avaliar se ele é bom, razoável ou ruim (MARION, 2012).

Pizzolato (2014) diz que a avaliação de uma empresa por meio de seus índices permite identificar os indicadores que melhor lhe atendem, na confiança em que os balanços são representações precisas e confiáveis da realidade de toda empresa com responsabilidade ética e social, e a luz dos princípios contábeis, produzidos por contadores qualificados e devidamente auditados. Ele destaca os quatro tipos de índices financeiros fundamentais sendo:

- 1- Índice de liquidez: indica a capacidade de atender compromissos de curto prazo
- 2- Índices de endividamento ou índices de solvência: indicam a proporção de dívidas no financiamento e a capacidade de atender aos custos financeiros e de amortização associados às obrigações de longo prazo
- 3- Índices de atividade ou eficiência operacional: indicam a eficiência ou intensidade com que tem usado seus recursos
- 4- Índices de rentabilidade e lucratividades: medem o desempenho global da empresa (Pizzolato, 2014, p. 75).

Marion (2012) corrobora destacando a importância dos índices para o bom conhecimento das empresas. Para mensurar a capacidade de pagamento a curto prazo tem-se o índice de liquidez corrente, e o índice de Liquidez Seca ambos servem para verificar a tendência financeira da empresa em cumprir, ou não, com as suas obrigações a curto prazo, no caso do índice de Liquidez Seca o cálculo é feito desconsiderando os estoques, uma vez que estes podem ser obsoletos e não representar a realidade dos saldos apresentados no Balanço contábil

A liquidez imediata demonstra o quanto a empresa dispõe imediatamente para saldar as dívidas de curto prazo e a Liquidez Geral mostra a capacidade de pagamento da empresa a Longo Prazo, considerando tudo o que ela converterá em dinheiro a curto e longo prazo, relacionando-se com tudo o que já assumiu como dívida a curto e longo prazo.

2.5 Importância da Contabilidade Gerencial para Administração

De acordo com Sá (2010) a correlação entre os diversos ramos do saber é considerada algo natural, uma vez que todo conhecimento adquirido deve ficar a serviço do progresso da humanidade. A Contabilidade mantém relações com todas as ciências que se preocupam com a riqueza como, o Direito, a Matemática, Economia, Sociologia e Administração. São vários os conceitos e as definições em Contabilidade que são elaborados com a essência de outras disciplinas (SÁ, 2010, p.117) afirma ainda que:

Não podemos negar que um expressivo número de fenômenos patrimoniais decorrem da ação administrativa, mas não podemos afirmar que todos esses fenômenos só possuem origem na administração. O que interessa à Contabilidade não é o que se faz para o governo da riqueza, mas o que a riqueza pode contribuir para que as necessidades das empresas e das instituições estejam satisfeitas.

Marion e Ribeiro (2014) corroboram dizendo que a contabilidade gerencial auxilia aos administradores a tomar decisões que resultam na redução de custos, na melhoria da qualidade e da eficiência das operações, no incremento da produção de bens e serviços mais rentáveis e no incentivo de novos projetos, uma vez que os gerentes das organizações necessitam da informação contábil gerencial para o planejamento empresarial.

Padoveze (2009, p36) diz que:

A Contabilidade gerencial é relacionada com o fornecimento de informações para os administradores, isto é, aqueles que estão dentro da organização e que são responsáveis pela direção e controle de suas operações. A contabilidade gerencial pode ser contrastada como contabilidade financeira, que é relacionada com o fornecimento de informações para os acionistas, credores e outros que estão de fora da organização.

Num sentido mais profundo a contabilidade gerencial está voltada exclusivamente para a administração da empresa, pois ela procura suprir informações que se “encaixem” de forma válida e efetiva no modelo decisório do administrador (IUDÍCIBUS, 2008).

Um diálogo efetivo entre o órgão contábil e os administradores exige além de profissionais da contabilidade dotados de visão moderna, gerentes que conheçam os fundamentos da contabilidade e os recursos da contabilidade gerencial. É fundamental que

todos tenham consciência do potencial que a informação contábil oferece no apoio às tomadas de decisão (PIZZOLATO, 2014).

3. METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa qualitativa. Gonçalves e Meirelles (2004) afirmam que o método qualitativo investiga os valores, as percepções e motivações do grupo pesquisado. No enfoque qualitativo de acordo com Barcelos (2010, p.80) “a análise tende a ser mais complexa, pois as informações obtidas não podem ser diretamente tabuladas ou quantificadas e sim descritas e analisadas”.

Para Roesch (2005) a pesquisa qualitativa é apropriada quando se trata de melhorar a efetividade de um programa, processo ou plano, ou mesmo quando é o caso da proposição de planos, ou seja, quando se trata de selecionar metas de um programa e construir uma intervenção em algum tipo de processo.

Classifica-se como uma pesquisa aplicada, Marconi e Lakatos (2015) diz que a pesquisa aplicada caracteriza-se pelo interesse prático, onde os resultados sejam aplicados ou utilizados imediatamente, quanto aos objetivos, como descritiva, uma vez que é destinada a conhecer as características de uma população a qual se está familiarizado.

Seguindo a classificação de Andrade (2010) "o estudo descritivo possibilita o desenvolvimento de um nível de análise em que permite identificar as diferentes formas dos fenômenos, sua ordenação e classificação" (OLIVEIRA, 1997, p.114).

No que diz respeito aos procedimentos técnicos trata-se de um estudo de caso, que visa estabelecer a forma com que o pesquisador obtém as informações necessárias à elaboração, podendo ser através de fontes bibliográficas, documentais ou uma pesquisa de campo, quando a coleta dos dados foi realizada no local onde ocorrem os fenômenos (ANDRADE, 2010).

A população pesquisada foram 23 escritórios cadastrados no CRC (Conselho Regional de Contabilidade), como pessoa jurídica na cidade de Curvelo. A pesquisa foi realizada com uma amostra composta por 12 escritórios, considerando que os demais se negaram a participar da entrevista. A coleta de dados foi realizada no período de março a abril de 2019, trata-se de escritórios que já atuam há muito tempo na cidade, nove deles possuem mais de 20 anos de existência, contam com número suficiente de funcionários para atender a necessidade de seus clientes. Os respondentes foram profissionais de contabilidade com formação técnica, superior e superior com especialização, dez dos profissionais respondentes já possuem mais de 10 anos

de experiência como contador, o tempo de profissão deles está entre 10 a 45 anos, quanto ao gênero dos respondentes obteve-se igualdade, sendo seis homens e seis mulheres.

4. RESULTADOS E ANÁLISES

Os resultados foram apresentados em cinco tópicos, conforme divisões contidas no instrumento de coleta, sendo o primeiro tópico relacionado ao perfil da empresa e do respondente; o segundo, relacionado a prática da contabilidade gerencial nos escritórios bem como a percepção dos escritórios sobre as contribuições da contabilidade gerencial no processo de gestão das empresas, o terceiro tópico tema demonstração do processo de apuração das informações gerenciais pelos escritórios; o quarto tópico, a descrição das informações contábil-gerenciais que são disponibilizadas aos clientes; no quinto e último tópico a identificação dos pontos fortes e pontos fracos encontrados pelos contabilistas na oferta do serviço de contabilidade gerencial.

4.1 Perfil dos escritórios e dos respondentes

Com o propósito de analisar como o serviço de contabilidade gerencial é conduzido pelos profissionais atuantes nesse ramo, foram elaboradas questões que buscaram descrever o perfil dos escritórios, dos respondentes e responder os objetivos propostos. Para facilitar a identificação dos pesquisados foram utilizadas as siglas: ESC1, ESC2, ESC3, ESC4, ESC5, ESC6, ESC7, ESC8, ESC9, ESC10, ESC11 e ESC12.

GRÁFICO 1 - Tempo de atuação do escritório no mercado



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

O GRAF1 demonstra o perfil dos escritórios pesquisados, em relação ao tempo de atuação no mercado. A maioria dos escritórios são empresas já solidificadas, pois, desempenham suas atividades a mais de 20 anos, tempo suficiente para adquirir credibilidade e confiança dos clientes. Tivemos apenas o ESC1, ESC11 e ESC 12 com menos de cinco anos de existência.

GRÁFICO 2 - Número de clientes por escritório

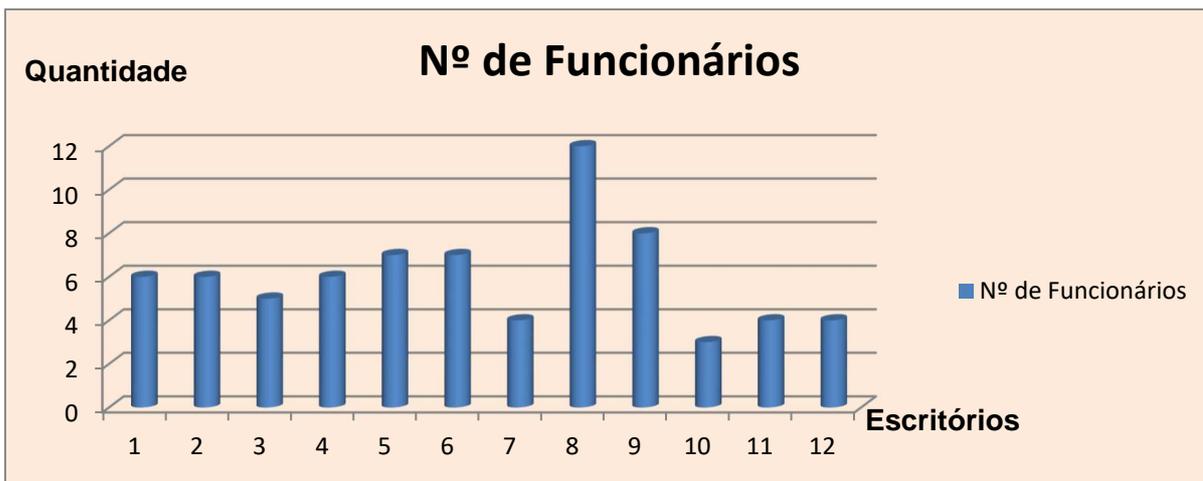


Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Em relação ao número de clientes por escritório observa-se que o número varia entre 25 a 120 clientes por organização contábil, de acordo com os respondentes a carteira é composta por pessoas físicas, jurídicas e produtores rurais (Gráfico 2). Alguns dos escritórios afirmaram que não conseguem mais absorver o trabalho de mais clientes com o quadro de funcionários atual. Alguns consideram que possuir muitos clientes é uma grande vantagem em relação a lucratividade, porém o trabalho do contabilista não gira em torno apenas da obtenção de lucro e sim em colaborar para o aumento da lucratividade de seus clientes.

Cada grupo de clientes demanda serviços diferentes, são muitas as obrigações acessórias, com isso exige muito comprometimento e tempo disponível para ofertar um serviço de qualidade em tempo hábil e sem sobrecarregar os funcionários. Diante do que foi dito por alguns dos escritórios, percebe-se oportunidade para novos profissionais atuarem, seja montando seu próprio escritório ou a possibilidade de serem contratados pelos escritórios existentes.

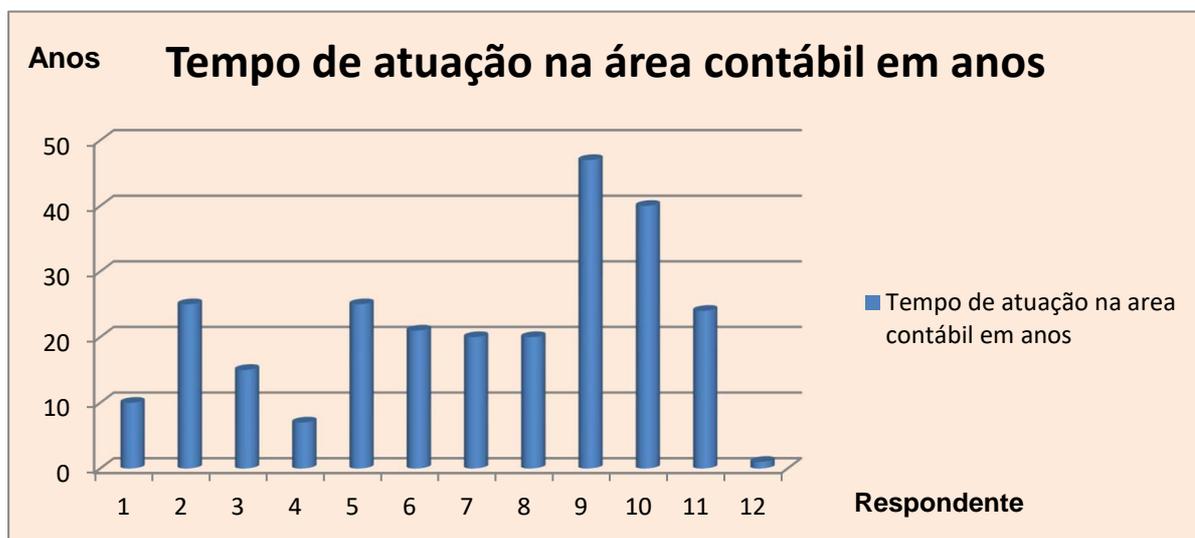
GRÁFICO 3 - Número de funcionários por escritório



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Conforme o GRAF.3, observa-se que a maioria dos escritórios possuem entre 3 a 8 funcionários, exceto o ESC 8 que atualmente conta com 12 colaboradores. Segundo os respondentes, os escritórios mantêm pelo menos um funcionário para cada departamento específico, sendo eles o contábil, fiscal e pessoal. Nem sempre o número de funcionário está relacionado com o número de cliente que o escritório possui.

GRÁFICO 4 - Tempo de atuação do respondente na área contábil



Fonte: Dados da pesquisa (2019)

De acordo com o GRAF.4 os 12 sujeitos da pesquisa foram representados por profissionais com formação acadêmica em nível técnico (3), superior (6), e nível superior com especialização (3). Dentre eles, sete são sócios proprietários do escritório e cinco ocupam cargo de contador chefe ou gerentes de escritório, em relação ao gênero obteve-se equidade, sendo seis homens e seis mulheres.

O tempo de atuação desses profissionais na área contábil é bastante homogênea sendo o respondente do ESC12 o mais recente com uma ano de atuação e o do ESC 9 com 47 anos, os demais variaram entre 5 a 40 anos.

No que diz respeito aos serviços ofertados pelos escritórios obteve-se quase unanimidade nas respostas, no que se trata dos serviços básicos de contabilidade, de acordo com os respondentes são ofertados contabilidade geral, incluindo os departamentos contábil, fiscal, social, registro e baixa de empresas, serviço de contabilidade rural, contabilidade de pessoas física, declarações acessórias, auditoria eletrônica (SPED's), consultoria e assessoria empresarial, consultoria contábil e administrativa. Dentre os pesquisados, apenas o ESC 9 e ESC 10 oferecem um serviço totalmente estruturado de contabilidade gerencial, o ESC 9 para uma pequena parte representada por 12 de seus clientes e o ESC 10 para todos os seus clientes que são 38 no total.

4.2 Prática da contabilidade gerencial nos escritórios

Para compreender como o serviço de contabilidade gerencial é conduzido pelos escritórios da cidade, e identificar a percepção dos responsáveis pelos escritórios sobre as contribuições da contabilidade gerencial no processo de gestão das empresas, foram levantadas algumas questões que permitiram identificar como são realizados os serviços de CG nos escritórios.

Obtiveram-se respostas semelhantes por parte de alguns dos escritórios, permitindo assim classificá-los em quatro grupos distintos e analisá-los separadamente.

Grupo 1: Escritórios que não oferecem os serviços de Contabilidade Gerencial (ESC1, ESC5 e ESC7).

Grupo 2: Escritórios que fornecem relatórios gerenciais para as empresas do lucro real (ESC2, ESC3 e ESC4).

Grupo 3: Escritórios que fornecem orientações gerenciais de acordo com a necessidade de cada empresa, sem ter um serviço estruturado de Contabilidade Gerencial (ESC6, ESC8, ESC11 e ESC12).

Grupo 4: Oferecem os serviços de Contabilidade Gerencial de forma estruturada (ESC 9, e ESC10).

Diante da pergunta: Para quais clientes é ofertado os serviços de contabilidade gerencial? Obtiveram-se as seguintes respostas.

Ausência da oferta dos serviços de CG por parte do grupo 1, o grupo 2 fornecem uma assessoria apenas para as empresas de lucro real, o grupo 3 auxiliam na gestão empresarial de seus clientes com observância nas necessidades individuais de cada um, e o grupo 4 foi o único que realiza efetivamente o serviço de CG, ofertando aos clientes um trabalho estruturado, o ESC 9 para apenas 12 de seus clientes e o ESC 10 para todos os clientes que são 38 no total. Por se tratar do menor número de clientes em relação aos outros pesquisados, o ESC10 consegue ofertar os serviços de CG para todos os clientes que compõem sua carteira.

Quando foi indagado sobre como é o acompanhamento das atividades empresariais dos clientes, obteve-se que: o grupo 2 realizam algumas análises, e orientam os clientes quando julgam necessário, o grupo 3 confirmaram o desinteresse dos clientes em relação a CG dizendo que o escritório nunca é acionado em decisões gerenciais, o grupo 4, disseram que utilizam relatórios, gráficos e ferramentas gerenciais específicas para acompanhar a rotina empresarial de seus clientes. Os ESCs do grupo 1 foram bem sucintos em suas respostas não respondendo com clareza.

Para a pergunta: O escritório realiza os cálculos e análises dos índices de liquidez corrente, liquidez Seca, liquidez Imediata e liquidez Geral para demonstrar aos clientes?

Teve-se que a maioria dos escritórios não realizam este trabalho para seus clientes. O grupo 1 não realiza os cálculos dos índices, o ESC7 que compõe o grupo 1 justifica que seus clientes desconhecem a importância dos indicadores citados, os ESCs do grupo 2 realizam as análises somente para as empresa optantes pelo lucro real, o grupo 3 realiza só em caso de processo licitatório que seus clientes participam. Em suma, a justificativa dos escritórios em não realizar as análises é a falta de interesse e demanda por parte de seus clientes. Apenas o grupo 4 realiza os cálculos e as análises desses indicadores para todos os seus clientes.

4.3 Contabilidade Gerencial na visão dos contadores

Neste tópico é demonstrada a visão dos contadores em relação a CG, quais benefícios ela oferece á gestão, sua importância para as empresas e como é a ligação entre contabilidade-cliente, considerando que a função da contabilidade inclui o processamento de dados realizados nas empresas, e por seguinte a geração de informações utilizadas nas mesmas. O acompanhamento integral é fundamental para um serviço de qualidade. Foram realizadas algumas perguntas aos contabilistas a fim de trazer a luz à visão deles sobre o tema abordado.

Enquanto contabilidade responsável pela empresa, como define o seu conhecimento sobre a realidade de sua empresa cliente?

Os escritórios dos grupos 1 e 3 não conhecem a realidade da movimentação da maioria de seus clientes, lidam com a resistência de seus clientes em disponibilizar documentação necessárias para a realização do serviços contábeis, o grupo 2 demonstram que as empresas optantes pelo lucro real, são mais conscientes da importância em demonstrar toda movimentação para o escritório, porém as demais, por medo de fiscalização, aumento de impostos e até mesmo pela cultura dificultam muito o trabalho do contador enviando parte apenas da documentação. O grupo 4 considera totalmente satisfatório o conhecimento sobre suas empresas clientes.

No que diz respeito as contribuições ou benefícios que a contabilidade gerencial fornece ao processo de gestão das empresas. Percebeu-se que embora a contabilidade gerencial não é um serviço prestado com frequência pela maioria, os contabilistas são conscientes de sua importância. Analisando essas informações juntamente com o que foi dito sobre o conhecimento da realidade das empresas cliente percebe-se que são os clientes dos pesquisados quem não possuem interesse ou desconhecem os benefícios da CG, uma vez que para uma análise eficiente é necessário um acompanhamento completo e absoluto da rotina empresarial.

Sobre a importância, a valorização e utilização da contabilidade Gerencial, na percepção dos respondentes, identificou-se a falta de valorização dos serviços não só de CG, mas da contabilidade como um todo, uma vez que tem evidências de falta de confiança da parte das empresas para com o escritório, falta de interesse em pagar por um serviço que auxiliam de fato na gestão, pelo que foi relatado, nota-se também que os escritórios sofrem com clientes resistentes em mudança, em inovação e em dificuldade para aderir novos pacotes de serviços, a maioria dos escritórios ainda, realizam apenas o trabalho básico da contabilidade, ficam impossibilitados de inovarem pela falta de demanda e de valorização do serviço por parte dos clientes.

No que diz respeito aos valores que os serviços de contabilidade gerencial agregam para o escritório e para as empresas cliente, as respostas foram claras e quase unânimes, pôde perceber que a perspectiva de muitos dos contadores é que este seja um serviço mais procurado, diante da importância dele, com isso o profissional de contabilidade seria mais valorizado, pois os resultados desse serviço fariam a população valorizar o contador e entender que ele contribui efetivamente no desenvolvimento das organizações e está apto a realizar serviços muito além do que a escrituração e emissão de guias.

4.4 Informações gerenciais processadas na contabilidade

Neste tópico, foram apresentadas as principais demonstrações contábeis realizadas pelos escritórios, como as informações contábil-gerenciais chegam aos clientes e quais orientações o escritório fornece a seus clientes, baseados na apuração dos dados.

QUADRO 1- Quais demonstrações contábeis são elaboradas pelo escritório

Pontos Principais	
GRUPO 1	Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício (DRE)
GRUPO 2	Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), Fluxo de Caixa, DLPA e DMPL.
GRUPO 3	Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício (DRE)
GRUPO 4	Balanço Patrimonial, DRE, DLPA, DMPL, DFC, DVA e Demonstração Resultado Abrangente.

Fonte: Dados da pesquisa (2019)

Conforme demonstra o QUAD. 1 as demonstrações básicas são elaboradas por todos os escritórios, os ESCs do grupo 1 elaboram apenas o BP e a DRE, mesmo porque seus clientes não demandam mais do que isso, os grupos 2 e 3 além do BP, DRE elaboram Fluxo de Caixa, DLPA, DMPL. Já o grupo 4 elaboram todas as demonstradas já citadas, este grupo foi o que mais demonstrou critério na elaboração das demonstrações, pois consideram extremamente importante ter dados precisos embasados na legislação vigente, que fornecem possíveis comparações e o fornecimento de informações confiáveis.

A apresentação das informações gerenciais após apuração dos dados, são através de relatórios ou planilhas, alguns realizam reuniões para discutirem os resultados, os escritórios do grupo 1 tem uma relação bem superficial com seus clientes, os demais sempre se mostram a disposição, marcando reuniões, dando suporte, e atendendo as demandas de seus clientes

4.5 Pontos fortes e pontos fracos encontrados na oferta de CG

Nesse tópico foi identificado as vantagens e desvantagens encontradas pelos escritórios na oferta do serviço de CG, os serviços de apoio a gestão mais procurados, as

principais dificuldades na prestação dos serviços de CG e as principais causas onde não há interesse pelo serviço de CG.

A principal desvantagem na oferta do serviço de CG é a desvalorização do serviço, a falta de reconhecimento por um trabalho tão importante e pouco explorado, já as vantagens são diversas tanto para o escritório quanto para as empresas. As principais vantagens destacados tanto para os escritórios quanto para as empresas foram o valor que os serviços de CG agrega para ambos os casos, a satisfação dos clientes e a satisfação dos profissionais em contribuir com o a melhoria da gestão nas empresas.

Os principais fatores relacionados a dificuldade para a oferta e prestação dos serviços de contabilidade gerencial estão diretamente ligados a concorrência desleal, desvalorização do profissional de contabilidade, cultura pobre, falta de estrutura do escritório, funcionários capacitados, resistência por parte dos clientes em aderir o serviço e pagar o que ele vale.

Em se tratando dos serviços de apoio a gestão mais procurado nos escritórios destaca o planejamento tributário, pelo menos um escritório de cada um dos grupos responderam planejamento tributário, durante o decorrer da entrevista os contadores sempre mencionaram o receio do aumento de impostos por parte de seus clientes, muitos não enviam os documentos como extrato bancários, notas de compras exclusivamente por medo de aumentar os impostos a pagar. Percebe-se também que há procura por auxílio no controle dos estoques, gestão de pessoas, na gestão financeira como um todo.

Diretamente relacionado com o que foi demonstrado sobre as principais dificuldades para a oferta e prestação dos serviços de contabilidade gerencial, percebeu-se que as principais causas atribuídas para situações onde não há interesse pela contabilidade gerencial, em destaque, aparece a falta de informação em relação ao custo-benefício do serviço de CG, o perfil dos clientes, pois, trata-se de empresários conservadores e com grande resistência em aderir ao novo. Os pesquisados relataram também a dificuldade em prestar os serviços de CG não só pela falta de demanda e de valorização mas também por se tratar de uma contabilidade externa. Alguns dos escritórios disseram que não oferecem aos seus clientes o serviço de CG, porque através da documentação que recebem é impossível, pois a realidade da empresa não é demonstrada, consideram que um serviço de CG eficiente só pode ser realizado em ambiente interno da empresa.

5. CONCLUSÃO

A Pesquisa em questão trouxe a tona um tema extremamente relevante para o mercado atual: a utilização e a importância da contabilidade gerencial aos olhos dos profissionais de contabilidade atuantes nos escritórios da cidade de Curvelo

O principal objetivo desta pesquisa foi analisar como o serviço de contabilidade gerencial é conduzido, pelos escritórios de contabilidade de Curvelo/MG. O referido objetivo é norteado pelos objetivos específicos que buscam identificar a percepção dos responsáveis pelos escritórios sobre as contribuições da contabilidade gerencial no processo de gestão das empresas, avaliar como é feito o processo de apuração das informações gerenciais pelos escritórios, verificar como as informações contábil-gerenciais são apresentadas aos clientes; e analisar os pontos fortes e pontos fracos encontrados pelos contabilistas na oferta do serviço de contabilidade gerencial.

Diante da análise dos serviços de contabilidade gerencial realizados nos escritórios, conclui-se que apenas o grupo 4 composto pelo ESC 9 e ESC 10 possuem um serviço estruturado de CG e realizam este serviço para seus clientes, sendo o único grupo que permite efetivamente um análise. O ESC 9 realiza este serviço para uma pequena parte representada por 12 de seus clientes e o ESC 10 para todos os seus clientes que são 38 no total.

O grupo 1 não oferece os serviços de CG, demonstraram certa resistência ao assunto o que evidenciou a falta de conhecimento sobre a área de contabilidade gerencial. O grupo 2 fornecem apenas relatórios gerenciais para as empresas do lucro real de forma bastante sucinta sem análises e sem acompanhamento. E o grupo 3 fornecem orientações gerenciais de acordo com a necessidade de cada cliente porém não possuem em seu pacote de serviços a CG inclusa.

Para um bom gerenciamento é fundamental que as empresas realizam um acompanhamento de suas demonstrações contábeis, a fim de identificar possíveis correções e melhorias, para isso é necessário informações gerenciais embasadas e estruturadas, e um relacionamento próximo com a contabilidade, atendendo o objetivo 3 que é verificar como as informações contábil-gerenciais são apresentadas aos clientes; pode-se concluir que as informações gerenciais nem sempre são apresentadas aos clientes pelo grupo 1, quando são apresentadas é através de balancetes, os grupos 2 e 3 realizam reunião esporadicamente quando julgam necessários, não possuem um contato próximo com seus clientes, o grupo 4 disse ter um contato próximo com reuniões regulares, e acompanhamento contínuo

Sobre a contribuição da CG no processo da gestão pela percepção dos escritórios foi identificado que a maioria teve clareza na resposta, reconhecem a importância do serviço para os clientes, sabem realizar o trabalho, no entanto não possuem demanda para a prestação desse

serviço, os principais motivos do desinteresse por parte dos clientes segundo os entrevistados é a falta de conhecimento sobre a importância do trabalho, e sobre o custo benefício do mesmo, por se tratar de uma cidade do interior, muitos dos pequenos empresários ainda tem um visão pequena em relação a melhoria na gestão, a cultura da cidade também não favorece.

O processo de apuração das informações gerenciais em quase todos os escritórios apresentaram deficiências, não em relação a mão de obra do contador, mas no recebimento da documentação da empresa em tempo hábil, e também no fato de que muitas das empresas não enviam toda a documentação dificultando o trabalho do profissional de contabilidade. De acordo com os respondentes são poucas as empresas que possuem sistemas integrados limitando assim o trabalho do contador. O grupo 4 demonstrou vantagem sobre o assunto pois conhecem bem a realidade da rotina empresarial de seus clientes, possuem um contato próximo, e auxiliam de fato na gestão, conseguem ver o resultado do trabalho de CG ofertado por eles, proporcionando melhorias aos seus clientes.

Os escritórios que não oferecem o serviço de CG destacaram como ponto fraco na oferta dos serviços de CG o desinteresse, desvalorização e a resistência de se abrir para o novo por parte de seus clientes, mesmo não realizando o trabalho para os clientes, destacaram que os pontos fortes estão diretamente ligados com a proximidade do contador com a empresa, da possibilidade de auxiliar na tomada de decisão, de fornecer dados precisos e confiáveis, de interpretar informações que muitas vezes os empresários por não possuir conhecimento na área, desconhecem e não utilizam de maneira correta. Os escritórios que realizam a CG consideram que os pontos fortes estão relacionados com o valores agregados, um serviço de CG bem feito só pode ter como consequência uma gestão empresarial mais eficiente e satisfatória, como pontos negativos destacaram apenas a desvalorização de um trabalho tão importante.

REFERÊNCIAS

ALVES, Revson Vasconcelos. **Contabilidade Gerencial: Livro textos com exemplos, estudos de caso e atividades práticas.** 1 ed. São Paulo: Atlas: 2013.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalho na graduação.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARCELOS, Roberta. **Metodologia da pesquisa.** Niterói: Rio de Janeiro, 2010.

BORGES, Humberto Bonavides. **Planejamento tributário: IPI, ICMS, ISS e IR** Ed.11. São Paulo: Atlas, 2011.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Contabilidade gerencial teoria e prática.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HENDRIKSEN, Eldo S.; BREDÁ, Michael F. Van. **Teoria da contabilidade**. 5 ed São Paulo: Atlas SA, 2015.

HOJI, Masakazu. **Administração Financeira: Uma Abordagem Prática: Matemática Financeira Aplicada, Estratégias Financeiras, Análise, Planejamento e Controle Financeiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas , 2001.

HERMES, Gabriel. **O Bacharel em Ciências Contábeis**. Brasília: Senado Federal Centro Gráfico, 1986.

HORNGREN, Charles T; SUNDEM, Gary L; STRATON, Willian O. T; PEREIRA, Elias. **Contabilidade Gerencial**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

IUDICIBUS, Sergio de. **Contabilidade Gerencial**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IUDICIBUS, Sergio de. **Teoria da Contabilidade**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**. São Paulo: Pioneira, 1997.

MALHOTRA, Naresh. **Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada**. Tradução Laura Bocco. 4ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa: Planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**: 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARION, Jose Carlos; RIBEIRO, Osni moura. **Introdução à contabilidade gerencial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARION, José Carlos. **Análise das Demonstrações Contábeis: Contabilidade Empresarial**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARION, Jose Carlos. **Contabilidade básica**. 6 ed São Paulo: Atlas, 1998.

MARION, José Carlos. **Contabilidade empresarial**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PADOVESE, Clóvis Luís. **Contabilidade Gerencial**. 1 ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

PADOVEZE, Clóvis Luís. **Contabilidade Gerencial: um enfoque em sistema de informação contábil**. 6. ed São Paulo: Atlas, 2009.

PADOVEZE, Clóvis Luís. **Sistema de Informações Contábeis: fundamentos e análise**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PELEIAS, Ivam Ricardo; BACCI, João. **Pequena cronologia do desenvolvimento contábil no Brasil: Os primeiros pensadores, a padronização contábil e os congressos brasileiros de contabilidade**. Disponível em: <http://www.fecapbr/adm_online/art0503/art5034pdf> Acesso em: 21/11/2018.

PIZZOALATO, Nélio Domingues. **Introdução à contabilidade Gerencial**. 5. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

ROESCH, Sylvia Maria Azevedo. **Projetos de estágio e de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

SÁ, Antônio Lopes de. **Teoria da Contabilidade**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SÁ, Carlos Alexandre. **Orçamento Empresarial: novas técnicas de elaboração e de acompanhamento**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VICECONTI, Paulo Eduardo Vilchez; NEVES, Silvério das. **Contabilidade de Custos: um enfoque direto e objetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Pereira, Wagner Conceição e Silva, Emídio Pacifico. **Planejamento Tributário: um estudo de caso na empresa New Decor Artes e Decorações Ltda – Me**. Espirito Santo: 2014.

ZALUNCA, Júlio César. **O contabilista e o Planejamento Tributário**. 2010. Disponível em: <<http://www.portaldecontabilidadecombr/tematicas/planejamentofiscalhtm>> Acesso: 20 Mai 2014

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARION, José Carlos; RIBEIRO, Osni Moura. **Introdução à contabilidade gerencial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Sistemas de Informações Gerenciais: Estratégicas – Táticas – Operacionais**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GITMAN, LAWRENCE J. **Princípios de Administração Financeira**. São Paulo: Harbra Ltda, 2002.

**O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: CONCEITO,
CARACTERÍSTICAS E TIPOS DE ASSÉDIO MORAL.**
MORAL HARASSMENT IN WORK RELATIONSHIPS: CONCEPT,
CHARACTERISTICS AND TYPES OF MORAL HARASSMENT.

Lucas Uanderson de Oliveira³

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho⁴

RESUMO

O presente artigo intenta realizar uma pesquisa no tema Assédio Moral nas Relações de Trabalho, que é caracterizado pela violação reiterada e duradoura da dignidade e honra dos

³ Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. Especialização em Advocacia Trabalhista pela Verbo Jurídico. Advogado.

⁴ Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidad de Buenos Aires – UBA. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade. Pós-graduação em Direito Ambiental. Pós-graduação em Estudos de Impacto e Licenciamento Ambiental. Professora na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo - FAC. Advogada. E-mail: marianaadalberto@hotmail.com.

trabalhadores dentro das relações trabalhistas particulares. Diante das atuais exigências do mercado econômico, acaba existindo uma relação de trabalho em um ambiente onde é buscado lucro a qualquer custo, mais trabalho em menos tempo e em melhor qualidade, gerando competitividade e exigências excessivas. Isso leva ao assédio moral, com uma exploração dos trabalhadores e violação de seus direitos, o que torna o presente tema de suma relevância, principalmente, devido à carência de legislação acerca do Tema. A partir de tal pesquisa, utilizando referências bibliográficas, com enfoque nas obras de Marie France Hirigoyen e Margarida Barreto será realizada uma análise dos dados encontrados sobre o tema proposto, o que leva a acontecer, como ocorre, quem são os envolvidos quais os tipos de assédio moral verificados no ambiente de trabalho.

Palavras-chave: assédio moral; relações de trabalho; dano psicológico.

ABSTRACT

The present article intends to carry out a research on the theme Moral Harassment in Labor Relations, which is characterized by the repeated and lasting violation of the dignity and honor of workers within private labor relations. In view of the current demands of the economic market, there is a working relationship in an environment where profit is sought at any cost, more work in less time and in better quality, generating competition and excessive demands. This leads to moral harassment, with an exploitation of workers and violation of their rights, which makes the present topic of paramount importance, mainly due to the lack of legislation on the theme. Based on such research, using bibliographic references, focusing on the works of Marie France Hirigoyen and Margarida Barreto, an analysis of the data found on the proposed theme will be carried out, which leads to what happens, who is involved, what types of moral harassment in the workplace.

Keywords: bullying; work relationships; psychological damage.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar sobre o tema Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. Tal assédio se trata de uma conduta abusiva, desde atitudes, comportamentos, palavras, gestos, que ocorrem de forma sistemática, repetitiva e vem a atentar contra a dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa.

Esses atos afetam a vítima, prejudicando-a no emprego e, podendo inclusive, ter efeitos em sua vida pessoal e social, desestabilizando ainda, o ambiente de trabalho, trazendo prejuízos para a empresa e a sociedade.

O assédio moral viola direitos fundamentais previstos na Constituição, como o princípio da dignidade humana, direito à saúde, à honra. Além de dilapidar as relações de trabalho, prejudicar a vida de pessoas, causando prejuízos enormes, devendo ser coibido, punido e a vítima devidamente reparada, destarte, necessário se faz a existência de meios eficientes de combate.

O trabalho será elaborado visando apresentar, partindo do ponto de vista do Direito do Trabalho, como se dá a ocorrência de tal mal no ambiente de trabalho privado, além de, diante de sua grande presença ainda atualmente, quais são as características das vítimas, dos agressores e quais são os tipos de assédio moral verificados no ambiente de trabalho.

Para isso, será realizado um estudo bibliográfico, tendo como referencial teórico, trabalhos de autoras renomadas como Margarida Maria Silveira Barreto e Marie-France Hirigoyen, além de jurisprudências e outras fontes, como livros e internet.

Nesse artigo será tratado dos aspectos conceituais do Assédio Moral de forma mais ampla, expondo dados a respeito de sua evolução histórica, seguido da conceituação do termo Assédio Moral, posteriormente serão apresentadas as partes, quem são as possíveis vítimas e agressores.

Em seguida abordar-se-á sobre as principais consequências do assédio moral e quais são os tipos de assédio verificados num ambiente de trabalho, analisando o conceito e aplicabilidade de cada tipo.

2. DO ASSÉDIO MORAL

Apesar de ser um tema muito antigo, o Assédio Moral tem aumentado e ganhado mais destaque nos últimos anos, com a intensificação da necessidade de mais trabalho, com mais qualidade e em menos tempo.

Essa exigência tem criado um ambiente laboral que exige cada vez mais de seus trabalhadores, um ambiente competitivo e propício a estresse e desestabilidades emocionais, onde uma linha tênue separa o bom ambiente de trabalho do desequilibrado, podendo ocorrer neste último, a violação a direitos constitucionais do trabalhador.

Esse ambiente de trabalho existente hoje, afeta a vida do trabalhador, fazendo com que ele busque se dedicar cada vez mais para ter e se manter no emprego, mais ainda se quiser alcançar o crescimento e sucesso na carreira, buscando sempre melhorar seu desempenho, mais eficiência técnica, se tornando mais competitivo e, com isso, pode acabar tornando-se agressivo.

Nesse cenário surge o Assédio Moral, que advém do desequilíbrio do ambiente de trabalho, da desestabilidade emocional, onde, devido a essa exigência, um acaba agredindo o

outro, seja verbal ou fisicamente e causando consequências graves para a vítima, para o ambiente de trabalho, para a empresa e consequentemente, para a economia.

Nesse sentido, Cláudio Armando Couce de Menezes (2003) aduz que “Há, evidentemente, a perversidade do ser humano. O homem como lobo do homem é sentença por demais conhecida. É, por isso, provavelmente, desde os primórdios do trabalho já experimentava o assédio moral.”.

Em várias regiões do mundo esse assunto tem sido tratado e muitos países já se posicionaram legalmente a respeito. É um tema de grande relevância, portanto e, sobre isso, temos o que diz Maria Aparecida Alkimin (2007, p. 272):

Na verdade, a violência nas relações de trabalho sempre existiu, para exemplificar basta nos reportarmos ao trabalho escravo; entretanto, é inconcebível que no Estado Democrático de Direito, o qual tem a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, além de uma gama de direitos e garantias individuais, ao lado dos direitos sociais, seja a violência, nas suas diversas formas de manifestação, uma prática constante nas relações de trabalho, que desestabiliza o meio ambiente do trabalho e subtrai o livre exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Observem-se também as palavras relevantes de Hádassa Ferreira (2004, p. 37):

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida.

De fato é um tema relevante e, importante se faz conhecê-lo, para isso deve-se inicialmente, observar sua evolução histórica.

2.1 Da Evolução Histórica do Assédio Moral

O assédio moral é algo tão antigo quanto as próprias relações trabalhistas, podemos constatar tratamentos típicos do assédio na escravidão, contra os escravos, na idade média, pelo clero e nobreza contra os trabalhadores, no período da industrialização, na maneira com eram tratados os operários.

Porém, antes de chegar aos ramos da psicologia e do direito, estudos a seu respeito tiveram origem na biologia, pelo etologista Konrad Lorenz, que estudou as reações de grupos

de animais pequenos ao terem seres estranhos introduzidos em seu território, reação esta que ele nomeou de *mobbing*. Esses se mostraram agressivos em relação ao invasor, apresentando atos intimatórios e repulsivos objetivando expulsá-lo, principalmente quando o invasor era maior, quando oferecia mais ameaça (LIMA; SOUZA, 2015).

Mais tarde, por volta dos anos 60, o sueco Peter Paul Heinemann, médico, realizou um pesquisa similar, desta vez foi observada a reação de um grupo de crianças, introduzindo uma criança estranha em seu ambiente escolar, os resultados encontrados foram também similares, pois essas crianças se comportaram de maneira análoga aos animais. (HIRIGOYEN, 2015, p. 76).

Tais pesquisas foram importantes, ganharam destaque e com isso, outros começaram a pesquisar e estudar sobre o assunto, quando, em meados de 1980, o alemão Heinz Leymann, psicólogo, após pesquisas e análises dos resultados, constatou semelhança nesse comportamento e no assédio moral no trabalho, atribuindo então a essa violência o nome *mobbing*. (HIRIGOYEN, 2015, p. 77).

O assédio moral então começou a se tornar conhecido em outras regiões do mundo, mas, diante das diferenças culturais e sociais do mundo, houve necessidade de atribuir nomenclatura diferente ao termo, de se definir e expor o tema, em cada região conforme o contexto social e cultural, então, em 1998, a francesa, autoridade no tema, Marie France Hirigoyen publicou o livro *Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano*, tratando sobre o assunto, e denominando o como assédio moral. Este teve grande repercussão, trazendo uma atenção especial ao problema. Assim como ela mesma dispôs na introdução de seu segundo livro:

Ignorado na França até a publicação de meu livro precedente, o assédio moral no trabalho tornou-se, há dois anos, uma forte preocupação social. Pessoas assediadas, que, até então, sofriam em silêncio, readquiriram a esperança; ousam agora se expressar e denunciar as práticas abusivas de que são vítimas. Novas reivindicações deram origem a numerosos movimentos sociais importantes, pois os trabalhadores passaram a não mais aceitar ofensas e comportamentos que ofendam sua dignidade. Eles exigem ser respeitados. (HIRIGOYEN, 2015)

Seu livro teve grande repercussão, expôs de fato esse fenômeno social, despertou a atenção da mídia, que divulgou casos de assédio, de vários profissionais, dentre eles, juristas, médicos do trabalho e psicólogos, que se juntaram e formaram associações objetivando ajudar as vítimas, fizeram seminários, debates, alarmou governos quanto ao problema, levando alguns a, inclusive, tomarem providências. Além de dar coragem e conscientizar aqueles que presenciaram a violência e as próprias vítimas. (HIRIGOYEN, 2015, p.10)

Com isso, ela passou a receber muitas mensagens relatando casos, denunciando, recebeu apoio e mensagens de profissionais e especialistas, dando a ela novos dados, experiências, ainda mais conhecimento sobre o tema (HIRIGOYEN, 2015, p.10). A autora, então, redigiu outro livro, *Mal Estar no Ambiente de Trabalho*, em 2001. Esse seu novo livro buscou redefinir o seu pensamento sobre o tema, trazendo todas as novas informações, dados, números, reforçando sua relevância e apresentando possíveis ações contra esse mal.

Esse tema tem ganhado espaço, porém há muito a se fazer para que o tema seja reconhecido com o devido valor, e para tanto, necessário se faz, inicialmente, que ele seja bem conhecido e entendido.

2.2 Do Conceito

O Assédio Moral pode ocorrer de várias formas no ambiente de trabalho, por meio de inúmeras atitudes diferentes, como será demonstrado adiante. O dicionário Jurídico Acquaviva (ACQUAVIVA, 2009, p. 110) apresenta o seguinte conceito para o tema:

Abuso de direito – ato ilícito, portanto- cometido pelo empregador ou preposto deste, consistente em humilhar o empregado, submetendo-o a situações vexatórias e injustas, ou lhe impondo tarefas de impossível realização. Caracteriza o assédio, também, obrigar o empregado a praticar ato, ou deixar de praticá-lo, ao arrepio do contrato de trabalho.

Vários estudiosos já trataram do assunto e lhe atribuíram conceitos, um dos primeiros a tratar do assunto e de maneira mais aprofundada, foi Heinz Leymann, que se referia ao tema como *mobbing* e o definiu como:

A deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega (s) desenvolvem (m) contra um indivíduo que apresenta como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura. (MENEZES, 2002, p.190).

Posteriormente, a grande estudiosa, Marie-France Hirigoyen, em seu livro *Assédio Moral – A Violência Perversa no Cotidiano* lhe atribuiu o conceito:

[...] toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2000, p. 65).

Em seu segundo livro, buscou redefinir seu conceito, dispondo que:

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (HIRIGOYEN, 2015, p. 17).

Podem-se perceber pontos semelhantes e de grande importância na formação do conceito atual de assédio moral. Nesse sentido, trouxe o site Assédio Moral, que é um site de apoio no combate ao Assédio no Brasil, coordenado e mantido por vários profissionais, dentre eles a autora Margarida Barreto, interpretando que o assédio moral:

É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.⁵

Como complemento, insta salientar o que ilustra o desembargador Cláudio Armando Couce:

Assim, a preferência pela comunicação não verbal (suspiros, erguer de ombros, olhares de desprezo, silêncio, ignorar a existência do agente passivo), ou pela fofoca, zombaria, ironias e sarcasmos, de mais fácil negação em caso de reação. (“Foi só uma brincadeira”, “não é nada disso, você entendeu mal”, “a senhora está vendo e/ou ouvindo coisas”, “isso é paranoia sua”, “ela é louca”, “não fiz nada demais, ela (ele) é que era muito sensível”, são alegações típicas de quem se vê denunciado nesses casos.

Todavia, o assédio também tem lugar através de procedimentos mais concretos, como: rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, isolamento, inatividade forçada, ameaças, exploração de fragilidades psíquicas e físicas, limitação ou coibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador, obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas, exposição a ridículo (impor a utilização de fantasia, sem que isso guarde qualquer relação com sua função; inclusão no rol de empregados de menor produtividade); divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta e/ou pública...(MENEZES, 2002, p.191)

Com isso, pode-se perceber que, o Assédio Moral é um mal, uma conduta inadequada, um comportamento hostil, que ocorre intencionalmente por meio de gestos, palavras, atos, escritos, de maneira reiterada e prolongada no tempo causando danos diretos no trabalhador e indiretos em sua vida, danos esses físicos, psicológicos, sociais, degrada o ambiente de trabalho, isola a vítima, atenta contra sua dignidade humana.

⁵ <http://www.extraclassa.org.br/edicoes/2012/10/jornada-de-humilhacoes>.

Essa violência perversa surge a partir de uma recusa a alguém diferente, uma discriminação ao outro, por meio de uma rivalidade, um medo do potencial e eficiência do outro, devido à competitividade do mercado de trabalho. Então ataca-se por medo de que o outro possa ser melhor, por se sentir ameaçado. Busca-se eliminar o outro, tirar aquilo que não se quer no grupo, o que não é bem-vindo. Tornou-se muito raro no cenário atual o sentimento de coletividade, de trabalho em equipe hoje, reina o individualismo.

Qualquer um pode acabar sendo vítima desse ataque, na busca de eliminar aquele que não querem por perto, os agressores utilizam o assédio moral, que afeta a vítima. Os mais fracos ou temporariamente fracos por alguma situação temporária que está lhe afetando, acabam não resistindo e sendo abalados mais rapidamente, os mais fortes podem resistir mais tempo, mas os agressores sempre buscam encontrar um modo para afetá-los, levando-os desistirem em certo momento.

Estudos realizados pela autora Hirigoyen (2005, p.81), apontam que o tema existe em várias partes do mundo e é denominado de maneiras diferentes, como *Mobbing*, *Bullying*, *Harassment*, *Whistleblowers*, *Ijime*, conforme o contexto cultural e social, conforme podemos ver a seguir os principais:

- o termo *mobbing* relaciona-se mais a perseguições coletivas ou à violência ligada à organização, incluindo desvios que podem acabar em violência física;
- o termo *bullying*: é mais amplo que o termo *mobbing*. Vai de chacotas a isolamento até condutas abusivas com conotações sexuais ou agressões físicas. Refere-se mais às ofensas individuais do que à violência organizacional;
- o assédio moral diz respeito a agressões mais sutis e, portanto, mais difíceis de caracterizar e provar, qualquer que seja a procedência. (HIRIGOYEN, 2015, p. 85)

Apesar das diferentes denominações, o problema é o mesmo, é uma violência perversa, um mal, causado por agressores com mesmas características e com vítimas com os mesmos perfis, causando os mesmos e graves danos, como veremos adiante.

2.3 Das Partes no Assédio Moral e Consequências

Aqui serão expostos os possíveis perfis das vítimas e dos agressores, quais são as características, o que leva a agredir e quem são os escolhidos como vítimas, além de elucidar os danos diretos e indiretos causados pela execução de tais atos perversos.

2.3.1 Caracterização da Vítima e do Agressor

Qualquer um pode ser vítima do assédio moral, tendo uma tendência maior a serem pessoas mais fracas psicologicamente ou que estão passando por um momento de fraqueza, por estarem passando por algum problema temporário, alguma dificuldade, não tendo então, como regra que só pessoas frágeis estão sujeitas a tal mal. Pessoas que se demonstram fortes, eficientes, dispostas, podem também serem vítimas. (HIRIGOYEN, 2015, p. 219)

O assédio moral encontra-se intimamente ligado à discriminação, há a recusa a uma diferença ou particularidade do outro. Alguma característica desse novato ou mesmo de algum outro colega, pode desagradar alguém que ali já está e esta acabar sendo vítima desses ataques. Cabe ressaltar que esses devem ser repetitivos e duradouros, esse preconceito pode se dar por inúmeros motivos, como pela religião, cor, nacionalidade, orientação sexual, por serem representantes de funcionários ou sindicais, dentre outros tipos de preconceitos existentes. Sendo o preconceito algo inaceitável e, inclusive, tipificado como crime, não se pode dispensar ou pedir a dispensa do trabalhador por tal motivo, acaba ocorrendo então, o assédio moral. (HIRIGOYEN, 2015, p. 219)

Os idosos também podem ser vítimas, devido também, ao preconceito, com a presente atualização dos mecanismos utilizados nas relações comerciais, com a evolução constante da tecnologia, existe um pensamento que entende que os idosos não conseguem acompanhar tal evolução, tendendo a trocá-los por jovens, por acreditarem serem esses mais eficientes, competentes, ousados, e aqueles acabam sendo vítimas desses ataques maldosos que por fim se transformam em assédio moral.

Assim como há também um pensamento retrogrado em que a hierarquia está intimamente ligada à idade. Deste modo, pessoas tendem a não aceitar como seus superiores ou mesmo em cargos semelhantes de chefia, pessoas mais jovens, entendem como humilhação e isso pode fazer desses jovens vítimas do assédio.

Pode ocorrer de a vítima ser alguém que se mostre forte, eficiente, dedicado ou que tenha talento, e, com isso, venha a oferecer algum risco ou ameaça a alguém que, de fato, seja ou, se sinta inferior. Essa vítima, que pode ser um novato ou não, é atacada por meio do assédio moral, que é utilizado pelo agressor, por medo, ou inveja, entendendo ele ser necessário agir dessa forma para garantir seu lugar, objetivando se ver livre do outro. (HIRIGOYEN, 2015, p. 220)

Outro exemplo é o caso de afinidade, quando se tem afinidade com alguém dentro da empresa, e esse alguém é trocado, o substituto pode não agradar os que ficaram ou, como chefe,

também pode não agradar de alguém, e isso pode se transformar em uma perseguição, convertendo-se em assédio moral. (HIRIGOYEN, 2015, p. 223)

Em todos os exemplos, tem-se possíveis vítimas de assédio moral, entretanto, existem muitas outras possibilidades relacionadas a estas. As possíveis vítimas são aquelas que, alguém na empresa, seja colega, seja superior ou subordinado, não quer no mesmo ambiente de trabalho, devido a ter algo contra. Então, passa a cometer o assédio moral para se ver livre da pessoa, expulsá-la dali.

Não há um rol taxativo de quem pode ser vítima, existem situações em que se está mais propenso a tornar-se vítima, ninguém está livre de ser uma, mas, há situações em que a pessoa é mais forte para resistir e eliminar a situação sem sofrer graves danos. Sobre isso, Heinz Leymann cita alguns fatores que dão essa força para o empregado vítima, dentre eles a autoconfiança, o apoio familiar, de amigos, existência de um apoio dentro da própria empresa, de médicos do trabalho ou representantes dos trabalhadores. (HIRIGOYEN, 2015, p. 237)

Nesse mesmo sentido, pode-se perceber que não há um rol taxativo de quem são os agressores, esses podem ser colegas de serviço, podem ser chefes, podem ser subordinados, o agressor é aquele que, por algum motivo, preconceito, medo, inveja, ataca o outro de maneira repetitiva e duradoura, com o objetivo de lhe fazer mal, intencionalmente.

A agressão pode advir de superiores, além de motivos já relacionados anteriormente. Pode partir de chefes fracos, que tem alguma dificuldade, insegurança, dificuldade de dar ordens, de gerir, ataca aquele por quem se sente ameaçado, que oferece risco ao seu segredo, então ataca objetivando defender-se, por medo.

Pode acontecer também, pelo chefe ter esses problemas, ele ataca por não saber como lidar com funcionários, então não sabe com deve tratá-los, como se comunicar, como dar ordens, como gerir, e o fazem de modo exagerado, humilhantes, com excesso de rigor, colocando para trabalhar em locais sem condições adequadas, provações, de forma a caracterizar o assédio moral.

Outras vezes, o chefe quer demitir o funcionário por algum motivo, mas esse tem alguma garantia de emprego ou estabilidade, e isso o impede, então, utiliza desses artifícios hostis para alcançar seus objetivos.

Margarida Barreto, em entrevista dada à Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP), expõe que, o assédio moral é quase que, na totalidade das vezes, praticado por superiores hierárquicos, sendo praticado também por colegas, por subordinados e às vezes por chefe e colegas, de maneira coletiva.

O *site* Assédio Moral⁶, lista os atos que compõem a estratégia utilizada pelo agressor:

Escolher a vítima e isolar do grupo.
Impedir de se expressar e não explicar o porquê.
Fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar em frente aos pares.
Culpabilizar/responsabilizar publicamente, podendo os comentários de sua incapacidade invadir, inclusive, o espaço familiar.
Desestabilizar emocional e profissionalmente. A vítima gradativamente vai perdendo simultaneamente sua autoconfiança e o interesse pelo trabalho.
Destruir a vítima (desencadeamento ou agravamento de doenças pré-existentes). A destruição da vítima engloba vigilância acentuada e constante. A vítima se isola da família e amigos, passando muitas vezes a usar drogas, principalmente o álcool.
Livrar-se da vítima que são forçados/as a pedir demissão ou são demitidos/as, frequentemente, por insubordinação.
Impor ao coletivo sua autoridade para aumentar a produtividade.

O assédio, quando tem como agressor os colegas de trabalho, geralmente ocorre pelo preconceito, inveja, por se sentirem ameaçados, por acharem que o outro é melhor, que lhe “fazem sombra”, e então querem se ver livres deste. Há casos em que, os funcionários seguem um padrão, um costume dentro da empresa, possuem um ritmo de trabalho, atuam de alguma maneira incondizentes com os preceitos legais da empresa, e quando o novato não quer fazer parte ou compactuar com esse modo de agir, acaba sofrendo assédio por parte do grupo.

Deste modo, pode ocorrer por parte dos chefes que se veem pressionados a tomar atitudes ou agir de maneira diferente por um novo funcionário que tem seus valores, segue as regras, que são eficientes e o chefe não tem o hábito de agir dessa maneira integralmente correta e com muita eficiência. Até mesmo por subordinados, que não estão acostumados com certo ritmo de serviço, e diante da troca de chefia, seja por chegada de um melhor ou pior, que atuem de modo contrário ao costume ali criado, pode causar um conflito, levando os subordinados a assediar esse chefe.

Ou seja, aqueles que veem alguém estranho em seu ambiente de trabalho e ainda querendo mudar a rotina do grupo, quando insatisfeitos com essa mudança, tendem a reagir de maneira agressiva, de modo que, quando atacados por alguém maior, mais forte, se juntam, quando mais forte, age sozinho, daí a tendência a atacar os mais fracos, mais fácil se ver livre deles.

Tem-se algumas características que definem o assédio, como se pode observar nas palavras de Barreto (2002), que qualifica os assediadores:

⁶ <http://assediomoral.com.br/>

Profeta: acredita que sua missão é demitir sem critérios. Para ele demitir é uma "grande realização". Humilha com cautela, reserva e elegância.

Pit-bull: violento e agressivo, sente prazer em humilhar os subordinados, chegando a ser perverso no que fala e em suas ações.

Troglodita: julga-se sempre ter razão. Implanta regras sem que ninguém seja consultado e os subordinados devem sempre obedecer sem reclamar. É uma pessoa brusca.

Tigrão: possui atitudes grosseiras e quase sempre necessita de público para conferi-las, pois assim sente-se respeitado. Quer ser temido para esconder sua incapacidade.

Mala – babão: controla os subordinados com "mão de ferro" por meio do controle e fiscalização acirrada, pois dessa forma pensa que será reconhecido pelo patrão.

Grande Irmão: finge ser amigo dos trabalhadores, se envolve com os problemas particulares de cada um, para que na primeira oportunidade usar destes para assediá-los.

Garganta: não conhece bem suas funções e vive contando vantagens, não admitindo que seus subordinados saibam mais que ele.

Tasea ("tá se achando"): não sabe como agir em relação às demandas de seus superiores; é confuso e inseguro. Não tem clareza de seus objetivos e dá ordens contraditórias. Apresenta-se para receber elogios dos superiores, entretanto, em situação inversa, responsabiliza os subordinados pela "incompetência".

Hirigoyen (2015, p. 108), traz uma lista contendo as atitudes hostis que podem se converter em assédio moral, desde que, ocorram de maneira intencional, repetida e de forma duradoura:

1) Deterioração proposital das condições de trabalho

Retirar da vítima a autonomia.

Não lhe transmitir mais as informações úteis para realização de tarefas.

Contestar sistematicamente todas as suas decisões.

Criticar seu trabalho de forma injusta ou exagerada.

Privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador...

Retirar o trabalho que normalmente lhe compete.

Dar-lhe permanentemente novas tarefas.

Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas inferiores às suas competências.

Pressioná-la para que não faça valer seus direitos (férias, horários, prêmios).

Agir de modo a impedir que obtenha promoção.

Atribuir à vítima, contra a vontade dela, trabalhos perigosos.

Atribuir à vítima tarefas incompatíveis com sua saúde.

Causar danos em seu local de trabalho.

Dar-lhe deliberadamente instruções impossíveis de executar.

Não levar em conta recomendações de ordem médica indicadas pelo médico do trabalho.

Induzir a vítima ao erro.

2) Isolamento e recusa de comunicação

A vítima é interrompida constantemente.

Superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima.

A comunicação com ela é unicamente por escrito.

Recusam todo contato com ela, mesmo visual.

É posta separada dos outros.

Ignoram sua presença, dirigindo-se apenas aos outros.

Proíbem os colegas de lhe falar.

Já não a deixam falar com ninguém.

A direção recusa qualquer pedido de entrevista.

3) Atentado contra a dignidade

Utilizam insinuações desdenhosas para qualifica-la.

Fazem gestos de desprezo diante dela (suspiros, olhares desdenhosos, levantar de ombros...).

É desacreditada diante dos colegas, superiores ou subordinados.

Espalham rumores a seu respeito.
Atribuem-lhe problemas psicológicos (dizem que é doente mental).
Zombam de suas deficiências físicas ou de seu aspecto físico; é imitada ou caricaturada.
Criticom sua vida privada.
Zombam de suas origens ou de sua nacionalidade.
Implicam com suas crenças religiosas ou convicções políticas.
Atribuem-lhe tarefas humilhantes.
É injuriada com termos obscenos ou degradantes.
4) violência verbal, física ou sexual.
Ameaças de violência física.
Agridem-na fisicamente, mesmo que de leve, é empurrada, fecham-lhe a porta na cara.
Falam com ela aos gritos.
Invadem sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas.
Seguem-na na rua, é espionada diante do domicílio.
Fazem estragos em seu automóvel.
É assediada ou agredida sexualmente (gestos ou propostas).
Não levam em conta seus problemas de saúde.

Independentes do sujeito de onde venha a agressão, ou de quem seja a vítima, ocorrem danos, há a violação de direitos constitucionais da vítima e podem ocorrer danos graves, que podem gerar, inclusive, o óbito da mesma.

2.3.2 Das Consequências do Assédio Moral no Ambiente de Trabalho

O assédio moral expõe a vítima a humilhações e vergonhas de maneiras repetitivas, duradouras, visam a destruir a vítima, quanto mais tempo dura, piores são os danos causados. Essa violência ataca de maneira direta a integridade física e moral dos trabalhadores, o que é uma prática inaceitável.

No início a vítima pensa que o que está sentindo é efeito do estresse enfrentado no trabalho, fica ansiosa com suas obrigações, por se sentir pressionada, pelo medo de mais humilhação e repressão. Junto a isso há um sentimento de fracasso, de falha, impotência, de não estar correspondendo às expectativas, a pessoa se culpa, quando na verdade, não é a verdadeira culpada, porém, demora a perceber isso. Se constatado o assédio nesse momento, logo no início, e houver um afastamento da vítima daquele que lhe faz mal, pode-se conseguir ainda a sua recuperação de maneira mais rápida, ou também pode-se conseguir tal recuperação por meio do reconhecimento de erro do agressor e consequente pedido de desculpas. (HIRIGOYEN, 2015. p.159)

Essa longa exposição afeta o estado psicológico da vítima, ela fica desequilibrada, sem saber o que fazer, trabalhando em extrema pressão e exigindo muito de si mesmo. Então sente-se desiludida, humilhada, abatida, há um esgotamento físico e emocional, podendo se converter em uma depressão. Um ponto importante aqui existente é que, na maioria dos casos, a vítima tende a esconder os sintomas dos outros, até mesmo do médico, e isso é um problema, pois, por se sentir culpada e ter vergonha de compartilhar essa situação, se isola e acaba buscando o suicídio como forma de solucionar o problema. (HIRIGOYEN, 2015. p.159)

Isso pode ocorrer em virtude dos distúrbios psíquicos causados, pela perda de confiança em si mesmo, pela falta de autoestima, desânimo, vergonha, estresse pós-traumático, medo, isolamento, o que pode acabar mudando a própria personalidade da vítima, causando um trauma na pessoa, que passa a conviver com isso em seu íntimo, gerando uma cicatriz psicológica, o que causa dificuldades para a pessoa lidar com situações semelhantes. (HIRIGOYEN, 2015. p.159)

Tais transtornos afetam a vida da pessoa, pelo estresse ela acaba descontando em pessoas mais próximas, tornando o ambiente familiar tenso, seja com filhos, marido, pais, irmãos, amigos, fica sem paciência, cansada, sem disposição, sem vontade de fazer as coisas, não dorme direito. Pode afastar pessoas próximas, pois se sente sem humor e ânimo para fazer algo, sente vergonha de falar sobre o assunto, então evita diálogos. O trabalhador pode acabar não conseguindo outro emprego, devido a essa sequela, acha que não tem capacitação para trabalhar, não é eficiente, competente, tem medo do fracasso. (HIRIGOYEN, 2015. p.165)

Essa violência pode remeter a vítima a um problema do passado, alguma violência que sofria no passado pode vir à tona em sua mente, e a violência atual juntamente com essa lembrança a afetam de uma maneira devastadora. Todos esses transtornos psicológicos e psíquicos, aos quais a vítima está sujeita podem se transformar em problemas físicos, ou pode ocorrer de forma reversa, quando ocorrem inicialmente problemas físicos, advindos do assédio moral, podem se transformar em psíquicos e psicológicos. (HIRIGOYEN, 2015. p.165)

Pode-se então, citar aqui, os distúrbios psicossomáticos, que são graves e se expressam por meio de problemas físicos. Esses distúrbios são causados por algum fator que causa um transtorno psíquico na vítima, como estresse, por exemplo, e esse transtorno é expresso pelo corpo por meio de problemas físicos, como problemas digestivos, perdas ou ganho de peso, doenças de pele, crises de hipertensão, síndrome do pânico, até mesmo uma leucemia. A vítima ser exposta a certas condições, no caso em questão, ao assédio moral, pode causar alguma

dessas doenças ou mesmo, ocasionar a evolução de doenças já existentes. (HIRIGOYEN, 2015. p.160)

Importante citar o que dispõe a psicóloga Mariana Brantes (2012):

As emoções e sentimentos têm grande influência na desorganização física e influenciam diretamente o equilíbrio biológico do indivíduo. São os distúrbios físicos originados de algum fator psicológico. O sintoma psicossomático pode ser visto como algo que está na mente e transcende para o corpo.

Sobre isso, tem-se ainda, o que aduz o médico psiquiatra Ballone (2011):

A manifestação emocional somatizada não respeita a posição sociocultural do paciente, não guarda também relação com o nível intelectual, pois, como se sabe, a emoção é senhora e não serva da razão, *o único fator capaz de atenuar as queixas é a capacidade da pessoa de expressar melhor seus sentimentos verbalmente*, pois quanto maior a capacidade do indivíduo de referir seu mal-estar emocional através do discurso sobre o que sente, relatando sua angústia, sua frustração, depressão, falta de perspectiva, insegurança, negativismo, pessimismo, carência de carinho e coisas assim, menor será a chance de representar tudo isso através de palpitações, pontadas, dores, falta de ar, etc.

Portanto, constata-se que o assédio moral é uma violência que em muito prejudica o trabalhador, lhe afeta emocionalmente, fisicamente e socialmente. Reforçando tal informação, o *site Assédio Moral*⁷ expõe que:

A humilhação constitui um risco invisível, porém concreto nas relações de trabalho e a saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, revelando uma das formas mais poderosas de violência sutil nas relações organizacionais, sendo mais frequente com as mulheres e adoecidos. Sua reposição se realiza 'invisivelmente' nas práticas perversas e arrogantes das relações autoritárias na empresa e sociedade. A humilhação repetitiva e prolongada tornou-se prática costumeira no interior das empresas, onde predomina o menosprezo e indiferença pelo sofrimento dos trabalhadores/as, que mesmo adoecidos/as, continuam trabalhando.

Conforme pesquisas, expostas por Barreto (2000), que ratificam essas consequências, onde demonstrou que as mulheres são mais humilhadas que os homens, além de que as reações esboçadas por eles, também são diferentes.

As mulheres demonstram, na maioria das vezes, emoções como vontade de chorar, isolamento, ressentimento, ansiedade, cefaleia, mudanças em sua memória, insônia, pesadelos com o agressor, transtornos digestivos, náuseas, diminuição da libido, dores generalizadas, hipertensão arterial, medo ao avistar o agressor, passam a beber bebidas alcoólicas a fim de amenizar os problemas enfrentados, as lembranças, dentre outros.

⁷ <http://assediomoral.com.br/>

Já no caso dos homens, há uma maior sensação de fracasso e passam a pensar de maneira confusa e repetitiva, acabam se isolando, evitam falar sobre os fatos que estão passando ou passaram à sua família, ao médico, aos amigos, por vergonha, passam a utilizar drogas, ou aumentam seu consumo, principalmente de álcool, se sentem inúteis, incompetentes, fracassados, há maior incidência de depressão, precordialgia, hipertensão arterial, dores generalizadas, dispneia, isolamento, irritabilidade e suscetibilidade. Todos em algum momento tiveram pensamentos suicidas e 18,3% tentaram suicídio, revelando a dor masculina como desesperadora e devastadora.

Todos os problemas trazem consequências não só para a vítima, mas afeta de maneira considerável o ambiente de trabalho, tem um custo para a empresa, prejudicam o bom ambiente, prejudica o desempenho, mas isso será abordado de maneira mais aprofundada em momento posterior. Além de ter consequências também para a sociedade, pois isso gera processos judiciais, gera concessão de benefícios sociais, como auxílios doença, aposentadorias, necessidade de tratamento com médicos, reabilitação, tudo isso gera custo para o Estado e para a sociedade, além do que ninguém da sociedade está livre de que isso aconteça, com ele ou com algum membro da família ou amigo, ou mesmo em sua empresa, lhe gerando problemas.

Esse problema gera muitas e graves consequências, mas é importante entender quando essas consequências são causadas por assédio moral, em qual momento estamos diante de um assédio moral ou alguma outra violência do trabalho, e como esse assédio funciona, quais os tipos, tanto para identificá-lo, quanto para combatê-lo.

2.4 Das Características do Assédio Moral

O Assédio Moral possui suas características típicas, de grande importância para que seja identificado e combatido, reprimido, com a devida reparação dos danos. O assédio moral é uma sequência de atos contra uma vítima específica, que, de forma intencional, visa a lesar a mesma, sendo que a agressão ocorre reiteradas vezes com uma duração considerável até que se consiga ficar livre dela.

Tem-se o caráter processual, a intenção, a busca por atingir alguém especificamente a fim de se ver livre dela, a frequência, o caráter de dilatação no tempo e a hostilidade, agressividade.

Portanto, essas características têm grande relevância para que se identifique o assédio moral. São características típicas desse tipo de violência, portanto, servem para distingui-lo de outros tipos de violência no ambiente de trabalho.

2.4.2 A Diferenciação do Assédio Moral e Demais Formas de Violência

Importante se faz diferenciar esse mal de outros tipos de violência existentes dentro do ambiente de trabalho, pois um dos problemas enfrentados hoje é a falta de conhecimento do que é o assédio moral. Algumas vítimas não sabem da existência desse mal, de que o que estão passando é uma prática abusiva existente em todo o mundo, que tem um conceito definido, que deve ser punido. Assim há os que a conhecem, mas a confundem com outros tipos de violência existentes no ambiente laboral. E, portanto, é necessária uma elucidação, do que é e o que não é assédio moral, entender suas características típicas, que o diferenciam dos demais.

Sobre tal diferenciação, torna-se perceptível no seguinte julgado:

DANO MORAL – ASSÉDIO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - Requisitos - 'assédio moral'. Caracterização. O termo ' assédio moral' foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), acoso moral (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como 'a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego' (CF. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra intitulada 'Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace'). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. **Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima.** Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão.' (TRT 3ª R. - RO 01292.2003,057.03.00.3 - 2ª T. - Relª Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 11.08.2004 - p. 13)(Grifo nosso)

Essa diferenciação é tratada por Hirigoyen (2015), onde ela traz ser importante entender aquelas situações que são confundidas com assédio moral. É necessário cautela, para que se possa identificar de maneira eficiente o assédio e não haver uma deturpação do termo, o que poderia perder a força e credibilidade na importância de se erradicar esse tipo de violência.

Dentre os problemas que existem no ambiente laboral e que podem ser confundidos com assédio moral, tem-se o estresse, pressão, desentendimentos. Aqui serão abordados alguns exemplos mais importantes para elucidar o assunto.

O estresse é muito confundido com assédio moral, principalmente por, no assédio, se passar por uma fase de estresse. Porém, o assédio é maior, vai além do estresse. A grande distinção está na intencionalidade. No estresse, ele ocorre por pressão no trabalho, exigência de mais trabalho e com melhor qualidade, o seu objetivo, de fato, é melhorar a produção, a qualidade dos produtos, trazer benefícios à empresa.

Já no assédio moral, essa exigência não possui o mesmo fim, ela tem intenção de prejudicar o trabalhador. O objetivo é destruir a vítima, ver-se livre dela, e não cessa enquanto não se atingir esse fim.

Outro problema é o conflito, que ela dispõe que pode vir a ser algo bom para a empresa, pois em geral, surge diante de uma necessidade de mudança, atualização, renovação. Então busca-se solucionar esse conflito objetivando essa solução para melhor, um enriquecimento para as pessoas e o ambiente.

O conflito, porém, principalmente nos dias atuais, não é bem visto pelas empresas, por medo de este causar uma mobilização coletiva, gerar transtornos para ela, denegrir o nome da empresa, e, com isso, buscam evitá-lo, acaba-se então evitando uma possível boa mudança, avanço, além de surgir aí, o assédio moral.

É nesse momento que o conflito, ou melhor, a ausência dele, pode se tornar assédio moral. A autora entende que o assédio surge da ausência de conflitos, do momento em que tentam evitá-lo, é um meio utilizado para evitá-lo, assim como aduz Hirigoyen (2015, p. 27):

Obviamente, devido à contenção antes que se alastrem, propiciou-se a diminuição de conflitos sociais nos dias de hoje, mas há mais sofrimento individual: estresse, cansaço, ansiedade, depressão, assédio moral. Cada um sofre no seu canto sem compartilhar suas dificuldades com um grupo solidário. Os trabalhadores não têm mais o sentimento de pertencer a um coletivo profissional que poderia lhes permitir a busca conjunta do reconhecimento. Os conflitos sociais, portadores de mudanças, desaparecem progressivamente em proveito de pequenos conflitos ou agressões individuais, que escapam às técnicas de regulação social.

A autora cita também que, diferente dela, pensa Heinz Leymann, em seu livro, que entende que o *mobbing* tem origem em um conflito profissional mal resolvido. (HIRIGOYEN, 2015, p. 24)

Não se pode ainda, confundir com assédio a gestão efetuada com injúria, que ocorre quando, administradores que não sabem como lidar com seus subordinados, acabam tratand-os com injúrias, desrespeito, humilhações, utilizando meios perversos para tratá-los, porém, essas ocorrem por meio de agressões pontuais, isoladas, e, mesmo que tenham consequências terríveis para o agredido, não deve ser tratada como assédio moral, devido à característica de frequência que possui o assédio moral. Neste último há uma repetição das agressões que duram por tempo considerável.

Importante relatar que, o assédio sexual, que já contém legislação penal, não é assédio moral, apesar de que, possa ocorrer a passagem de uma violência para a outra.

Constata-se então que, importante se faz, analisar a situação buscando encontrar nela as características do assédio moral para, então, defini-la, para que não aborde como assédio moral aquilo que não o é, e então não se degrade a real definição e importância do tema. Para complementar essa diferenciação e entendimento do que é o assédio moral, serão expostos a seguir os tipos de assédio moral e as formas como essa violência pode ocorrer no ambiente laboral.

2.4.3 Os Diferentes Tipos de Assédio Moral

O assédio moral pode advir, na maioria das vezes, da hierarquia. Pode ocorrer de modo coletivo, da chefia e colegas, somente de colegas ou até mesmo de um subordinado, a cada um desses modos de assédio moral, há uma denominação, conforme nota-se no livro de Hirigoyen (2015).

Diante disso, há o assédio moral vertical descendente, vertical ascendente, horizontal e misto.

O assédio moral vertical descendente é o mais presente nas relações laborais, é o hierárquico, que advém dos superiores hierárquicos contra seus subordinados. Pode ocorrer a partir do empregador, chefia, gerente, dentre outros, contra qualquer empregado que seja subordinado a este. Cabe citar aqui, situações já demonstradas anteriormente, que surgem diante da incompetência de alguns superiores que não sabem dar ordens, dialogar, comunicar, gerir, diante disso atacam os subordinados para que sua deficiência não seja exposta, ou mesmo

quando aqueles se veem ameaçados por estes, devido a serem mais competentes, eficientes, trabalharem corretamente, de maneira honesta, ílibada, quando a chefia não o faz.

O assédio moral vertical ascendente ocorre de maneira oposta à anterior, pelos subordinados contra superiores hierárquicos. Ocorre devido a algum daqueles ter algum motivo para não quererem ali uma chefia nova, seja por ter afinidade com o anterior, ou por esse novato mudar métodos de trabalho ali já existentes, com os quais já estão acostumados ou mesmo superiores antigos que mudem essa metodologia, dentre outros motivos.

O horizontal ocorre entre colegas em mesmo nível hierárquico ou níveis semelhantes, onde o colega quer se ver livre do outro, por algum motivo, que na maioria das vezes, ocorre por aquele ser novato no grupo, algumas vezes por esse novato se mostrar mais eficiente e competente, ou mesmo, fraco, lento, e por isso quer vê-lo fora daquele ambiente.

Há ainda o que é denominado de assédio misto, que ocorre de modo coletivo, onde colegas e superiores hierárquicos se juntam e atacam outro indivíduo, de modo a caracterizar o assédio moral, quando aqueles possuem a mesma vontade de se verem livres do outro. Ocorre muitas vezes em virtude de, os indivíduos já existentes em um ambiente laboral já possuírem um costume, um modo de trabalhar, muitas vezes com algum hábito contrário às regras, ou trabalhando de forma mais lenta, e esse novato não concordar e não querer ser conivente com tal fato, então, se torna um estorvo, uma ameaça para aqueles.

Com isso, pode-se identificar então, o que é e como, na maioria das vezes, ocorre o assédio moral, alguns motivos, as partes envolvidas, alguns danos causados por ele e suas características, mas, há ainda outras particularidades desse assédio, conforme o ambiente em que ocorre, por exemplo, como ocorre e como é combatido atualmente no ambiente de trabalho do setor privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento deste trabalho foi possível concluir que o Assédio Moral é uma violência que assola a sociedade ainda nos dias atuais. Tal mal consiste em uma agressão que ocorre dentro do ambiente laboral, de forma reiterada e prolongada, causando inúmeros e variados danos.

O assédio pode advir e pode atingir diversos indivíduos dentro desse ambiente, dando origem aos diferentes tipos de assédio apresentados, como os verticais, ascendentes e descendentes, o horizontal e o misto, sendo mais comum o vertical descendente, que advém

da hierarquia. Esse tipo de assédio parte da chefia, seja do empregador ou mesmo de um preposto, contra os empregados, humilhando e atacando esses funcionários objetivando se ver livre deles.

Deste modo, os levam a pedir demissão para não terem que arcar com os custos de os demitirem, ou mesmo pela impossibilidade de serem demitidos sem um motivo relevante, devido à estabilidade, como no caso do setor público. Cabe ressaltar ainda, outro ponto acerca do assédio moral, onde se tem que, uma grande causa do assédio é o preconceito, seja devido à cor, à opção sexual, idade ou à mulher.

Dentro das empresas, a busca incessante por lucro a qualquer custo faz com que trabalhadores sejam tratados como objetos, e, muitas vezes, aqueles que são considerados prejudiciais, sejam por produzirem pouco, ou lentamente, são perseguidos por outros, que querem se ver livres daqueles, ou mesmo por serem muito eficientes, se tornando vítimas de invejosos que os vem como ameaça, e então fazem de tudo para excluí-los do ambiente. O caminho usado pelos agressores é o assédio moral, que além de fazer que as vítimas queiram e acabem saindo do emprego, causam danos físicos e psíquicos devastadores nelas.

As consequências causadas pelo assédio são várias e sérias, causam danos, muitas vezes irreparáveis, às vítimas, viola direitos e garantias fundamentais. Além de inúmeros danos à sociedade, como gastos do estado com atendimentos médicos, ausência de mão de obra, desemprego, gastos com benefícios previdenciários, devido a uma invalidez ocorrida, além dos inúmeros danos causados à própria empresa e com isso, até mesmo à economia.

Com isso, se mostra visível e devidamente comprovada a grande relevância de tal tema, um assunto muito presente nos dias atuais que gera inúmeros prejuízos e, deve, portanto, ser combatido de forma devida e eficiente.

A prevenção do assédio moral pode ser de grande valia e eficiência, porquanto, pode ser usada antes de haver uma legislação, e posteriormente, como complemento àquela. Essa prevenção deve ocorrer em conjunto, por parte das empresas, do governo, dos sindicatos, da sociedade, dos profissionais da área da saúde, da área jurídica e de grupos de apoio.

Atualmente já há a utilização da prevenção por parte destes, porém, ainda muito tímida, a publicidade e apoio do governo seriam fatores de grande impulsão e reforço a esse meio de combate. Afinal, a prevenção se mostra como um meio de grande eficiência no combate a qualquer problema e uma legislação obrigando e indicando quais os métodos preventivos devem ser utilizados seria uma forma de expandir a eficiência desse meio, afinal,

os trabalhadores são de suma importância para o desenvolvimento do país e merecem ter seus direitos garantidos.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. 135 p.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **A Violência na Relação de Trabalho e a Proteção à Personalidade do Trabalhador**. 2007. 284f. (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Fapesp; PUC, 2000. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>> Acesso em: 03 de set. de 2019.

BARRETO, Margarida. Entrevista concedida ao Jornal do judiciário. **Jornal do Judiciário**, Ed. nº 323, Ago. 2008. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?rubrique75>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

BARRETO, Margarida. **Entrevista concedida sobre o livro Uma Jornada de Humilhações**. Disponível em: <<http://www.extraclasse.org.br/edicoes/2012/10/jornada-de-humilhacoes/>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

BARRETO , Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. 3. reimp. São Paulo: EDUC, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 29a.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARGO, Gilson. Entrevista a Margarida Maria Silveira Barreto. **Jornal Extra Classe**, [S.l], 2012. Disponível em: <<http://www.extraclasse.org.br/edicoes/2012/10/jornada-de-humilhacoes/#>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.488/1998, de 06 março 1998. Dispõe de normas específicas para médicos que atendam o trabalhador. Seção I, p.150. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1488_1998.htm>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

CONTEÚDO JURÍDICO. ZANETTI, Robson. Assédio Moral no Trabalho. E-Book. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=5.22743&seo=1>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 1. ed. Campinas: Russell, 2004. 155 p.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **A Violência Perversa do Cotidiano**. Tradução: Maria Helen Hhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: A Violência Perversa no Cotidiano**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2ª Edição, 2002. 224p.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução: Rejane Janowitz. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

LIMA, Tássia Donadello Ferreira; SOUZA, Marcos Aguiar de. **O Impacto Do Mobbing Sobre o Estresse no Trabalho**. Estud. pesquis. psicol., Rio de Janeiro , v. 15, n. 2, p. 608-630, jul. 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812015000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 20 set 2019.

MACEDO, Camila Gonçalves de. Assédio moral no ambiente de trabalho. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho,33041.html>>. Acesso em: 20 set 2019.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. **Amdjus**. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/166.htm>>. Acesso em 20 set 2019.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. **Revista do TST**, Brasília, v. 68, nº 3, dez. 2002.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Assédio moral no trabalho: caracterização e consequências**. São Paulo: LTr, 2013.

PEDUZZI, Maria Cristina. Assédio Moral. **Revista do TST**, Brasília, v. 73, nº 2, jun. 2007.

PEIXOTO, Osvaldo da Silva; PEREIRA, Ivonete Vieira. **Assédio Moral no Trabalho: Repercussões Sobre a Saúde do Trabalhador**. Disponível em: <<http://www.fenajufe.org.br/index.php/imprensa/artigos/1925-assedio-moral-no-trabalho-repercussoes-sobre-a-saude-do-trabalhador>> Acesso em: 20 set 2019.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio Moral no Direito do Trabalho. **Revista TRT - 9ª Região**. Curitiba, a.27, n.47, p.177-226, jan./jun. 2002. Disponível em:<http://www.trt9.jus.br/internet_base/inicial.do;jsessionid=7EDCC9D91D40CBCFA9D61640B03F4A53.jboss88?evento=cookie>. Acesso em 20 set 2019.

PENA E RESSOCIALIZAÇÃO

PENALTY AND RESOCIALIZATION

Nathália Rodrigues Generoso^s

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a função ressocializadora da pena à luz do garantismo penal. Questiona-se se, em uma Ordem Democrática a pena pode ter uma função de ressocialização, considerando o pluralismo político e a liberdade de consciência, previstos na CF/88? Parte-se da hipótese de que o direito penal não pode fazer ciência do particular, agindo em determinados momentos de forma analítica, simplificando ou generalizando, outrora, amputando por abstração, elaborando conceitos e esquemas lógicos dirigidos. Muitas vezes, o que ocorre é o destaque e a valorização de alguns elementos da conduta delitiva em detrimento de todo que permanece ofuscado. Utilizou-se como marco teórico a Teoria do Garantismo Penal. Segundo o garantismo, nos processos a parte mais frágil é o réu, e por assim ser, cria-se um sistema de limites e freios ao exercício arbitrário do poder punitivo, almejando assegurar os direitos fundamentais do réu, principalmente no que toca aos seus direitos individuais, buscando sempre a racionalização do poder punitivo com vistas a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, e essencialmente a liberdade.

Palavras-chave: Pluralismo Político; Liberdade de Consciência e Crença; Garantismo; Ressocialização.

ABSTRACT

Advogada. Assessora Jurídica da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas – UNIFEMM. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em curso em Advocacia Trabalhista pela Universidade FUMEC.

This article aims to analyze the resocializing function of punishment in the light of criminal guarantee. One wonders if, in a Democratic Order, the penalty can have a resocialization function, considering the political pluralism and freedom of conscience, provided for in CF / 88? It is hypothesized that criminal law cannot be aware of the particular, acting at certain times in an analytical way, simplifying or generalizing, once amputating for abstraction, elaborating concepts and directed logical schemes. Often, what happens is the highlighting and appreciation of some elements of criminal conduct to the detriment of all that remains overshadowed. The theoretical framework was the Theory of Criminal Guarantee. According to the guarantor, the most fragile part of the case is the defendant, and as such, a system of limits and restraints to the arbitrary exercise of punitive power is created, aiming to ensure the defendant's fundamental rights, especially with regard to his rights. always seeking the rationalization of punitive power in order to guarantee the constitutionally provided for fundamental rights, and essentially freedom.

Keywords: Political Pluralism; Freedom of Consciousness and Belief; Guarantee; Resocialization.

1. INTRODUÇÃO

Em meio à realidade social marcada pela crise oriunda da decadência do Estado Social, como forma de prover o reequilíbrio, surge o Estado Democrático de Direito, paradigma que estabeleceu uma nova ordem e consagrou os direitos de 3ª Geração, consistentes em direitos e/ou interesses difusos, até então inexistentes. Logo, o Estado tenta assegurar aos cidadãos, pelo menos as condições mínimas de vida, o que ocorre não pela posição intervencionista, mas pela aplicação dos valores inerentes à democracia.

Etapa política que traz consigo nova ordem constitucional, que em seu preâmbulo assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, ao bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, plural e livre de preconceitos.

E assim sendo, a garantia jurídica é sustentada pela Constituição (1988), Lei suprema que vincula o Estado na busca pela correção das desigualdades, onde a organização política da sociedade se perfaz na organização democrática amparada num sistema de direitos individuais e coletivos, concretizados em cláusula pétrea.

O modelo garantista, segundo inteligibilidade de Luigi Ferrajoli (2006), estrutura-se sobre os princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade de direitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência, decorrendo, por óbvio do iluminismo e liberalismo; havendo sido fruto da Constituição Italiana como parâmetro de racionalidade, justiça e de legitimidade de intervenção punitiva.

Os três significados de garantismo, buscam delinear, precisamente, os elementos constitutivos da teoria geral do garantismo, que residem no caráter vinculado do Poder Público

no Estado de Direito; na divergência entre a validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativa de nível inferior; distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia do primeiro e em certo grau irreduzível de legitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Tem-se como pressuposto da teoria geral do garantismo, com origens no pensamento iluminista, a separação entre direito e moral, e de forma geral, a separação entre o ser e o dever ser, e assim sendo, tal teoria critica os parâmetros do direito positivo precisamente no que tange a legitimação externa e interna, bem como propicia a crítica às ideologias, sejam políticas, jurídicas, etc.

Com efeito, consiste a pena na consequência natural e jurídica do delito, imposta pelo Estado quando do exercício o poder punitivo ante a prática da conduta típica, ilícita, antijurídica e culpável, após a persecução criminal, e ante a vigência do Estado Democrático de Direito, deve estar em conformidade com os princípios assegurados em nossa Constituição Federal.

Assim sendo, constitui o substrato do presente estudo, a análise da Pena como pressuposto de ressocialização, sob a égide da democracia; cujo o tema busca responder a seguinte indagação: Em uma Ordem Democrática a pena pode ter uma função de ressocialização, considerando o pluralismo político e a liberdade de consciência previsto na CF/88?

Como fonte de pesquisa foram utilizados a lei, a jurisprudência, as notícias veiculadas na mídia, e a doutrina pátria, esperando-se com este estudo alcançar, singelamente, contribuições para o estudo do tema ressocialização no direito pátrio.

2. DA TEORIA DEMOCRÁTICA GARANTISTA

O modelo garantista, segundo inteligibilidade de Luigi Ferrajoli (2006), estrutura-se sobre os princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade de direitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência, decorrendo, por óbvio do iluminismo e liberalismo; havendo sido fruto da Constituição Italiana como parâmetro de racionalidade, justiça e de legitimidade de intervenção punitiva.

A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também as culturas jurídicas e políticas que têm jogado numa mesma vala, ocupado e

alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático. (FERRAJOLI, 2006, p.785)

A seu turno, da palavra garantismo se distingue três significados diversos, contudo, conexos - operando sua extensão sobre todas as searas do nosso ordenamento jurídico; sendo eles: a) a designação de um modelo normativo de direito - modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, caracterizando-se sob um sistema cognitivo ou de poder mínimo, marcado por uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, isto sob o ângulo político, haja vista que sob a vista jurídica, constitui sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos cidadãos; b) designação de teoria jurídica da validade e da efetividade, como categorias distintas - compreende-se aqui o significado de garantismo como a aproximação teórica que mantém a separação entre o “ser” e o “dever ser” no direito, questionando, assim, a divisão existente nos ordenamentos complexos entre os modelos normativos tendentemente garantistas e práticas operacionais tendentemente antigarantistas, logo, funda-se, essencialmente na teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre o direito válido e o direito efetivo; e por fim o terceiro significado c) garantismo como designador de filosofia política – significado que exige tanto do Direito quanto do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade, isto é, o garantismo será pressuposto de separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser”, equivalendo a assunção, para fins de legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p.787)

Destarte, os três significados de garantismo, buscam delinear, precisamente, os elementos constitutivos da teoria geral do garantismo, que residem no caráter vinculado do Poder Público no Estado de Direito; na divergência entre a validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativa de nível inferior; distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia do primeiro e em certo grau irredutível de legitimidade política com relação e ele das instituições vigentes.

Tem-se como pressuposto da teoria geral do garantismo, com origens no pensamento iluminista, a separação entre direito e moral, e de forma geral, a separação entre o ser e o dever ser, e assim sendo, tal teoria critica os parâmetros do direito positivo precisamente no que tange

a legitimação externa e interna, bem como propicia a crítica às ideologias, sejam políticas, jurídicas, etc.

Com o início do século XXI, ganha maior ênfase a teoria democrática verificada através de uma estrutura político-estrutural, cujo conceito de democracia sofre redefinição, sendo chamada por Luigi Ferrajoli (2006, p.797) de Democracia Substancial ou Social o Estado de Direito, carreado de garantias liberais ou sociais; e Democracia Formal ou Política o Estado Político Representativo, o qual tem no princípio da legalidade a fonte da maioria.

Do direcionamento exposto, constata-se a articulação do conceito de democracia a efetivação dos direitos fundamentais, perspectiva doutrinária que engloba e agrupa teoria do estado, teoria do direito e teoria da democracia. Outrossim, destaca-se a designação do significado de democracia a maneira de tomar decisões políticas por meio da vontade da maioria.

A seu turno, poderá a democracia ser formal ou procedimental, pois sua legitimação reside apenas na manifestação da soberania popular, logo, o indivíduo somente se obrigará caso a decisão seja o resultado de quem a prolatou e enquanto maioria se traduzir no próprio destinatário da norma jurídica. Contudo, alguns elementos são evidenciados para que a democracia não se restrinja a dimensão formal como componente inalienável da democracia, senão vejamos:

- 1) a concepção formal falha em explicar as democracias contemporâneas, pois estas trazem a noção de Estado de Direito e Estado Constitucional. Em ambos os casos, a soberania popular não é ilimitada, pois o Poder Legislativo passa a estar restringido por certas normas constitucionais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais;
- 2) uma democracia não estará apta a sobreviver sem um mínimo de limite substancial necessário, independentemente de serem ou não apenas pressupostos. Caso contrário, poder-se-ia suprimir os mecanismos democráticos através da vontade da maioria;
- 3) a democracia formal se baseia na noção de vontade popular, mas esta só surge quando a liberdade de expressão se concretiza em todas as suas modalidades. Num outro aspecto, os direitos de liberdade só se tornam realmente efetivos se houver a presença dos demais direitos fundamentais garantindo um mínimo existencial, principalmente no tocante à educação e à informação. Em outras palavras, a vontade só é manifestada de forma plenamente livre, quando o locutor possui como base todo um conjunto de direitos básicos garantidos. (SILVA; ARAÚJO; PEÇANHA *et al*, 2010, p.109)

Assim sendo, segundo a teoria em espeque, aquele indivíduo que não obtiver acesso aos seus direitos fundamentais não estará apto a decidir o que lhe é melhor; não se descurando que a Democracia Social opera a noção de vontade da maioria como sendo a expressão da soberania popular, lastreada na concepção de sociedade organicista e comunitária, e assim compreendendo, tem-se que a vontade do povo é a manifestação de todos, ato que esconde a

realidade e diversidade da massa. “Algo que pode servir para mascarar um componente ideológico que busca exatamente suprimir essas diversidades culturais e sociais, em prol de um determinado ideal de povo”. (SILVA; ARAÚJO; PEÇANHA; *et al*, 2010, p.110)

Consigna-se, que a ocupação primeva da Teoria Democrática Garantista de Ferrajoli fora na esfera penal, especificamente no alcance de uma doutrina jurídica que não se preocupasse tanto com a punição cega dos apenados e se interessasse mais pela compreensão global do sistema criminoso.

Nesta linha, deve ser destacada uma das primeiras obras que tratou diretamente do tema, ensaiando uma explicação do garantismo profundamente comprometida com os direitos fundamentais, exatamente como prelecionava Ferrajoli na sua obra primeira, conforme visto acima. As interpretações do quadro teórico desse jurista italiano mereceram de Amilton Bueno de Carvalho e de Salo de Carvalho na obra *Aplicação da pena e Garantismo*, mais especificamente, no primeiro capítulo redigido pelo segundo autor, intitulado “Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização”, no qual Salo aponta essa possibilidade de demarcar o garantismo no tratamento penal. (SILVA; ARAÚJO; PEÇANHA; *et al*, 2010, p.112)

Em matéria penal, consiste o garantismo no instrumento de racionalização da intervenção penal, o que se efetiva por meio do afastamento de seu uso como forma de controle social em detrimento dos direitos e garantias individuais, e nesta trilha, o garantismo dá vida a um instrumental prático-teórico capaz de atender a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes público e/ou privados.

Logo, o direito penal e processual penal ganham ‘roupagem’ diferente, e ao invés de ser um instrumento puro de punição, passam a ter a finalidade de proteção do indivíduo mais fraco da relação – a vítima do delito enquanto no momento da ofensa ao bem jurídico, e o autor do delito quando do curso da instrução processual; o que atribuí ao garantismo a função de limitar o arbítrio do Estado, eis que uma vez estando decotados da esfera de decisão os direitos fundamentais, compreendidos como condições básicas de sobrevivências, o Estado fica impedido de adotar certas posturas.

A base do garantismo reside justamente no princípio da legalidade, como informado no primeiro parágrafo deste tópico, entretanto não deve o princípio da legalidade ser identificado com a legitimação, haja vista a existência de evidente cisão entre os dois conceitos, não havendo, desta forma, a presunção de que os atos do Estado são sempre regulares por seguirem as formalidades provenientes da lei. (FERRAJOLI, 2006, p.821)

Consigna-se, com especial destaque no garantismo a função ética como requisito na aplicação do direito, cujo magistrado terá o dever de constantemente apurar a validade das

normas em respeito aos direitos fundamentais, o que Ferrajoli (2006, p.831) explica magistralmente no trecho que abaixo segue:

A interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, que corresponde ao juiz, junto com a responsabilidade de eleger apenas os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa - diga-se de passagem - o que entendíamos há vinte anos com a expressão 'direito alternativo' [...], e em torno da qual se produziram tantos equívocos: interpretação da lei conforme a Constituição e, quando o contraste for insanável, dever do juiz de declarar a invalidez constitucional; portanto, nunca sujeição a lei de forma acrítica e incondicionada mas sujeição sobretudo a Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia de sua inconstitucionalidade.

Assim sendo, ante o exposto, verifica-se, segundo o garantismo que no processo a parte mais frágil é o réu, e nesta trilha, cria-se um sistema de limites e freios ao exercício arbitrário do poder punitivo, almejando assegurar os direitos fundamentais do réu, principalmente no que toca aos seus direitos individuais, buscando sempre a racionalização do poder punitivo com vistas a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, e essencialmente a liberdade.

3. DO PLURALISMO POLÍTICO

Objetiva o Pluralismo desconcentrar o poder de decisão das mãos de um único setor, evitando que o Estado, através de um único grupo, unilateralmente, controle toda a nação segundo seus interesses, logo, no presente contexto, representa o Pluralismo Político a convivência harmônica e pacífica entre os diversos grupos sociais, que a seu contento e com os seus instrumentos apresentaram e defenderam suas ideias e concepções; assim sendo, se um grupo político estiver à frente do Estado tomando decisões, estas estarão sujeitas ao crivo dos demais grupos, o que se dará por meio da devida representação.

Segundo inteligibilidade de Daniel Nobre Morelli (2012, p.01), o Pluralismo Político decorre principalmente do regime político adotado por nossa Nação, ou seja, sumariamente do regime democrático adotado; ato consolidado na Constituição Federal de 1988, precisamente no inciso V, art.1º, que dessa forma assegurou o Pluralismo Político como pilar fundamental, almejando viabilizar a convivência harmônica, em todos os âmbitos, entre as diversas concepções sociais, o que somente poderá ser alcançado através da tolerância e respeito de todos os posicionamentos apontados pelos grupos sociais independente de suas diferenças.

Neste sentido:

Tanto é assim, que diversos dispositivos constitucionais buscam proteger a concepção pluralista acima transcrita, tais como: artigo 5º, inciso IV (liberdade de pensamento); artigo 8º (liberdade de associação profissional ou sindical); artigo 17 (liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos); artigo 45 (proporcionalidade na composição da Câmara dos Deputados); artigo 206, inciso III (pluralismo de idéias e concepções pedagógicas); etc. O pluripartidarismo assegurado pela Constituição Federal, bem como a possibilidade das agremiações defenderem todas e quaisquer idéias, desde que dentro dos ditames da soberania nacional e dos direitos humanos, por si só, demonstra a plena aplicabilidade, ao menos em tese, do Pluralismo Político na Carta Constitucional brasileira. (MORELLI, 2012, p.03)

Desta feita, estabelecido pelo Poder Constituinte Originário, verifica-se ser o Pluralismo Político apenas uma das vertentes constitucionais, haja vista que uma vez desprovido de democracia, onde convivam harmoniosamente vários grupos sociais jamais haverá a constituição de partidos políticos divergentes, “nessa hipótese, o grupo dominante controlaria todos as agremiações políticas existentes e, por via de consequência, os rumos da sociedade e da Nação”. (MORELLI, 2012, p.03)

Ressalva-se, oportunamente, que o Pluralismo Político não tem o mesmo significado de pluripartidarismo, pois no primeiro quando se fala em setores/grupos sociais, não estão os poderes desses, necessariamente ligados aos partidos políticos, pois a sua forma de tomar decisões e expor os seus interesses não precisam surgir de partidos, podendo se dar através de grupos religiosos, filosóficos, culturais, políticos, dentre outros de suma importância.

Conclui-se, com apoio na lição de Morelli (2012, p.02) que o Pluralismo Político nada mais é do que o instrumento que assegura a interdependência e fiscalização entre os setores sociais, que, além disso, mantêm uma relação de dependência, como forma de defender e consubstanciar seus interesses, evitando acima de tudo, a concentração de poder em um único setor, pois com a ausência de um grupo soberano, obviamente inexistirá a centralização de poder sobre um único setor, conferindo legitimidade as decisões, que por sua vez se originarão de um senso comum, ainda que relativo.

4. DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA

A Liberdade de Consciência e de Crença encontram-se previstas em nossa Carta Magna (1988) precisamente no inciso VI do art.5º, que assegura ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Ao longo do tempo sempre houveram divergências entre Estado e Igreja, sendo digno de destaque a animosidade que outrora imperou, não obstante, do preceito constitucional em espeque é inquestionável o reconhecimento da liberdade de cultos sem a intervenção estatal, havendo um regime de tolerância.

A seu turno, os textos constitucionais datados de 1934 e 1946, como forma de proteger a consciência da crença e vice-versa, o legislador as apartava, vez que liberdade de crença e liberdade de consciência não guardam o mesmo sentido, pois desde que livre a consciência pode não ter nenhuma crença, até mesmo orientando-se segundo valores morais ou espirituais que não guardam ligação alguma com a religião, como bem explica Bastos (2012, p.02):

O atual texto constitucional leva a cabo um retorno às Constituições de 1946 e 1934, onde se apartavam consciência e crença para se protegerem ambas. É, esta sem dúvida, a melhor técnica, pois a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma — por exemplo, a liberdade de consciência de ateus e agnósticos, a que é dada proteção jurídica. Em segundo, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disto são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa própria.

Observa-se na atual redação do inciso VI do art.5º da Constituição Federal de 1988, nova redação, haja vista que os textos anteriores previam a plenitude da liberdade de consciência e crença desde que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes, contudo, deve se ter em mente que a ordem constitucional atual não permite a agressão a qualquer valor moral ou do sistema, isso em virtude da ordem pública e dos bons costumes serem “requisito de toda faculdade juridicamente protegida o só poder ser exercida de molde a não ferir os valores ético-morais, estruturantes de uma sociedade”. (BASTOS, 2012, p.03)

Assim sendo, a liberdade de consciência e crença, constitucionalmente asseguradas, constituem vertentes da liberdade de expressão e pensamento, seja em matéria religiosa ou moral.

5. DA PENA E RESSOCIALIZAÇÃO

Em outros tempos a pena era compreendida como sendo o castigo atribuído ao sujeito que incorreu na prática de um delito, todavia carregada de valor e cunho religioso, o que decorria num contexto de caráter punitivo, com aplicação no corpo, através de castigos corporais; posteriormente, com o passar do tempo ganharam vida as Teorias da Pena.

Segundo exegese de Jakobs (2009, p.20), o conceito utilizado para a designação de pena varia segundo o contexto ao qual se insere, o que lhe confere variação de sentido, com destaque especial para violação normativa e de responsabilidade. Neste sentido:

[...] no que concerne a estabilidade do ordenamento, um Estado que precise concentrar suas forças na proteção de sua existência (durante a guerra, por exemplo) instituirá uma punição de forma que ela garanta uma eficácia pelo menos a curto prazo, (por exemplo, intimidação por meio de penas duras), enquanto um Estado sem problemas existenciais agudos pode admitir uma ineficácia a curto prazo para alcançar a paz interna a longo prazo (por exemplo, evitar penas duras para não neutralizar a sensibilidade em relação a violência). Quanto ao entendimento sobre o sentido do ordenamento, é deste último que depende a compreensão da pena, sob o aspecto teórico-conflitual, por exemplo, como instrumento de combate a classe dominante ou de outros grupos sociais dominantes ou, então, como meio de repelir pretensões indevidas (ou intempestivas) de dominação; se ela é a “espada” a ser empunhada pela “autoridade” segundo ideias religiosas, ou se o agente é punido por sua própria vontade, por ser ele também uma das partes do contrato social, etc. (JAKOBS, 2009, p.20)

Com efeito, consiste a pena na consequência natural e jurídica do delito, imposta pelo Estado quando do exercício o poder punitivo ante a prática da conduta típica, ilícita, antijurídica e culpável, após a persecução criminal, e ante a vigência do Estado Democrático de Direito, deve estar em conformidade com os princípios assegurados em nossa Constituição Federal.

Frisa-se, que em consonância com a Teoria Democrática Garantista, representante do sistema de grau máximo de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como fiabilidade do juízo e da legislação, com vistas à limitação do poder punitivo do Estado, impedindo-o de praticar qualquer tipo de abuso, violência ou arbitrariedade – de forma pública ou privada; logo, verifica-se a existência de uma estreita relação entre Direito Penal e a Constituição Federal (1988), “as normas penais são criadas como garantidoras da ordem social, e, por limitar o direito à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas, têm, nos direitos fundamentais, os limites desta intervenção do Estado”. (QUEIROZ, 2012, p.03)

Não nos descurando que o Princípio da Legalidade, segundo Nucci (2012, p.94) representa a segurança jurídica que permite prever a reação estatal, observada a definição democrática dos delitos, respondendo, assim, ao pensamento fundamental de caráter intenso da reação penal sobre a esfera de direitos dos indivíduos, por constituir a sanção penal, o ápice do poder punitivo estatal.

Destarte, com amparo em Queiroz (2012, p.04), a imposição da pena deve, sobretudo, ser legitimada democraticamente após ser fruto de aceitação popular e não apenas prevista e determinada em lei, em outras palavras:

Essa legitimação democrática do delito deve ser entendida nos aspectos formal e material, ou seja, o delito deve, respectivamente, estar previsto em lei e ter aceitação popular. Assim, dessume-se que o princípio da legalidade deve ser visto como uma garantia constitucional, tendo em vista que não protege exclusivamente um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe são impostas por outra via que não seja a lei. (QUEIROZ, 2012, p.04)

No que toca a finalidade da pena, compreende-se como sendo o objetivo procurado pelo Estado para o cumprimento da atuação penal, fato que segundo (MASSUD, 2012, p.107), representa não apenas o papel de integração das normas, bem como de orientação hermenêutica, mas fornece elementos para a complementação das lacunas deixadas pelo legislador quando da aferição em relação a cada caso concreto.

[...] em torno das várias finalidades atribuíveis à pena – castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir, regenerar, readaptar, proteger ou defender – elaboram-se várias doutrinas ou teorias, algumas das quais, por seu grande número de adeptos, foram inclusive denominadas escolas, dividindo-se, basicamente em três grandes grupos: absolutas; relativas ou utilitárias e mistas. (MASSUD, 2012, p.108)

A primeira teoria abordada neste estudo é a Teoria Absoluta ou Retributiva, com apoio nas lições de Leonardo Massud (2012, p.108), segundo a qual tem a pena o caráter retributivo, eis que seu princípio fundamental reside na ideia de que a culpa do autor do delito seja compensada com a imputação da pena, que a seu turno, consiste apenas na compensação do mal do crime pelo mal da sanção. Os defensores desta teoria, de acordo com Queiroz (2012, p.13), “não conferem à pena qualquer fim diverso da sanção como um castigo, o qual consiste em uma consequência da prática de uma conduta delituosa. Há a noção de punir aquele que pecou (*punitur quia peccatum est*)”.

Já a Teoria Preventiva ou Relativa dispõe acerca da concepção utilitária da pena, onde é possível evitar a prática de crimes futuros por meio da prevenção, representando o oposto da Teoria Absoluta ou Retributiva, pois se foca no futuro por meio de uma visão que considera útil à sociedade por servir de exemplo (prevenção geral), com ação direta sobre a individualidade do criminoso possibilitando o seu retorno ao convívio social (prevenção especial). E assim sendo, não considera a pena com um fim em si mesma o que lhe atribui a denominação de utilitária ou relativa, cujas necessidades de prevenção são relativas e circunstanciais. (MASSUD, 2012, p.111)

Frisa-se como objetivo precípua da visão preventiva evitar a ocorrência de crimes que ultrapassem o limite socialmente aceitável, buscando para a pena a utilidade social, provocando uma evolução na ciência penal, legitimando-se no Estado Democrático de Direito como

instrumento de concretização da missão protetora do Direito Penal, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana, ao passo que diminui a violência nas relações sociais. (ANJOS, 2009, p.24)

Por fim, a Teoria Mista designa a junção entre a Teoria Retributiva e a Teoria Preventiva, sendo adotada pelo Código Penal Vigente em seu art.59, cuja Teoria da Retribuição recebe novo conteúdo, cuja pena justa será aquela que apresentar melhores condições de prevenção geral e especial, devendo ser compreendida pela sociedade e o autor do delito, como possibilidade de expiação e reconciliação com a sociedade. (QUEIROZ, 2012, p.18)

A ressocialização corresponde à finalidade máxima da pena consistente na reinserção do apenado no espaço próprio da política criminal ao contexto social após o cárcere, efetivando, desta feita, o *modus vivendi* entre este e a sociedade, afastando ou até mesmo reduzindo qualquer outra importância da sanção penal (NUCCI, 2012, p.97).

6. A FUNÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO, O PLURALISMO POLÍTICO E A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

O ser humano como ser social sempre conviveu e dividiu seu espaço com os demais semelhantes e para tanto, precisou desde muito cedo compreender a importância de normas que disciplinam os limites de sua ação, para que não ofenda a circunscrição de seu companheiro.

Assim, desde as primeiras organizações sociais foram elaboradas regras de convivência, segundo as quais o homem estaria submetido sob pena de incorrer em sanções. Na verdade, o objetivo de tais ordenamentos, mesmo que primitivos era de propiciar a paz e o equilíbrio social, amedrontando as invasões a direitos alheios. Entretanto, em que pese o esforço da sociedade em manter a ordem e o respeito ao semelhante, sempre existiram os membros da sociedade que em desrespeito à convenção das normas de direito praticam atos que ofendem diretamente aos direitos do próximo.

Desta feita, sempre caminhou ao lado do homem a idéia de crime, ou seja, a prática subversiva que desafia as normas regulamentadoras da sociedade. Lado outro, o direito penal não pode fazer ciência do particular, agindo em determinados momentos de forma analítica, simplificando ou generalizando, outrora, amputando por abstração, elaborando conceitos e esquemas lógicos dirigidos. Assim, muitas vezes, o que ocorre é o destaque e a valorização de alguns elementos da conduta delitiva em detrimento de todo que permanece ofuscado.

Neste sentido afirma Roxin (1986, p.34) que quase todas as teorias do delito, apresentadas até agora, 'são sistemas de elementos' que desintegram a conduta delitiva em uma

pluralidade de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descritivas etc.), as quais são incluídas nos diferentes graus da estrutura do crime e depois reunidas, como um mosaico, para a formação do fato punível.

Tal procedimento, porém, desde que se queira fazer ciência é inevitável, pois- afirma, de outra não constitui segredo para ninguém que é justamente de essência do direito a que não é possível renunciar, o ele achar-se eternamente condenado a só poder ver as árvores e jamais a floresta que elas constituem. Talvez assim seja porque essa floresta é realmente indecifrável selva escura. Contentem, pois, com as árvores, sem, todavia cometer o desatino de esquecer ou de negar a existência da floresta.

O Estado Democrático de Direito instaurou uma nova ordem e consagrou os direitos de 3ª Geração, consistentes em direitos e/ou interesses difusos, até então inexistentes. Logo, o Estado tenta assegurar aos cidadãos, pelo menos as condições mínimas de vida, o que ocorre não pela posição intervencionista, mas pela aplicação dos valores inerentes à democracia.

Desta feita, infere-se como principal aspecto desse paradigma Constitucional, a participação social como pressuposto da democracia instaurada, ordem que na visão de Carvalho Netto (1.999, p.483), clama por “*um direito participativo, pluralista e aberto*”.

A garantia jurídica é sustentada pela Constituição (1988), lei suprema que vincula o Estado na busca pela correção das desigualdades, onde a organização política da sociedade se perfaz na organização democrática amparada num sistema de direitos individuais e coletivos, concretizados em cláusula pétrea. O novo paradigma constitucional almeja o equilíbrio entre o individual e o coletivo, resultando na consagração de direitos fundamentais assegurados por normas, que por sua vez são orientadas por diretrizes que constituem a base do ordenamento jurídico, ou seja, os princípios.

O pressuposto da teoria geral do garantismo tem origens no pensamento iluminista, a separação entre direito e moral, e de forma geral, a separação entre o ser e o dever ser, e assim sendo, tal teoria critica os parâmetros do direito positivo precisamente no que tange a legitimação externa e interna, bem como propicia a crítica às ideologias, sejam políticas, jurídicas, etc.

Em matéria penal, consiste o garantismo no instrumento de racionalização da intervenção penal, o que se efetiva por meio do afastamento de seu uso como forma de controle social em detrimento dos direitos e garantias individuais, e nesta trilha, o garantismo dá vida a um instrumental prático-teórico capaz de atender a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes público e/ou privados.

Logo, o direito penal e processual penal ganham ‘roupagem’ diferente, e ao invés de ser um instrumento puro de punição, passam a ter a finalidade de proteção do indivíduo mais fraco da relação – a vítima do delito enquanto no momento da ofensa ao bem jurídico, e o autor do delito quando do curso da instrução processual; o que atribuí ao garantismo a função de limitar o arbítrio do Estado, eis que uma vez estando decotados da esfera de decisão os direitos fundamentais, compreendidos como condições básicas de sobrevivências, o Estado fica impedido de adotar certas posturas.

Verifica-se, segundo o garantismo que no processo a parte mais frágil é o réu, e nesta trilha, cria-se um sistema de limites e freios ao exercício arbitrário do poder punitivo, almejando assegurar os direitos fundamentais do réu, principalmente no que toca aos seus direitos individuais, buscando sempre a racionalização do poder punitivo com vistas a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, e essencialmente a liberdade.

Dessa maneira, indaga-se: Em uma Ordem Democrática a pena pode ter uma função de ressocialização, considerando o pluralismo político e a liberdade de consciência previsto na CF/88?

A resposta é indubitavelmente NÃO! Numa Ordem Democrática a pena não pode ter uma função de ressocialização se considerados o pluralismo político e a liberdade de crença fielmente assegurados em nossa Carta Magna de 1988, o que se traduz num sistema político criminal falido.

Não, haja vista que o Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art.1º, e observados o pluralismo político e a liberdade de crença previsto no art.5º deste diploma - é caracterizado pelo direito de cada indivíduo determinar sua personalidade em consonância com os valores que assimila do contexto social e da forma como os compreende através do agir comunicativo com o grupo social adequado a este desenvolvimento, e ao se impor uma verdade única por meio da vontade da maioria descartando as posições divergentes ou minoritárias tem se o máximo de desumanização e intervenção estatal, temidos pelo garantismo.

Não há o que se falar em legitimação pela vontade da maioria em detrimento da minoria, que se vê obrigada a seguir suas determinações deturpando a legitimidade do ideal ressocializador da pena, haja vista, com aparo nas exposições de Ferrajoli (2006), em linhas volvidas acerca do garantismo, no sentido de que qualquer tratamento penal destinado à modificação coercitiva da pessoa adulta para fins de recuperação ou integração social fere não

somente a dignidade do sujeito tratado, mas um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consistente no respeito das diversidades e tolerância.

O Estado Democrático de Direito é marcado por uma sociedade pluralista, logo, o Estado não está legitimado a corrigir quem quer que seja, nem mesmo impor valores morais, eis que o pluralismo exige o respeito e a tolerância às diferenças, por mais perverso que seja o indivíduo, que com amparo em seus direitos fundamentais tem a opção de não ser tratado/ressocializado.

O ideal ressocializador é inconstitucional ao passo que viola o princípio da igualdade em afronta ao pluralismo ideológico, eis que no Estado Democrático de Direito, se faz necessário abandonar o mito de que o autor do delito é o único responsável, perdendo sentido o ideal ressocializador, aceitando, assim, a ideia de que não há uma sociedade perfeita e harmônica, o que faz com que o delito seja um desdobramento de circunstâncias.

A punição como caráter ressocializador enseja a intervenção máxima do Estado com intuito de intimidar, desprovida de limites, o que elimina, decerto, a finalidade garantista do direito penal no Estado Democrático de Direito, raciocínio que estrutura nos direitos fundamentais do condenado, não nos descurando que o Estado não pode simplesmente atingir os direitos fundamentais do condenado, para tal ele necessita de forte fundamentação extrema de dúvidas e bem justificada.

A corrente doutrinária que defende o ideal ressocializador, o faz justificando que sua renúncia implica no atraso e desumanização da pena, eis que sem o ideal ressocializador diversos direitos dos apenados como o direito ao trabalho e educação não se justificam.

A corrente desfavorável ao ideal ressocializador manifesta no sentido de que o ideal ressocializador é inconstitucional ao passo que viola o princípio da igualdade em afronta ao pluralismo ideológico, eis que no Estado Democrático de Direito, se faz necessário abandonar o mito de que o autor do delito é o único responsável, perdendo sentido o ideal ressocializador, aceitando, assim, a ideia de que não há uma sociedade perfeita e harmônica, o que faz com que o delito seja um desdobramento de circunstâncias.

Ferrajoli (2006) é um manifesto representante da corrente doutrinária contrária ao ideal ressocializador imposto pela política criminal, eis que ao seu ver qualquer tratamento penal voltado para alteração coercitiva da pessoa adulta para fins de integração ou recuperação social atinge sua dignidade e fere os princípios previsto no Estado Democrático, sendo eles, dentre outros o respeito e tolerância as adversidades.

Para Henrique Duek Marques (2008), representante da corrente doutrinária favorável ao ideal ressocializador, a não aplicação da teoria socializadora contribui para retirar da execução penal a finalidade educativa, amparada em princípios humanitários, pois a prevenção especial por meio da intimidação é ao seu ver o único meio de reintegração social com a conservação e humanização do delinquente.

Claus Roxin (1986) manifesta no sentido favorável a ressocialização, o que o faz tentando ampliar o seu sentido, atribuindo-lhe finalidade de reparação, logo o delinquente ao tentar reparar o dano praticado por meio de seu trabalho estará reconstruindo sua personalidade pela honra de seu esforço.

Eugênio Raul Zaffaroni (2001) acredita na ressocialização por meio da repersonalização e reinserção, atribuindo a pena a função de reparar a inferioridade perigosa da pessoa na medida necessária para a ressocialização.

Entende Jakobs (2009) que a ressocialização desprovida de limites vulnerabiliza o Direito Penal do fato, abrindo margem a um direito penal do autor, logo, para a ressocialização pura é mais importante a mensuração e aplicação da pena ao autor do que o fato em si.

7. CONCLUSÃO

Como dito no ato introdutório o nosso estudo se voltou à análise da Pena como pressuposto de Ressocialização, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, onde o tema central objetivou alcançar uma resposta possível à indagação efetivada na hipótese lançada.

As pesquisas e estudos não foram tarefa fácil e simples, verificamos de início, que a estrutura da Teoria Democrática Garantista, funda-se sobre os princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade de direitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência, decorrendo, por óbvio do iluminismo e liberalismo; havendo sido fruto da Constituição Italiana como parâmetro de racionalidade, justiça e de legitimidade de intervenção punitiva.

Especificamente em matéria penal, o garantismo representa o instrumento de racionalização da intervenção penal, o que se efetiva por meio do afastamento de seu uso como forma de controle social em detrimento dos direitos e garantias individuais, e nesta trilha, o garantismo dá vida a um instrumental prático-teórico capaz de atender a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes público e/ou privados.

No tocante ao Pluralismo Político e Liberdade de Consciência e Crença, chegamos à conclusão de que almejam a desconcentração do poder de decisão das mãos de um único setor, evitando que o Estado, através de um único grupo, unilateralmente, controle toda a nação segundo seus interesses, logo, no presente contexto, representam a máxima da convivência harmônica e pacífica entre os diversos grupos sociais, que a seu contento e com os seus instrumentos apresentaram e defenderam suas ideias e concepções; assim sendo, se um grupo político estiver à frente do Estado tomando decisões, estas estarão sujeitas ao crivo dos demais grupos, o que se dará por meio da devida representação. Disto decorre a liberdade de expressão e pensamento.

Reside à finalidade da pena no objetivo estatal de cumprimento da atuação penal, fato que representa não apenas o papel de integração das normas, mas também de orientação hermenêutica, fornecendo elementos para a complementação das lacunas deixadas pelo legislador quando da aferição em relação a cada caso concreto.

E por assim ser, a ressocialização corresponderá à finalidade máxima da pena, promovendo, assim, a reinserção do apenado no espaço próprio da política criminal ao contexto social após o cárcere, efetivando, desta feita, o *modus vivendi* entre este e a sociedade, afastando ou até mesmo reduzindo qualquer outra importância da sanção penal.

Desta feita, com amparo na doutrina abordada, verificamos que não há o que se falar em legitimação pela vontade da maioria em detrimento da minoria, que se vê obrigada a seguir suas determinações deturpando a legitimidade do ideal ressocializador da pena, haja vista, com aparo nas exposições de Ferrajoli (2006) acerca do garantismo, no sentido de que qualquer tratamento penal destinado à modificação coercitiva da pessoa adulta para fins de recuperação ou integração social fere não somente a dignidade do sujeito tratado, mas um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, consistente no respeito das diversidades e tolerância.

Ora, com efeito, o ideal ressocializador é inconstitucional por violar o princípio da igualdade em afronta ao pluralismo ideológico, haja vista que no paradigma estatal vigente urge a desmistificação da ideia de que o autor do delito é o único responsável, o decorre na perda do significado do ideal ressocializador, inexistindo uma sociedade perfeita e harmônica, o que faz com que o delito seja um desdobramento de circunstâncias.

A punição como caráter ressocializador enseja a intervenção máxima do Estado com intuito de intimidar, desprovida de limites, o que elimina, decerto, a finalidade garantista do direito penal no Estado Democrático de Direito, raciocínio que estrutura nos direitos

fundamentais do condenado, não nos descurando que o Estado não pode simplesmente atingir os direitos fundamentais do condenado, para tal ele necessita de forte fundamentação extrema de dúvidas e bem justificada.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal; Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro*. 2009, 185ff. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo, como requisito a obtenção do título de mestrado.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Liberdade de Consciência e de Crença*. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2_3_1.php>. Acesso em: 10 Set. de 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 107

BINTENCOURT, César Roberto. *Novas Penas Alternativas*. 3ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2006.

BORGES, Tasilla Aguiar Carvalho. *A Função Social da Pena e a Ressocialização da Penitenciária Lemos Brito*. Monografia apresentada ao Instituto de Educação Superior UNYAHNA de Salvador - IESUS como requisito final para obtenção do título de Bacharel em Direito. Professora-Orientadora: Thaís Bandeira. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8275>. Acesso em: 13 Set. 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In Vademecum Saraiva, São Paulo: Saraiva, 6.ed., 2008.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. In Vademecum Saraiva, São Paulo: Saraiva, 6.ed., 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. In Vademecum Saraiva, São Paulo: Saraiva, 6.ed., 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, nº. 03, pág. 483, Mai. 1999. Belo Horizonte, 1999.

CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28ª Edição. Editora Vozes: Petrópolis, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 9 ed. Niterói: Impetus, 2007. v.1 p. 485.

GUTERRES, Márcio. LOPES DA SILVA, Rita de Cássia. Estado Democrático de Direito. In: Aspectos do Crime Organizado em Relação ao Estado Democrático de Direito. Iniciação Científica CESUMAR Jul./Dez. 2006, v. 08, n.02. Maringá, 2006. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/icesumar/article/viewFile/266/85>>. Acesso em: 01 Set. 2019.

MAULAZ, Ralph Batista de. Os Paradigmas do Estado de Direito – O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <[http://74.125.113.132/search?q=cache:izbebasubicj:www.atamedf.com.br/material/doc/mat06032401.doc+os+paradigmas+do+estado+de+direito+%e2%80%93+o+estado+liberal,+o+estado+social+\(socialista\)+e+o+estado+democr%C3%A1tico+de+direito&cd=1&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br](http://74.125.113.132/search?q=cache:izbebasubicj:www.atamedf.com.br/material/doc/mat06032401.doc+os+paradigmas+do+estado+de+direito+%e2%80%93+o+estado+liberal,+o+estado+social+(socialista)+e+o+estado+democr%C3%A1tico+de+direito&cd=1&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 03 Set. 2019.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 78

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORELLI, Daniel Nobre. *Notas sobre o Pluralismo Político e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst54.html>>. Acesso em 09 Set. de 2019.

NETO, Gercino Gerson Gomes. *A Inimputabilidade Penal como Cláusula Pétrea*. 3ª ed. revista e ampliada. Florianópolis: Centro das Promotorias da Infância, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Moralidade e Jurisdição: A Compreensão Procedimentalista do Direito em Jürgen Habermas*. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Doutorado vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/30313>>. Acesso em: 05 Set. 2019.

OLIVEIRA , Eugênio Pacelli de Oliveira. Curso de Processo Penal – 9ª ed. Lúmen Iuris: Rio de Janeiro, 2008.

QUEIROZ, Shymene Silva. *A pena no Estado Democrático de Direito*: Uma breve análise conceitual, principiológica e teleológica. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8643&revista_caderno=3>. Acesso em: 01 Set. 2019.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral - arts. 1º a 120. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 538.

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 1ª Edição. Editora Veja: São Paulo, 1986.

SILVA, Alexandre Garrido da; ARAUJO, Anna Federici; PEÇANHA, Daniella; et al. *Os Fundamentos Teóricos e Práticos do Garantismo no STF*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 6, p. 107-123, fevereiro/2010. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em 12 Set. de 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO REDUÇÃO DOS DANOS NO SISTEMA CARCERÁRIO

CUSTODY AUDIENCE AS DAMAGE REDUCTION IN THE PRISON SYSTEM

**Waldir Miguel dos Santos Júnior⁹
Thamara Christina da Cruz Gomes¹⁰**

RESUMO

Este estudo, a partir de dados empíricos e análises teóricas, tem por escopo apresentar um panorama geral acerca da implementação desse Direito Penal moderno no ocidente, transnacionalizado para a América Latina, com seus discursos legitimadores, para, a seguir, confrontá-lo com sua operacionalidade e verificar se a audiência de custódia constitui uma forma eficaz de reduzir os danos causados pelo encarceramento. Pode-se constatar que a privação de liberdade, pena máxima da modernidade, tem causado mais violência do que promete conter. É que o encarceramento é uma realidade na vida de inúmeros sujeitos. A partir de tais dados, buscou-se analisar o mecanismo processual denominado audiência de custódia, implementado no Brasil pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº. 213/2015, vindo a ser recepcionado e implementado pelos tribunais estaduais, observando, assim, a tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Os dados estatísticos informaram que há um perfil de sujeitos que, majoritariamente, ocupam as prisões e, conforme a teoria da vulnerabilidade, o direito penal, seletivo e estigmatizador, se ocupa de punir aqueles que já são relegados à margem da sociedade. Assim, diante do estado de coisas inconstitucional que se instaurou, pôde-se perceber que, mecanismos como a audiência de custódia se tornam meios que tem a potencialidade de reduzir danos causados pelo sistema carcerário, embora não seja, por si só, capaz de trazer mudanças estruturais no sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Criminalização; Encarceramento; Danos; Audiência de Custódia.

ABSTRACT

⁹ Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes RJ. É membro do ICP (Instituto de Ciências Penais). É Associado ABRACRIM (Associação brasileira de Advogados Criminalistas). Professor de Direito Penal da FAC. Advogado Criminalista.

¹⁰ Advogada - OAB/MG 192817. Pós graduada em Direito Penal pela Faculdade Metropolitana. Curso de aperfeiçoamento em Psicologia e Criminologia pela Faculdade Metropolitana.

This study, based on empirical data and theoretical analysis, aims to present a general overview about the implementation of this modern Criminal Law in the West, transnationalized to Latin America, with its legitimating discourses, and then confronting it with its ensure that the custody hearing is an effective way to reduce the damages caused by incarceration. It can be seen that deprivation of liberty, the ultimate penalty of modernity, has caused more violence than it claims to contain. And that incarceration is a reality in the lives of countless subjects. Based on these data, we sought to analyze the procedural mechanism called custody hearing, implemented in Brazil by the National Council of Justice, through resolution no. 213/2015, to be approved and implemented by the state courts, thus observing international treaties ratified by Brazil. The statistical data reported that there is a profile of subjects that, in the majority, occupy the prisons and, according to the theory of vulnerability, the criminal, selective and stigmatizing law, takes care of punishing those who are already relegated to the margins of society. Thus, in view of the unconstitutional state of affairs that has arisen, it has been realized that mechanisms such as the custodial audience become means that have the potential to reduce damages caused by the prison system, although it is not in itself capable of bringing structural changes in the criminal justice system.

Keywords: Criminalization; Incarceration; Damage; Custody Hearing.

1. INTRODUÇÃO

Cada época da história, no Ocidente, se experienciou formas de combate a condutas tidas como prejudiciais. Houve a época dos castigos corporais, das mortes em praças públicas, dos suplícios, da queima das bruxas, do combate aos hereges, da internação dos doentes, até que, na modernidade, ao Estado foi delegado o poder punitivo.

Essa forma específica de punir, por meio das instituições mantidas e reguladas pelo Estado, ou seja, uma punição institucionalizada, buscou exercer o controle social entre as classes existentes, se legitimando por meio de ideais iluministas e positivistas.

Com a consolidação do Estado e do direito penal modernos, a prisão se tornou a pena por excelência, passando a sua legitimação por dois estágios: o primeiro, filosófico; e o segundo, jurídico.

Essa forma de controle social, exercida pela função preventiva e repressiva da pena, inicialmente desenvolvida na Europa, foi trazida para a América Latina e adequada às peculiaridades desse espaço geopolítico. Aqui, nos trópicos, o Estado, com sua fúria punitiva, tem criado várias legislações trazendo novos crimes, ou então alterando as penas dos já existentes, sob o discurso de combate à criminalidade.

Sob as mãos da polícia, do judiciário, do sistema de cumprimento das penas e medidas de segurança, muitos cidadãos são presos, ora em flagrante, ora em razão de uma sentença penal

condenatória. E, apesar desse cenário, nas instâncias de controle informal, como a mídia, a escola, faculdades, dentre outras, muito se fala sobre o aumento da criminalidade.

Ora, se mesmo com a inflação legislativa e com o endurecimento de penas, muitos sujeitos ainda cometem condutas descritas em tipos penais, e mesmo com o diálogo entre as instâncias formais e informais de controle, o sistema de justiça criminal não dá conta de reprimir a criminalidade.

Os presídios estão superlotados, o encarceramento tem se mostrado crescente e massivo, a violência continua sendo perpetuada dentro e fora das prisões. Então, se pergunta: quais medidas devem ser tomadas para alterar este cenário?

Diversos autores demonstram que há uma crise no sistema de justiça criminal, e que, apesar de o direito penal ter sido implementado com a promessa de proteger a sociedade, existem outras finalidades desse direito que ficam às ocultas. Fala-se, ainda, em uma deslegitimação dessa lógica e forma punitiva, bem como na deslegitimação da prisão enquanto meio de combater a criminalidade, considerando, dentre outros elementos multifatoriais, que a forma como esse direito é implementado e operado faz dele um mecanismo institucional que viabiliza a manutenção do *status quo*.

O sistema carcerário brasileiro é alvo de inúmeras problematizações, seja pela forma como ele funciona, seja pelo perfil dos sujeitos que ocupam, majoritariamente, tal espaço. Assim, o Conselho Nacional de Justiça buscou regulamentar um mecanismo processual intitulado audiência de custódia, cuja finalidade principal é ser um mecanismo de redução de danos ao sistema carcerário.

Por meio de coleta de dados, de revisão bibliográfica e análise de resultados, este trabalho buscará discutir três aspectos principais: o surgimento do Direito Penal moderno, com seus discursos declarados (tradicionais), confrontando-o com a sua operacionalidade; o sistema carcerário brasileiro; e a audiência de custódia enquanto meio transitório de redução de danos.

2. O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

A modernidade experimentou uma forma específica de organização social por meio do Estado de Direito. E também viu surgir uma nova forma de sistema se estabilizar, o capitalismo. Esses dois fenômenos sociais trouxeram mudanças profundas no sistema de justiça e alteram, em muito, as formas punitivas.

Na modernidade o ocidente experienciou uma série de mudanças de paradigmas, entre eles a formulação do direito escrito, positivado em códigos. De acordo com Andrade (2012) as sociedades elaboram a forma de punir que melhor atende aos interesses do sistema que lhe sustenta, portanto, a pena como sanção máxima é a que melhor atente aos interesses capitalistas, assim como os castigos físicos eram a pena por excelência do antigo regime.

Seguindo este raciocínio, ao se pensar o direito penal moderno, deve-se buscar conhecer acerca da emergência do Estado de Direito, visto que há um nexo funcional entre este e aquele. (ANDRADE, 2012). O direito penal fornece instrumentos para se conter o estado de polícia existente no Estado de Direito. Fala-se, então, em limitação do poder de punir.

O que se faz necessário destacar é que o Estado de Direito característico do avanço da modernidade, segundo os discursos que sustentam sua legitimidade, partindo de pressupostos funcionalistas da sociedade, tem como finalidade a contenção do exercício arbitrário do poder. Vieira (2008) esclarece que:

[...] o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana. (VIEIRA, 2008, p. 188).

O Estado de Direito propicia a organização social e limitação de agir pelo conjunto de leis, estabelecendo competências, atribuições, formas de exercício do poder e limitação do exercício punitivo, com vistas a assegurar maior autonomia e ampliar as esferas de liberdade dos sujeitos, compatibilizando os arbítrios.

Quando se fala em limitação em um Estado de Direito se está a pensar essa limitação não como fim, mas como meio para fazer com que todos tenham suas esferas de liberdade protegidas.

A saída do antigo regime para o Estado de Direito, com todas as transformações ocorridas na modernidade, nos vários setores sociais, refletiu na forma de se exercer o controle punitivo, constituído o que se convencionou chamar de direito penal moderno. Sobre esse ponto, explica-se que

O controle penal moderno, constituído especialmente no século XVIII, emergiu historicamente a partir de quatro transformações fundamentais: de uma relação estreita entre controle punitivo e o desenvolvimento do Estado Moderno, burocrático, racionalizado e centralizado; da formação de um corpo de especialistas responsável pela inflação das diversas classificações de desvio; do desenvolvimento das instituições totais para segregar os desviados; e, por fim, da substituição do castigo

enquanto inflição de dor corporal para a mente enquanto objeto de repressão. (PRANDO, 2006, p. 78).

Com a promessa a erradicação dos castigos corporais, em prol da liberdade individual e do fim da barbárie, com a finalidade de proporcionar a emancipação humana e o avanço da civilização, deixando para trás a era das trevas e adentrando na era das luzes, teóricos anunciavam o contrato social como o rompimento com a tutela privada enquanto meio de apaziguar a sociedade. (CARVALHO, 2008). Esse primeiro momento é o da fundamentação filosófica desse novo modelo de sociedade em construção, sociedade essa que visava a expansão de seu modelo econômico.

No segundo momento, o da fundamentação jurídica, que se deu mais a partir do século XVIII, surge a questão referente a limitação do direito de punir do Estado, quando o marquês de Beccaria propõe o princípio da legalidade em seu livro “Dos Delitos e das Penas”, livro este que constitui o marco para o saber criminal moderno. (BECCARIA, 1995). Nesse sentido, Carvalho (2008) pontua que:

O marco referencial das ciências criminais da Modernidade é, inegavelmente, a obra Dos delitos e das Penas, de Beccaria, que não apenas delinea a principiologia humanista do direito penal e processual penal, mas realiza sua adequação com a filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e presunção de inocência são temas reiterados na tentativa de aniquilar a base inquisitória do direito penal e processual penal pouco harmônica com os ideais das luzes. (CARVALHO, 2008, p. 10).

A reorganização da sociedade, conforme os discursos tradicionais, com influência iluminista e positivista, trazia a esperança de se colocar fim aos castigos corporais e fazer emergir uma nova era de tutela estatal sobre os conflitos, com o discurso oficial de humanizar as sanções e reeducar os transgressores.

Nesse contexto surgiu então o crime e o castigo regulamentados pelo Estado burguês que com base nos saberes constituídos foi legitimado a dizer quais condutas seriam punidas e quais seriam toleradas. (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2015). Nota-se, daí, a emergência dos processos de criminalização primária e secundária.

Os saberes legitimadores desse fenômeno social conhecido como direito moderno pretendiam, ainda, e ao menos oficialmente, propagar a objetividade na tutela dos conflitos, prometendo imparcialidade na aplicação das normas jurídicas.

Esse direito penal moderno foi estabelecido pela classe social dominante para ser um mecanismo de controle social, por meio do qual o outro, considerado desviante, criminoso,

perigoso, seria erradicado, enclausurado em presídios com a alegada finalidade de ser ressocializado.

Tanto as instâncias formais quanto as informais concorrem para a correção do transgressor.¹¹ E como a liberdade é um bem caro ao sujeito moderno, a privação da liberdade por meio da pena passou a ser justificada sob o discurso de se proteger a coletividade contra aqueles que infringem as normas estatais de tutela dos bens jurídicos considerados importantes. E nesse Estado de Direito moderno o bem jurídico é o conceito traz o objeto de proteção do Direito Penal.

Não há como se interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito, sem a ideia de bem jurídico. Isto se dá porque o tipo exerce, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, um limite inequívoco à intervenção penal (...) o bem jurídico está na matéria do tipo enquanto objeto de proteção. Isto se dá porque a restrição do *jus puniendi*, parafraseando Mir Puig, supõe que o direito penal é um mal menor, que só é admissível na medida em que seja indispensável. (BRANDÃO, 2014, p. 113).

Ainda a partir da análise do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos, há um viés que sob, esse auspício, legitima uma inflação legislativa.

A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificativa de proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e consequentemente do horizonte de projeção da punitividade. (CARVALHO, 2008, p. 101).

O ponto central da função declarada do sistema punitivo construído na modernidade, no bojo do Estado de Direito, é garantir a segurança jurídica dos sujeitos, defendendo a sociedade dos desviantes, vistos como um mal a ser extirpado por meio da aplicação de uma sanção denominada pena quando esse desviante ofender um bem jurídico considerado relevante.

O sujeito transgressor é entendido como desviante, como aquele que infringe uma ordem estabelecida. Para essa discussão é importante recorrer, em um primeiro momento, àquilo que

¹¹ Ao pensar sobre as instâncias informais de controle existentes no meio de produção capitalista, Chaves Júnior e Oldoni acrescentam que “por trás de todos os seguimentos de controle informal, atuando como iminência parda, existe um denominador comum determinando o *modus operandi* de cada segmento: o modelo de produção do Estado, no caso o capitalismo, verdadeiro poder “invisível que a todos governa, embora não tenha sido eleito por ninguém.”

a dogmática entende enquanto teoria do crime¹², para se reconhecer a lógica que justifica, sob a ótica do próprio direito penal, a imposição de uma pena.

Baseado nessa necessidade de racionalizar a forma de punir, foram elaboradas as teorias legitimadoras e sustentadoras do sistema de justiça criminal, e do direito penal e processual penal. Dentro da dogmática penal há três pilares que são a teoria da lei penal, a teoria do crime e a teoria da Pena. (BRANDÃO, 2014). Todas conferem cientificidade ao direito penal e orientam sua aplicação.

A dogmática penal no Brasil define o crime enquanto um fato típico, antijurídico e culpável. (ZAFARRONI; PEIRANGELI, 2015). Este é o denominado conceito analítico, ou tripartite, de crime. Tripartite porque composto de 3 elementos sem os quais uma conduta não pode receber o *status* de criminosa.

O primeiro elemento do conceito analítico de crime é a tipicidade, entendida enquanto um juízo de adequação entre uma conduta praticada por um indivíduo, em determinado espaço geográfico, em um certo tempo, que contraria uma norma penal vigente. De acordo com Cláudio Brandão (2014, p. 60) “quando alguém realizava uma conduta típica, esta relação de adequação entre a conduta concretamente realizada e o tipo modelar abstrato é chamada de tipicidade”.

Já a antijuridicidade, enquanto segundo elemento do conceito analítico de crime, representa a contrariedade da conduta em face do ordenamento jurídico. Isto se dá em razão de a “antijuridicidade ser a contradição da ação que realiza um tipo penal com o ordenamento jurídico em seu conjunto”. (BRANDÃO, 2014, p. 64).

A culpabilidade recai sobre o agente, sendo, portanto, o último elemento do conceito analítico em comento. A culpabilidade significa um juízo de reprovação que recai sobre um sujeito que possui autodeterminação e, mesmo assim, agiu contrário ao direito, sendo composta por imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude exigibilidade de conduta diversa. (BRANDÃO, 2014). O autor ainda acrescenta que

A culpabilidade é definida como um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, optou por se comportar contrário ao direito. Tal juízo de reprovação é dirigido ao sujeito e feito pelo direito [...]. (BRANDÃO, 2014, p. 167).

¹²É com a teoria do crime que se estabelece o conceito de crime, enquanto conduto típica, antijurídica e culpável, e a partir dessa conceituação, se torna possível verificar que a conduta praticada pelo sujeito é possível de ser subsumida em um tipo penal e, em decorrência, ser aplicada uma pena. (BRANDÃO, 2014).

Dessa feita, para que haja um crime a conduta do agente deve ser típica, antijurídica e culpável, e a pena é a decorrência da prática dessa conduta praticada por um agente em um determinado espaço-tempo. Com base nos elementos dogmáticos do conceito analítico de crime, se tornou possível atribuir a um sujeito a nomenclatura de criminoso.

Apenas do discurso oficial do direito penal proclamar que não pune pessoas, e sim condutas, não se pode olvidar que quem vai preso é um sujeito, uma pessoa. Dentro das teorias do desvio, baseada no positivismo e organicismo, o criminoso era entendido enquanto um inimigo da sociedade, pois era aquele que contrariava a ordem estabelecida quando, por meio de sua conduta, ofendia a um bem jurídico considerado importante de ser preservado. (ANDRADE, 2012). Assim, o criminoso merecia a imposição de uma pena como forma de o ressocializar, ou seja, torná-lo hábil a conviver em sociedade novamente.

Essa forma de compreensão do criminoso é denominada de etiológica, pois buscava em fatores bioantropológicos e naturais a causa do desvio. (CARVALHO, 2008).

Entretanto, para se avançar na discussão, é importante mencionar que a criminologia crítica trabalha não com a ideia de desvio, mas sim com a ideia de processos de criminalização primária e secundária, ou seja, formas pelas quais e motivos pelos quais, a determinados sujeitos, e a outros não, é atribuído o *status* de criminoso, esbarrando na seletividade do Direito Penal. (ANDRADE, 2012).

Nem todos os sujeitos que praticam condutas típicas estão suscetíveis à atuação das instâncias punitivistas. Aqueles que correspondem ao esteriótipo de “bandido” fica mais suscetível à aplicação de lei penal.

Conforme elucida Baratta (2002), o direito penal aplicável a todos, sem distinção, é um mito, pois não há uma defesa de todos os bens considerados essenciais, mas tão somente daqueles bens que interessam àqueles que detém poder econômico.

Assim sendo, a seletividade do sistema de justiça criminal é estrutural e a ação dos órgãos extrajudiciais é filtrada. Embora se tenha anunciado o fim das teorias periculosistas, são elas que ainda norteiam os processos de criminalização primária e secundária.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os índices de encarceramento no Brasil, assim como o perfil dos encarcerados mostram que o gênero, a classe e a raça influenciam nos processos de criminalização.

Os índices de encarceramento no Brasil experimentaram um crescimento exponencial nos últimos anos, chegando a preocupar desde os operadores do direito até os agentes envolvidos com o sistema carcerário.

Hoje há mais presos do que vagas nos presídios. Os índices de presos provisórios também são muito grandes. Ou seja, no Brasil, se prende muito e há um alto índice de pessoas em privação de liberdade sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Há um perfil de sujeitos que ocupa os presídios, marcados pelos critérios de gênero, de raça e de classe. Tais dados confirmam que o processo de criminalização, tanto primário quanto secundário, obedece a uma lógica multifatorial.

O constante aumento do número de pessoas presas deve, necessariamente, estar na pauta dos modelos dogmáticos e criminológicos, mesmo que não tenham como objetos diretos de investigação as violências institucionais e as estratégias punitivas de controle social. (CARVALHO, 2013, p, 147).

Com a finalidade apurar a situação carcerária brasileira, o Departamento Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça e Segurança Pública realizaram um levantamento nacional de informações penitenciárias, que recebeu o nome de Infopen 2016.

O Infopen trouxe importantes dados estatísticos sobre a situação das pessoas em privação de liberdade e também mapeou o perfil dos encarcerados no país, emitindo o relatório no ano de 2017.

Conforme o relatório o Brasil apresenta a quarta maior população carcerária do mundo, cujo índice de encarceramento é superado apenas pelos Estados Unidos da América, pela China e pela Rússia. (BRASIL, 2014). De acordo com os dados apurados, a população prisional brasileira conta com 726.712 presos, somando os presos definitivos e os que aguardam julgamento. (BRASIL, 2014).

Ao se analisar o alto número de encarcerados fica nítido que tal índice não condiz com as vagas existentes, havendo, assim, um deficit de vagas. Pelos dados do BRASIL (2014, p. 8) “em relação ao número de vagas, observamos um deficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível”.

Estes dados apurados demonstram que o encarceramento aumentou e que o número de vagas disponíveis não acompanhou o índice. Assim, pode-se refletir que a privação de liberdade não tem se mostrado, empiricamente, uma medida eficiente para combater a criminalidade. Apostar na prisão tem se mostrados uma falácia.

Em relação a taxa de aprisionamento, o relatório informou que teve um aumento de 157%, sendo o estado do Mato Grosso do Sul é o que apresentou o maior índice de encarceramento em termos proporcionais, tendo em vista que conta com 696,6 presos para cada grupo de 100.000 habitantes, ao passo que o estado do Paraná é o que mais tem condenados cumprindo pena em regime aberto. (BRASIL, 2014).

O estudo ainda demonstra que no período de um ano uma média de um milhão de pessoas passaram pela experiência de se verem encarcerados.

E sobre os índices dos tipos de prisão, o relatório aponta que uma média de 40% das pessoas em privação de liberdade estão segregados cautelarmente, ou seja, se tratam de presos provisórios. Além do alto índice de encarceramento, há também um grande número de pessoas aguardando julgamento.

De acordo com o gráfico, 40% das pessoas presas no Brasil em Junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas. Este dado varia sensivelmente entre os levantamentos mais recentes do Infopen: no levantamento de junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional. (BRASIL, 2014, p. 13).

Sobre os presos definitivos o relatório aponta que

As demais destinações se dividem entre o regime fechado (24% das unidades), regime semiaberto (8%), regime aberto (2%), destinados a diversos tipos de regime (13%), destinados ao cumprimento de medida de segurança (2%), e aqueles destinados à realização de exames gerais e criminológicos e os patronatos 18, que juntos somam menos que 1% do total de unidades. (BRASIL, 2014, p. 13).

Outro dado importante levantado é de que dentre os encarcerados no país, um percentual de 55% tem idade entre 18 a 29 anos e, se for avaliado por estado, os que tem o maior número de jovens presos, com idade até 25 anos, são o Acre, com 45%, o Amazonas, com 40% e o Tocantins que conta com 39%. (BRASIL, 2014).

E no tocante ao nível de escolaridade dos presos a situação não deixa de ser preocupante. Pelos dados 75% dos encarcerados no Brasil sequer chegou até o ensino médio, e somente 1% dos presos possui graduação. (BRASIL, 2014).

Quanto aos crimes que mais levam pessoas aos presídios o BRASIL (2014) demonstra que o tráfico de drogas é o tipo penal que mais encarcera, contando com 28% dos presos por suposta afronta à Lei 11.343/2006.

Crimes patrimoniais como roubo e furto somados chegam a um percentual de 37%, enquanto que somente 11% do percentual é ocupado por presos que cometeram homicídios.

Ainda, quanto ao perfil dos encarcerados, é importante apontar os marcadores de gênero, raça e classe, os quais serão expostos a seguir.

Analisando esses dados, bem como os outros trazidos no Infopen, observa-se que a maioria das pessoas que se encontram privadas de liberdade são do gênero masculino e que a maioria dos presídios foram planejados para serem ocupados por homens. (BRASIL, 2014).

Nos termos do relatório

74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 17% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino. (BRASIL, 2014, p. 19).

A partir de tais dados se pode constatar que a prisão foi pensada, majoritariamente, para custodiar homens jovens e semialfabetizados. Entretanto, apesar de os percentuais de homens e mulheres presos seja bem diferente, nota-se, ainda, que há um aumento do percentual de aprisionamento feminino, se comparado ao masculino.

Pelo relatório se extrai que há um total de 45.989 pessoas do gênero feminino em privação de liberdade e que dentre tal índice, um percentual de 62% das mulheres foram presas por suposto envolvimento com o tráfico de drogas, ao passo que o percentual de encarceramento masculino por tráfico é de 26%. (BRASIL, 2014). Nota-se, aqui, um aumento do aprisionamento feminino em três vezes a mais, por tráfico, se comparado ao masculino.

Sobre os crimes contra o patrimônio o relatório diz que “os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento e 20% dos crimes relacionados às mulheres. (BRASIL, 2014, p. 43). Pelo exposto, se extrai que enquanto a taxa total de aprisionamento geral aumentou 119% entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460% no período.

Por sua vez, sobre os dados étnico-raciais, o relatório informa que 64% da população em privação de liberdade é composta por pessoas negras. Tais dados corroboram que o direito penal age pela lógica do extermínio, conforme já mencionado neste trabalho. Esse encarceramento em massa impede que a população encarcerada, que se enquadra em um determinado perfil social, não tenha acesso aos processos democráticos decisórios, como voto, uma vez que o preso perde seus direitos políticos.

E pelo até aqui analisado, se torna nítido que a prisão não resolve a questão da criminalidade, até porque o termo criminoso é um status atribuído a determinados sujeitos.

Assim, o cerne da questão não está na falta de prisões ou na falta de aprisionamento, mesmo porque o Brasil prende muito, conforme visto.

Racionalizar as formas de punir seria, então, a partir desses discursos oficiais, uma forma de evitar mais violações e assegurar ao sujeito a manutenção da sua esfera de liberdade, ao passo que somente o Estado poderia punir, isto é, não existiria mais a tutela privada dos conflitos em se tratando de punição.

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador. (BITENCOURT, 2017, p. 113).

A pena de privação de liberdade, no direito penal moderno, a despeito da promessa de ressocialização, pune determinados grupos sociais que, de algum modo, constituem um empecilho à ordem burguesa e capitalista.

Sobre as prisões provisórias, cujo percentual de encarcerados chega a 40%, viola a presunção de inocência e transforma a presunção de periculosidade em prática recorrente. De acordo com Zaffaroni (2007, p. 70) “quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”.

E também a situação dos presídios, com sua falta de estrutura para receber as pessoas em privação de liberdade, a falta de presídios femininos, a falta de vagas nos presídios que faz com que as pessoas em privação de liberdade sejam colocadas em situação extremamente precária, todos esses fatores constituem graves violações aos direitos humanos, contrariando, desse modo, os preceitos constitucionais.

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas da falta de ar, na umidade e dos odores nauseabundos. Mesmo nas prisões mais modernas [...] podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico. (BITENCOURT, 2017, p. 165-166).

Em face dessa situação de violação de garantias básicas, de crise do direito penal e de falência da pena, o Estado de Direito também é violado.

A função do direito penal e de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá. (ZAFFARONI, 2007, p. 172).

Ao passo que o avanço da modernidade, principalmente a partir da Segunda Guerra, trouxe a necessidade de cada vez mais se proteger os direitos básicos do homem, a prisão, e o sistema de justiça criminal por meio de sua operacionalidade, constituem, ainda mais em países marginais como os da América Latina, um meio institucional de violação de direitos humanos.

4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A pena de prisão para o direito moderno, entendida enquanto última medida, interrompe temporariamente um dos direitos fundamentais do cidadão, que é a liberdade. A partir dessa perspectiva, e considerando também as reformas operadas no Código de Processo Penal, em especial as trazidas pela Lei nº. 12.403/11¹³, a prisão passou a ser uma medida excepcionalíssima. Porém, mesmo assim, os índices de encarceramento aumentaram nos últimos anos, sendo necessário adotar outras medidas para evitar a banalização da prisão. (SILVA, 2017). Nesse contexto surgiu a ideia de implementar a audiência de custódia no Brasil.

Assim sendo, pode-se dizer que a audiência de custódia traz um procedimento necessário quando se prontifica a analisar “o processo penal através de um viés constitucional, pois estão inseridos nesse ato valorosos princípios processuais, como presunção de inocência, ampla defesa e contraditório”. (MARQUES, p. 16, 2016). E também para assegurar os direitos dos jurisdicionados por meio da contenção do poder punitivo a audiência de custódia se justifica. (PAIVA, 2015).

Um debate em torno dessa audiência é o acerca da sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. A audiência de custódia, regulamentada pela Resolução 2013, de 15 de dezembro de 2015, funciona enquanto uma forma de controlar judicialmente a prisão, sem se confundir com a norma trazida no art. 306, §§1º e 2º do CPP.

13

Essa lei trouxe alterações sistemáticas em relação as prisões cautelares, propiciando ao juiz a possibilidade de aplicar medidas cautelares alternativas à provisória, buscando, assim, evitar a prisão do investigado antes de haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

De acordo com Paiva (2015) essa audiência também não se confunde com audiência de apresentação, já prevista no Código Eleitoral e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto a sua conceituação, trata-se, então, de um mecanismo processual segundo o qual na hipótese de um cidadão ser preso, deve ser levado à presença da autoridade judicial em um prazo máximo de até 24 horas da comunicação do flagrante. (CNJ, 2015). Não se trata de uma antecipação da audiência de instrução, mas sim de um meio de avaliar a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua manutenção ou substituição.

A primeira e mais elementar lição sobre a dinâmica procedimental da realização da audiência de custódia é a de que o ato não deve servir como uma antecipação do interrogatório ou da instrução processual. A atividade judicial praticada na audiência de custódia, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido. (PAIVA, 2015, p. 89).

Nessa audiência realizada pela autoridade judicial, que funciona como um espaço de diálogo pelo viés institucional, devem estar presentes o promotor de justiça e o conduzido acompanhado por um defensor público ou advogado.

Ao realizar a audiência a autoridade judicial avaliar se a prisão ocorreu com a observância das normas legais e, ainda, se há a necessidade de manter a segregação do flagrantado ou lhe conceder a liberdade provisória com ou sem a implementação de cautelares diversas da prisão. (FREITAS; FRANÇA, 2016, p. 3). Embora seja um mecanismo processual, não há lei que determinada a realização da audiência de custódia.

Entretanto, está em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei com a finalidade de regulamentar o tema por meio no Projeto de Lei nº. 554/2011. (PAIVA, 2015). Portanto, a validade da audiência de custódia não está subordinada exclusivamente à existência de uma lei processual que a determina. Assim, mesmo sem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a audiência de custódia é legítima, porquanto se encontra prevista em tratados internacionais e em pactos ratificados pelo Brasil, bem como se mostra adequada às normas constitucionais e processuais.

Cabe mencionar o Pacto São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos enquanto marcos normativos legitimadores da audiência de custódia. Este traz a previsão no art. 9, item 3 e aquele no art. item 5. (CNJ, 2015). Tais pactos foram aderidos pelo Brasil há anos.

Outro marco importante sobre as audiências de custódia é a ADPF n°. 347, ajuizada para pleitear que o Estado reconheça a grave violação dos direitos humanos causada pela atual situação carcerária.

Diante da situação supramencionada o Partido Socialismo e Liberdade teve a iniciativa, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de pleitear o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária, sendo esta caracterizada por um estado de coisas inconstitucionais e um dos fatores que resultaram essa situação são as ações omissivas dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). (FREITAS; FRANÇA, 2016, p. 2).

A partir dos marcos relatados, a audiência de custódia teve início, já no ano de 2015, trazendo a possibilidade de que o preso em flagrante seja colocado em liberdade, com ou sem a imposição de cautelares, evitando, dessa forma, a superlotação dos presídios e funcionando como um paliativo para o alto índice de presos provisórios.

O princípio do devido processo legal, trazido pelo art. 5º, inciso LIV, se trata de um dos princípios que legitimam a audiência de custódia. De acordo com o referido inciso da Constituição “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

O devido processo legal engloba o contraditório e a ampla defesa, os quais são melhores efetivadas com a implementação do projeto audiência de custódia, tendo em vista que o próprio preso, assistido pela defesa, será ouvido perante o juiz responsável por relaxar sua prisão, a manter ou lhe conceder a liberdade provisória.

A audiência de custódia, enquanto mecanismo processual que visa analisar a legalidade da prisão, e também a necessidade de sua manutenção, encontra suporte na Constituição e no mencionado princípio do devido processo legal, que engloba tanto o contraditório quanto a ampla defesa.

Em resumida síntese, o contraditório, juntamente com a ampla defesa, instituiu-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal, pois é cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal. (MARQUES, 2016, p. 19).

Outro princípio norteador da audiência de custódia é o da motivação das decisões, previsto na Constituição em seu art. 93, IX, o qual dispõe que

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos

nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Ainda, aponta Paiva (2015, p. 31) que “a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma “das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado”.”

Outros princípios que dão suporte à audiência de custódia são os princípios do acesso à justiça e da presunção de inocência.

[...] a audiência de custódia assegura a integridade física e os direitos humanos dos presos, consolidando ainda o direito de acesso à justiça do preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial de persecução penal. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão contra o Estado, condizente com a presunção de inocência.(MARQUES, 2016, p. 14-15).

Os princípios norteadores da audiência de custódia apresentam relação com suas finalidades, pois os princípios visam (também) orientar a aplicação do direito. Dentre as finalidades do projeto audiência de custódia, Paiva (2015) elenca três eixos principais, que são: 1) a necessidade do Estado brasileiro observar as normas trazidas pelos tratados internacionais; 2) consolidar a prisão enquanto última medida, evitando, desse modo, prisões desnecessárias ou sem observância das normas processuais e; 3) prevenir torturas, maus-tratos e abusos de poder.

Conforme já esclarecido, os tratados internacionais preveem a apresentação do preso à autoridade judicial sem demora logo após ter restrita sua liberdade, portanto, a previsão normativa da audiência de custódia e sua implementação nos estados da federação constitui não apenas uma viabilidade, mas também, e principalmente, uma necessidade do Estado dar cumprimento às normas oriundas dos referidos tratados dos quais o país é signatário.

4.1. A Audiência de Custódia Como Mecanismo de Redução de Danos no Sistema Carcerário

O sistema de justiça criminal, por meio de sua operacionalidade, apesar do discurso tradicional de proteger bens jurídicos e evitar a violência da tutela privada, tem causado sérios danos. Tanto não tem sido capaz de cumprir suas promessas, através de seu discurso oficial, como tem sido amplamente eficaz ao cumprir seus discursos latentes. Conforme já analisado neste trabalho, inúmeros são os danos causados pelo encarceramento em massa, decorrente dos processos de criminalização primária e secundária.

E apesar da crise¹⁴ do sistema de justiça criminal, com sua crescente deslegitimação, não se pode deixar de pensar em formas de, no momento, com toda urgência que é preciso, elaborar formas de tentar reduzir os danos causados pela operacionalidade do direito penal. Os grupos vulnerabilizados estão sendo encarcerados em massa e estes dados não podem ser negligenciados.

Prender, e ainda mais preventivamente, não tem se mostrado uma boa estratégia para evitar o cometimento de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, tampouco tem se mostrado viável em termos de ressocialização. Ao contrário, tem apenas produzido e reproduzido mais violência.

Diante desse contexto de violência institucionalizada, especialmente contra os já vulnerabilizados, apostar na resposta punitiva representa uma relegitimação e ampliação do estado de polícia que, inclusive, sufoca o estado de direito pelo seu agigantamento, fazendo com que o direito penal mostre a face policialesca do estado, em vez de servir de meio para frear a fúria punitiva. (ANDRADE; SIQUEIRA, 2016).

Assim, a audiência de custódia, enquanto mecanismo processual que visa analisar a necessidade/viabilidade de manter a segregação cautelar do preso em flagrante, constitui uma forma de buscar amenizar dos danos causados pelo aprisionamento provisório¹⁵.

A nível estrutural a audiência de custódia não coloca fim aos problemas advindos do sistema de justiça criminal, e aqui não se está a defender esta ideia, todavia, é importante, no contexto atual, entender a referida audiência enquanto uma forma provisória de buscar amenizar os efeitos nefastos do encarceramento, ao possibilitar que o flagranteado seja colocado em liberdade mediante imposição de cautelares, ou mesmo que seja constatada a ilegalidade da prisão.

O direito penal moderno, com suas mazelas, é uma realidade e, por mais que seja necessário pensar formas de superação desse modelo punitivo, também é necessário buscar alternativas que tenham impacto na prática cotidiana. Tais medidas, como a audiência de custódia, frise-se, não devem ser vistas como formas de humanizar o sistema prisional ou

¹⁴ A expressão crise, aqui, também, é empregada no sentido atribuído por Zaffaroni e também por Andrade (2012) quando diz que a crise representa, ao mesmo tempo, o êxito do direito penal seletivo e estigmatizante.

¹⁵ Pelas pesquisas realizadas por Ribeiro, Prado e Maia (2015, p. 8) “em diversos contextos, as prisões preventivas são muitas vezes desnecessárias, podendo ser substituídas por uma liberação sem qualquer condicionalidade ou até mesmo pelo monitoramento eletrônico. Essa sistemática reduz a quantidade de indivíduos encarcerados injustamente, sendo este o argumento adotado por diversos defensores deste modelo no Brasil.”

relegitimar o sistema de justiça criminal, pois, conforme já demonstrados, estes cumprem perfeitamente suas funções latentes e demonstram o viés político do sistema criminal.

Assim, tem-se que relevância de se pensar, junto com mecanismos redutores de danos, outras formas de resolução de conflitos por meio da negação das teorias da pena.

Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política. A pena, distante de qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder a ser contido. (CARVALHO, 2008, p. 120).

Partindo dos efeitos concretos do direito penal, com ciência do seu viés não cumprido e do seu viés latente, a audiência de custódia exerce uma função democrática ao conceber a possibilidade do preso ser ouvido e também ao propiciar discussão direta sobre a legalidade e necessidade da prisão.

Ao se verificar, em termos empíricos, os impactos da implementação das audiências de custódia na cidade de Belo Horizonte, capital mineira, pode-se constatar que tal mecanismo fornece, a partir de uma teoria funcionalista, tanto um mecanismo para evitar maiores danos aos flagranteados em razão da possibilidade de serem colocados em liberdade, quanto um meio de amenizar a superlotação dos presídios. E, também, se tornou um mecanismo que propicia ao juiz verificar a ocorrência de maus-tratos, tortura, prisão arbitrária. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015).

Sobre o perfil dos sujeitos apresentados para a audiência de custódia, confirma-se, novamente, que a criminalização secundária atinge majoritariamente jovens, negros, pobres e semialfabetizados, sendo este o maior percentual apresentado. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015). Nestas circunstâncias, pode-se visualizar, mais uma vez, a seletividade do sistema de justiça criminal.

No tocante às colocações em liberdade e manutenção da segregação cautelar, em Belo Horizonte/MG, num total de 825 audiências realizadas, um percentual de 53,6% dos flagranteados tiveram sua prisão preventiva decretada, 44,1% tiveram a liberdade provisória com imposição de medida cautelar, 1,7% tiveram a liberdade provisória sem imposição de medida cautelar e apenas 0,6% tiveram o flagrante relaxado. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015). Esse quadro demonstra a necessidade de pensar outras formas, que não o aprisionamento, enquanto medida de resolução de conflito.

O panorama sobre a implementação das audiências de custódia na capital mineira demonstra a grande necessidade de se alterar a lógica punitiva, posto que se não houver esta mudança o mecanismo processual não dará conta de reduzir os danos, podendo, até mesmo, vir a ser subvertido.

[...] a institucionalização das Audiências de Custódia enquanto mecanismo apto a reduzir a quantidade de presos provisórios somente se verificará quando o projeto for capaz de mudar a lógica punitiva que orienta a formação e a rotina dos operadores do direito. Este argumento deve ser considerado na prospecção de cenários no Brasil, posto que, nessa localidade, é possível ver a disseminação de um populismo punitivo que entranha as interações sociais, pressionando as agências estatais por uma espécie de “fórmula mágica”, que significa privar da liberdade qualquer indivíduo desajustado, sob o argumento de que mais prisão significa também menos crime [...]. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 9).

Em relação à possível ocorrência de maus-tratos ou abusos cometidos por agentes públicos, o relatório informa que

Em 64% das audiências, o preso foi perguntado sobre maus tratos, sendo que em 62,9% dos casos foi o defensor público quem fez a pergunta. Em aproximadamente 1% dos casos foi o próprio preso quem mencionou o ocorrido. Em 35% dos casos não foi feito nenhum tipo de pergunta sobre maus tratos. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 46).

Assim, do até aqui exposto, se torna evidente que a estratégia de reduzir danos é necessária, sim, mas se não vier acompanhada de medidas que busquem alterar a lógica punitivista, pode ser utilizada para fins que não se pretendem.

Mesmo porque, a audiência de custódia é realizada por operadores do direito que estão dentro da estrutura institucional e, se não estiverem alinhados com a proposta momentânea e necessária de reduzir danos, não serão capazes de colaborar com o fim que a medida pretende.

Conforme sustentado

(...) se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça brasileiro não for capaz de reverter o julgo da vontade popular, as Audiências de Custódia terminarão por produzir uma quantidade sem precedentes de pessoas vigiadas pelo Estado. Seja a partir do monitoramento eletrônico, pela prisão preventiva, ou ainda, pela condenação a grandes penas privativas de liberdade. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 50).

Logo, embora seja acertada a decisão do CNJ ao regularizar as audiências de custódia, para que ela funcione efetivamente enquanto mecanismo de redução de danos e o cenário retratado ao longo deste trabalho seja alterado, é preciso que os operadores do direito de

despejem da lógica punitiva e passem a decidir levando em consideração as garantias dos jurisdicionados.

E que as decisões sejam pautadas não apenas no discurso de defesa da sociedade pelo viés de se proteger bens jurídicos, mas também nas mazelas que o processo penal acarreta na vida do flagrantado e daqueles que com ele convive. A observância das garantias dos presos não constitui uma boa ação, mas sim um dever jurídico-constitucional que precisa ser levado a sério.

5. CONCLUSÃO

Após análise dos aspectos acima, se conclui, de forma transitória, que a compreensão acerca dos discursos declarados (e não cumpridos) do Direito Penal moderno, bem como seus discursos latentes, que se tornam visíveis por meio de sua operacionalidade, constitui uma necessidade para discutir metodologias de redução dos danos causados pelos processos de criminalização primária e secundária.

O direito penal moderno, com suas instâncias formais e informais, em vez de ser uma barreira à fúria punitiva estatal, acaba sendo um meio institucionalizado de criminalizar e punir grupos sociais vulnerabilizados. Essa lógica invertida dos sistemas de justiça criminal afronta e subverte garantias constitucionais, gerando mais violência do que combatendo aquelas que, por meio do discurso tradicional, se busca evitar.

Ao punir seletivamente, esse direito penal acarreta, dentre outros males, um crescente e massivo encarceramento de uma população majoritariamente jovem, negra, pobre e semialfabetizada. Para estes, o rigor punitivo e a intolerância são a regra, o que constitui uma violação de direitos humanos e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Aos vulnerabilizados, o encarceramento por meio da prisão cautelar ou definitiva, se torna a principal medida, fato este que traz ainda maior estigmatização sobre tal grupo social, visto como inimigos da ordem e, portanto, principais alvos da justiça criminal.

E na América Latina, onde o cárcere deixa profundas marcas nos sujeitos a ele submetidos, o índice de prisões provisórias representa quase a metade do percentual dos encarcerados, se tornando, assim, uma realidade que precisa ser analisada para que outras medidas, que não o acautelamento provisório, sejam implementadas.

Nesse contexto, o mecanismo processual denominado audiência de custódia veio a ser implementado no Brasil, por meio da nº213/2015 do CNJ, órgão do Poder Judiciário brasileiro. A mencionada resolução, que traz procedimentos a serem realizados logo após um sujeito ser preso preventivamente, vem sendo implementada nos tribunais estaduais brasileiros, também por meio de resolução, porquanto, não há lei expressa que regulamente o tema.

Tal medida encontra respaldo nos valores constitucionais e também em tratados ratificados pelo Brasil, constituindo, assim, um possível meio de reduzir os danos causados pela operacionalidade do sistema de justiça criminal através da privação da liberdade.

A audiência de custódia constitui um direito subjetivo do preso e possibilita que a ele sejam implementadas cautelares diversas da prisão, ou mesmo que ele seja colocado em liberdade se verificada a ilegalidade da prisão. Também, por meio da audiência de custódia, se pode verificar a ocorrência de maus-tratos, tortura, coação, entre outras violações.

Ocorre que, por si só, a audiência de custódia não garante que os presos em flagrante tenham, efetivamente, seus direitos garantidos, posto que, muito embora sejam apresentados perante a autoridade judicial para que ela analise a necessidade ou não de manter a segregação, muitas vezes os operadores do direito já atuam dentro de uma lógica do extermínio.

Ou seja, veem o preso como alguém que cometeu um crime e precisa, por isso, ser punido, mesmo em face da presunção de inocência. Constatou-se que, segundo os dados empíricos trazidos nesse trabalho, mais de 50% das prisões são mantidas e que menos de 1% dos flagranteados são colocados em liberdade. Nestas circunstâncias, a audiência de custódia tem um aspecto ambíguo.

Isto porque, ao passo que se mostra um viável mecanismo processual de redução dos danos causados pelo sistema de justiça criminal em vigor, oriundo das transformações ocorridas na modernidade, com seus discursos declarados e latentes, a audiência de custódia pode ser, também, cooptada por discursos funcionalistas e relegitimadores do sistema criminal. E pode, ainda, ser subvertida pelos aplicadores do direito que, com base em um senso comum de que a prisão combate a criminalidade, acabam por manter a segregação cautelar, mesmo quando outras medidas se mostram viáveis.

A partir de todo o exposto, o presente trabalho fornece elementos que colaboram com as teorias críticas que buscam infirmar a resolução de conflitos pelo viés punitivista, além de propiciar uma maior sensibilização sobre o encarceramento massivo e as estigmatizações dele oriundas. Muito embora a audiência de custódia não seja hábil, e nem pretender ser, a alterar

completamente o sistema em vigor, se bem operada, pode ser, sim, um mecanismo redutor de danos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. Teorias da Pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. **Revista Delictae**, v. 1, n. 1, p. 96-139, ago./dez. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare marchese di. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BITENCOURT, César Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do fragrado em audiência de custódia. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016. Cap. 4, p. 69-104. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 11 abril 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2014.

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

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – Dezembro 2014**. Departamento Penitenciário Nacional – Brasília. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 10 mai 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Rousel Editores, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Crítica e contracritica dos movimentos de crítica à dogmática jurídica: ensaio sobre as transições da escola do direito livre e do movimento do direito alternativo em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, p. 9-48, jan./jun. 2016.

CARVALHO, Salo de. Criminología, Garantismo Y Teoria Crítica de los Derechos Humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales** . v. I, n. 1, p., enero/junio, 2009.

CARVALHO, Salo. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. **Revista Polis e Psique**, v. 3, n.3, p. 143-164, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para Que(m) Serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

CNJ. Resolução n° 213 de 15/12/2015. **Ementa:** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 10 abril 2018.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **IBCCRIM – Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73, maio/jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/120.02.PDF>. Acesso em: 15 abril 2018.

FREITAS, Rafael Francisco; FRANÇA, Maria Victória Pasquoto de. Audiência de Custódia e suas Consequências no Sistema Processual Penal. In XIII Seminário Internacional & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. **Anais...** 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/15793/3692>>. Acesso em: 12 abril 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podium, 2015.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016. Cap. 1, p. 9-22. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 11 abril 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2015. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, p. 77-93, jun./dez. 2006.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. 44 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. RIBEIRO, Ludmila; PRADO, Sara; MAIA, Yolanda. Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. **Cisp**, 2015.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. **Os Impactos da Audiência de Custódia no Sistema de Justiça Criminal do Acre**. 2017. 156f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.1, p. 185-201, junho/2008.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A NECESSIDADE DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO NAS EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI): discrepância com seu fim social?

THE NEED FOR MINIMUM SOCIAL CAPITAL IN INDIVIDUAL COMPANIES WITH LIMITED RESPONSIBILITY (EIRELI): discrepancy with their social purpose?

Ícaro Raynan de Magalhães Coelho¹⁶
Luiz Damásio de Moura Mainart¹⁷
Henri Cláudio Almeida Coelho¹⁸

RESUMO

A sociedade limitada se comparada com outros tipos societários é a forma por excelência escolhida para constituição de empresas mais robustas, dada à proteção patrimonial que lhes é atribuída em razão da separação do patrimônio da empresa com o patrimônio do empresário. Com o advento da lei nº 12.441/2011 o Código Civil passou a prever a possibilidade das chamadas Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELI, a fim de que os pequenos e médios empreendedores também tivessem proteção patrimonial. Ocorre que a proposta legislativa compreendeu uma falha no que toca ao fim específico da criação da lei com os requisitos de constituição daquele novo modelo empresarial que surgiu, dado ao fato do alto capital social necessário para fins de constituição da empresa, considerando os cem salários-mínimos impostos.

Na prática, desse modo, mostrou que a maioria das empresas têm optado em constituir sociedades limitadas, só que “de fachada”, em que um sócio — normalmente denominado “sócio de favor” — detém participação quase insignificante no capital social, servindo a sociedade limitada, nesses casos, de mero recurso a sociedades fictícias indesejáveis à atividade empresarial somente para que o sócio majoritário — que realmente é o empreendedor — , não

¹⁶ Graduado em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogado. Foi bolsista pelo Projeto de Iniciação Científica – FAP/FAC.

¹⁷ Graduado em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogado. Foi bolsista pelo Projeto de Iniciação Científica – FAP/FAC.

¹⁸ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal. Docente da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogado.

exponha seu patrimônio pessoal ao risco do empreendimento, frustrando, de tal forma, os fins da lei que criou a EIRELI.

Dessa forma, abordou-se aqui, sucintamente, a exigência prevista no caput do artigo 980-A do código civil quanto a formação do capital social, devidamente integralizado, de no mínimo 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, buscando verificar se tal exigência pode ou não dificultar ou até mesmo impedir a constituição de uma EIRELI como demonstram os dados retirados do sitio eletrônico da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais.

Palavras-chave: Eireli; proteção patrimonial; cem salários-mínimos; abuso; sócio; fachada.

ABSTRACT

The Society limited in relation to other types of companies is the form par excellence chosen for the constitution of more robust companies, given the patrimonial protection that is attributed to them by the separation of the company's patrimony by the entrepreneur's patrimony.

With the advent of Law 12.441 / 2011, the Civil Code started to provide for the possibility of the flames Individual Companies with Limited Liability - EIRELI, so that small and medium entrepreneurs could also have property protection. It so happens that the legislative proposal understood a flaw with regard to the specific end of the creation of the law with the requirements for the constitution of this new business model that emerged, given the high social capital necessary for purposes of constitution of laws. the company, considering the hundred wages - minimum taxes.

In practice, in this way, it showed that the majority of companies chose to form limited companies, only the “facade”, in which a partner - usually called a “favorable partner” - has an almost insignificant participation in the social capital, serving society limited, in these cases, to the mere recourse to fictitious companies that are undesirable to entrepreneurial activity only so that the majority partner - who is really the entrepreneur - does not expose his personal assets to the company's risk, thus frustrating the purposes of the law that created the EIRELI.

Thus, the requirement provided for in the caput of article 980-A of the Civil Code regarding capital formation, duly paid, of at least 100 (one hundred) times the highest minimum wage in force in the country, was briefly addressed here seek to verify whether this requirement may or may not hinder or even prevent the constitution of an EIRELI, as demonstrated by the data extracted from the Minas Gerais State Commercial Registry website.

Keywords: Eireli; asset protection; one hundred dollar minimum; abuse; partner; facade.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim de modernizar o Direito Brasileiro Criada em 2011, através da Lei nº 11.441, foi criada a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), que trouxe ao empresário individual a segurança da limitação de responsabilidade que, até então, era presente apenas nas sociedades limitadas.

Antes da referida lei, para aquele que quisesse exercer atividade empresarial de forma individual, existia apenas a possibilidade da modalidade de empresário individual, em que vigorava com princípio da responsabilidade ilimitada do seu patrimônio. Assim, em caso de eventuais dívidas adquiridas pelo empresário, este responderia pessoalmente com seu patrimônio, dada a ausência de proteção patrimonial desta modalidade.

O empresário era regulamentado pelo Código Civil de forma que, caso quisesse iniciar determinado negócio de forma individual, somente haveria a possibilidade de fazê-lo sob a responsabilização de todo o seu patrimônio, não havendo distinção da personalidade civil do empresário da personalidade civil da empresa, ou seja, não era possível a existência de personalidade civil da empresa no caso de empresário individual.

Neste sentido:

A ideia da assunção do risco pelo titular da atividade costumava ser reforçada pelo princípio geral da limitação de responsabilidade do empresário, de modo que todo o seu patrimônio respondesse pelas obrigações da referida atividade. (TOMAZETTE, 2017, posição Kindle 2151).

Caso quisesse proteção patrimonial, restaria ao empresário a possibilidade de se associar a mais uma pessoa ou pessoas e constituir uma sociedade pela modalidade de sociedade limitada (LTDA). Esta seria a forma mais fácil em que o empresário se resguardava pessoalmente em caso de dívidas adquiridas pela sociedade¹⁹, uma vez que antes de 2011 era impossível se tratar de exercício de atividade empresária, individual, com proteção de patrimônio.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.441 de 2011, houve uma alteração no art. 44 do Código Civil e a inclusão do instituto da EIRELI no rol do referido artigo, ocasião em que a mesma passou a considerada uma pessoa jurídica de direito privado.

Ademais, houve a criação de um título próprio dentro do livro “Do Direito da Empresa” em que se instituíram os requisitos e características da EIRELI no artigo 980-A e seguintes.

A principal diferença entre a LTDA e a EIRELI, além do fato de aquela ser uma espécie de sociedade, se encontra no fato de que naquela não há quaisquer requisitos de valor mínimo do capital social, sequer há o requisito de integralização do capital social no ato de constituição da sociedade, o que não acontece na EIRELI, que tem como requisito o capital social de pelo menos 100 (cem) salários-mínimos e, ainda, a imposição de que tal valor deve ser devidamente integralizado no momento da constituição da empresa. Isto é, não poderia se constituir uma EIRELI sem que ‘houvesse em caixa’, valor total de cem salários-mínimos.

¹⁹ Para fins de proteção patrimonial, uma sociedade ainda poderia ser constituída sob a forma de sociedade de comandita por ações ou sociedade anônima.

É nesse contexto que surge o trabalho deste presente artigo, no sentido de se analisar se a exigência de integralização de capital social mínimo para a constituição da EIRELI seria uma afronta à lógica principiológica que orienta a referida modalidade empresarial.

Parte-se da hipótese de que a EIRELI foi criada com o objetivo de permitir e autorizar a pequenos empresários individuais - que eram obrigados a exercer a atividade empresarial na forma de Empresário Individual, assim colocando em risco todo o seu patrimônio, ou, como era comum anteriormente, se reunirem a sócios de “fachada” - constituírem uma sociedade limitada, de modo a permitir-lhes gozar de proteção legal quanto ao seu patrimônio. Contudo, diante do requisito da fixação de capital social mínimo, exigência que não se encontra presente sequer nas sociedades limitadas, ocorre uma afronta à função social da EIRELI e desconexão com os princípios que orientam a modalidade empresarial²⁰.

A Lei nº 11.441/2011, que, muito embora tentou facilitar a negócio do empresário individual, para que este pudesse ter uma proteção de seu patrimônio, se faz mediante determinada integralização de capital social mínimo, em valor exorbitante, considerando a pequena dimensão econômica da maioria dos micro e pequenos empresários, o que não é exigido nem mesmo para as sociedades limitadas e sociedades anônimas que exercem atividades empresárias de maior envergadura econômica e, deste modo, em tese, colocam em risco um número maior de credores que com elas celebram negócios jurídicos.

Desta forma, o presente trabalho parte da hipótese que há uma discrepância entre a necessidade de capital social mínimo com o instituto da EIRELI, uma vez que as atividades exercidas pelos empresários individuais nem sempre têm a necessidade de capital da monta de 100 (cem) salários-mínimos, como, por exemplo, um cabeleireiro.

2. DA EMPRESA

Existem três conceitos diferentes e interligados entre si, que são o empresário, a empresa e o estabelecimento empresarial. Sendo necessário expor as diferenças entre eles.

O empresário vem definido no artigo 966 do Código Civil como sendo aquele, pessoa natural ou jurídica, que exerce profissionalmente atividade de natureza econômica e organizada para a produção de bens e serviços.

²⁰ Segundo a JUCEMG, do total de 46.730 registros de novas atividades empresárias em 2018; 15.988 são empresários individuais, 20542 sociedades limitadas e apenas 9.772 Eirelis. Disponível em: 10/04/2019. <<https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas+estatisticas-2018>>.

In verbs: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Por outro lado, há o estabelecimento empresarial, que é tudo aquilo adquirido pela pessoa do empresário para fins de produção de bens e serviços, isto é, bens corpóreos e incorpóreos, o que vem a ser tratado na legislação pelo artigo 1.142, que diz ser o “estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

Note-se, então, que nenhum dos dois institutos empresariais se confunde com a empresa, sendo esta, considerada como um ente autônomo, em que seu objetivo é, através de um titular, fomentar e desenvolver uma atividade econômica.

Esse é o entendimento de Gladston Mamede (2013, p. 28), o qual dispõe que:

É preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde com sua base patrimonial (complexo organizado de bens, nos termos do artigo 1142, do Código Civil), nem se confunde com o seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com seus sócios, nem com as pessoas de seus administradores)²¹.

Milena Zampieri Sellmann e Suhel Sarhan Junior, ainda concluem que:

a empresa muito embora seja equivocadamente confundida por muitos com seu aspecto patrimonial (estabelecimento empresarial) ou mesmo com seus exercentes (empresário individual ou sociedade empresária) é um ente autônomo, formada por seus exercentes e cuja finalidade é o desenvolvimento de uma atividade econômica, que produzirá bens ou serviços, que só se tornam viáveis em virtude da aquisição de bens específicos que viabilizem a atividade (estabelecimento empresarial). (2016, p. 261).

Por fim, diante do exposto, necessário fazer um apontamento no sentido de a empresa é sempre um ente personalizado, autônomo em relação ao empresário – que é seu titular, seja pessoa natural ou jurídica – e, ainda, autônomo em relação ao estabelecimento empresarial (que serve apenas de base para constituição e materialização da atividade empresária).

2.1 Atividade empresarial e livre iniciativa

21

A atividade empresarial é destaque, em especial, na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 170, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, estabeleceu como princípio a livre iniciativa, como forma de se regular e, ainda, garantir o bom desenvolvimento da atividade empresarial, o que, de forma tácita, garante certo equilíbrio social, na medida em que distribui o poderio econômico e livre concorrência.

Ademais, no parágrafo único do referido artigo, tem-se que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei – entendida essa última parte como sendo a autorização de criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, que não é objeto de crítica neste trabalho. Vejamos:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

Neste contexto, tem-se ainda o artigo 1º, inciso VI, também da constituição que dispõe de forma expressa o princípio da livre iniciativa como forma de expor os fundamentos da República Federativa do Brasil e de um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, tal princípio constitucionalmente previsto visa garantir o desenvolvimento econômico, sem que haja imposições que limitem ou haja cerceamento a tal premissa.

Sellmann e Sarhan Junior (2016, p. 263) assim descrevem:

A atividade empresarial no contexto atual deve ser desenvolvida com a finalidade de promover, também, a justiça social e de forma a preocupar-se com valores que extrapolam os interesses das minorias dominantes, a fim de que não haja concentração de poderes econômicos.

Destarte, por imposição constitucional, é impossível haver limitação no que tange ao desenvolvimento econômico, ferindo ainda a igualdade, sendo toda atividade empresarial

exercida de forma livre, a fim de se resguardar e efetivar um dos princípios gerais da ordem econômica, e, por consequência, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

3. DO EXERCÍCIO DA EMPRESA

A compreensão do regime empresarial pressupõe a percepção de um quadro de direito público que determina a ordenação do espaço político e econômico em que a empresa existe e atua.²²

Dessa análise reparamos que o nosso ordenamento regulamenta a “liberdade do exercício de atividade econômica”, através de um conjunto dos princípios constitucionais e leis que regem e disciplinam o exercício da atividade empresária. Essa ordenação se dá com base em três princípios constitucionais, a saber: Princípio da liberdade de iniciativa, princípio da liberdade de concorrência e o princípio da função social da empresa, no código civil, mais precisamente do artigo 966 a 1195 e na legislação especial sobre o assunto.

Acerca dos princípios constitucionais podemos dizer que pelo princípio da liberdade de iniciativa é inerente ao modo de produção capitalista, em que os bens ou serviços de que necessitam ou querem as pessoas são fornecidos quase que exclusivamente por empresas privadas.

Já o princípio da liberdade de concorrência é que garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes. No direito comercial, o princípio constitucional da liberdade de concorrência implica, em primeiro lugar, a coibição de determinadas práticas empresariais, incompatíveis com sua afirmação. Tais práticas são as de concorrência ilícita e classificam-se em duas categorias. De um lado, há as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como infração da ordem econômica; de outro, as que não implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram concorrência desleal.

Por último, na lição de André Tavares Ramos, “o reconhecimento da função social da empresa não adquire apenas um caráter restritivo ou delimitador. Dentro deste conceito, voltado para a compreensão de que o âmbito coletivo deve também ser privilegiado, o conceito de função

²² PUPO CORREA. Miguel J. A. Direito Comercial –Direito da Empresa, ed 13ª, Ediforum, Lisboa, 2016, p.37.

social da empresa compreende também os diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade”.²³

Sem o funcionamento da empresa não há produção de bens e serviços, nem produção de riquezas, nem desenvolvimento econômico, cujo papel social é sobretudo relevante na sociedade capitalista.

Extrai-se do princípio da função social da propriedade, consagrado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF, que a propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.²⁴

Quanto ao enquadramento legal da exploração da atividade econômica convém notarmos que por questões diversas, quer sejam de ordem prática, fiscal, patrimonial, concorrencial, mercadológicas, sempre haverá restrições ou limitações ao exercício de tal atividade segundo o Direito empresarial.

4. DO EMPRESÁRIO

Existem três conceitos diferentes e interligados entre si, que são o empresário, a empresa e o estabelecimento empresarial. Sendo necessário expor as diferenças entre eles.

O empresário vem definido no artigo 966 do Código Civil como sendo aquele, pessoa natural ou jurídica, que exerce profissionalmente atividade de natureza econômica e organizada para a produção de bens e serviços.

In verbs: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Por outro lado, há o estabelecimento empresarial, que é tudo aquilo adquirido pela pessoa do empresário para fins de produção de bens e serviços, isto é, bens corpóreos e incorpóreos, o que vem a ser tratado na legislação pelo artigo 1.142, que diz ser o “estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

²³ TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 93.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Princípios do Direito Comercial*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, pg. 37.

Note-se, então, que nenhum dos dois institutos empresariais se confunde com a empresa, sendo esta, considerada como um ente autônomo, em que seu objetivo é, através de um titular, fomentar e desenvolver uma atividade econômica.

Esse é o entendimento de Gladston Mamede (2013, p. 28), o qual dispõe que:

É preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde com sua base patrimonial (complexo organizado de bens, nos termos do artigo 1142, do Código Civil), nem se confunde com o seu titular, que será o empresário ou a sociedade empresária (da mesma forma que esta não se confunde com seus sócios, nem com as pessoas de seus administradores)²⁵.

Milena Zampieri Sellmann e Suhel Sarhan Junior (2016), ainda, concluem:

a empresa muito embora seja equivocadamente confundida por muitos com seu aspecto patrimonial (estabelecimento empresarial) ou mesmo com seus exercentes (empresário individual ou sociedade empresária) é um ente autônomo, formada por seus exercentes e cuja finalidade é o desenvolvimento de uma atividade econômica, que produzirá bens ou serviços, que só se tornam viáveis em virtude da aquisição de bens específicos que viabilizem a atividade (estabelecimento empresarial). (2016, p. 261).

Por fim, diante do exposto, necessário fazer um apontamento no sentido de a empresa é sempre um ente personalizado, autônomo em relação ao empresário – que é seu titular, seja pessoa natural ou jurídica – e, ainda, autônomo em relação ao estabelecimento empresarial (que serve apenas de base para constituição e materialização da atividade empresária).

4.1 Atividade empresarial e livre iniciativa

A atividade empresarial é destaque, em especial, na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 170, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, estabeleceu como princípio a livre iniciativa, como forma de se regular e, ainda, garantir o bom desenvolvimento da atividade empresarial, o que, de forma tácita, garante certo equilíbrio social, na medida em que distribui o poderio econômico e livre concorrência.

Ademais, no parágrafo único do referido artigo, tem-se que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei – entendida essa última parte como sendo a autorização de

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro – Empresa e Atuação Empresarial. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, que não é objeto de crítica neste trabalho. Vejamos:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Neste contexto, tem-se ainda o artigo 1º, inciso VI, também da constituição que dispõe de forma expressa o princípio da livre iniciativa como forma de expor os fundamentos da República Federativa do Brasil e de um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, tal princípio constitucionalmente previsto visa garantir o desenvolvimento econômico, sem que haja imposições que limitem ou haja cerceamento a tal premissa.

Sellmann e Sarhan Junior (2016, p. 263) assim descrevem:

A atividade empresarial no contexto atual deve ser desenvolvida com a finalidade de promover, também, a justiça social e de forma a preocupar-se com valores que extrapolam os interesses das minorias dominantes, a fim de que não haja concentração de poderes econômicos.

Destarte, por imposição constitucional, é impossível haver limitação no que tange ao desenvolvimento econômico, ferindo ainda a igualdade, sendo toda atividade empresarial exercida de forma livre, a fim de se resguardar e efetivar um dos princípios gerais da ordem econômica, e, por consequência, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

5. A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

O ordenamento jurídico, após a vigência da Lei nº 12.441/2011, possibilitou a limitação de responsabilidade de patrimônio daquele empresário que exerce a atividade econômica de

forma individual, acrescentando ao artigo 44 do Código Civil a figura da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

Segundo Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro (2013), em um artigo sobre a EIRELI: “O objetivo da Lei foi atender uma reivindicação do meio empresarial, que o empreendedor pudesse exercer individualmente a sua atividade sem que seu patrimônio pessoal esteja diretamente vinculado aos eventuais riscos do negócio”

A Lei implementou a figura da EIRELI, que será sujeito de direitos e deveres, mas que de forma distinta da pessoa do empresário que está por trás da empresa. Ou seja, aqui, passa-se a haver uma separação da responsabilidade patrimonial que será de inteira responsabilidade do ente personalizado²⁶, e não da pessoa física que subscreveu o capital social para sua constituição.

O objetivo principal da lei que implementou a EIRELI fora a de evitar as falsas sociedades limitadas, em que havia um sócio com titularidade de 99% (noventa e nove por cento) das cotas sociais, enquanto havia um sócio que detinha da porcentagem de 1% (um por cento) das demais apenas para fazer cumprir o requisito de pluralidade de sócios.

Tal artifício era usado tendo em vista não existir nenhum modelo societário de um só sócio e com proteção patrimonial. Desta forma, constituía-se uma LTDA para que, uma vez atendidas as ‘formalidades legais’, o sócio majoritário comandasse o negócio de forma unitária e ainda fizesse jus à proteção patrimonial, que o deixaria livre, pessoalmente, de quaisquer dívidas em que a sociedade eventualmente adquirisse, apesar do risco de desconsideração da personalidade jurídica.

Este entendimento condiz com o de Caldeira e Castro (2013):

Destaca-se, como uma das perspectivas da lei, a busca por maior verossimilhança no processo de criação da empresa. Busca-se evitar a constituição de sociedades integradas por pessoas que não são incluídas em seus quadros, apenas, para atender ao requisito legal de pluralidade na constituição de uma sociedade. Assim, assegura-se que o patrimônio da sociedade seja distinto dos membros que a integram (CALDEIRA E CASTRO, 2013).

O que acontece é que a lei que tinha como objetivo criar uma modalidade empresarial unipessoal e com proteção patrimonial, de forma a garantir os bens da pessoa física em caso de eventuais dívidas assumidas pela empresa, de modo que seu patrimônio familiar não fosse atingido, dificulta tal possibilidade em razão do alto valor do capital social.

²⁶ Exceto em caso de desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII do CPC).

5.1 Capital social empresarial

Conforme leciona Arnaldo Rizzardo (2014, p. 148), o capital social é considerado como aquele valor monetário que compõe o patrimônio ou a possibilidade econômica de determinada empresa.

O capital social é, portanto, aquele o valor existente no contrato social ou estatuto da empresa, que serve como garantia para credores. Ele representa o valor aplicado pelos sócios para materialização da empresa, servindo como parâmetro de “patrimônio” da mesma, representando o valor aplicado pelo(s) empreendedor(es) no momento de constituição da empresa.

Em alguns tipos societários, o capital social serve como instrumento de limitação da responsabilidade, na medida em que uma vez integralizado, os sócios não mais responderão pelas dívidas da empresa, salvo as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Isto é o que acontece na LTDA, na S.A., na EIRELI e na sociedade em comandita por ações.

5.2 Capital social mínimo nas Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada (EIRELI)

Conforme já exposto, a Lei 12.441/2011 implementou, dentre os requisitos para constituição da EIRELI, a exigência do capital social correspondente ao valor de 100 (cem) salários-mínimos e, ainda, impôs a condição de que fosse esse valor integralizado para sua constituição.

Assim, a implementação de tal modelo empresarial, que até certo ponto teria como objetivo acabar com as chamadas falsas sociedades LTDAs e, ainda, proteger o empresário individual que buscava pela proteção patrimonial, acaba por dificultada, em razão do alto valor do capital mínimo integralizado para sua constituição.

Ocorre que apesar de utilizar a integralização do capital como forma de proteção patrimonial, assim como acontece na LTDA., a EIRELI é o único regime empresarial no Brasil que exige capital social mínimo.

Apesar de compreensível que tal fato se dê a partir da intenção de se proteger os eventuais credores da empresa contra fraudes, há um relevado fator de lado oposto, qual seja, o desestímulo de constituição da EIRELI, uma vez que essa imposição de um valor mínimo

implicaria na redução de oportunidade daqueles considerados pequenos empreendedores em adotarem tal modalidade e se verem protegidos patrimonialmente.

Nesse mesmo sentido temos o entendimento de Henrique Avelino Lana:

É inusitado compreender que a chegada de uma nova modalidade de empresa que visa, em princípio, a ajudar os empresários individuais a se regularizarem, tenha uma exigência de capital tão fora dos padrões brasileiros, já que em nenhuma outra forma de exercício da empresa se exige tal capital mínimo e nem a sua integralização imediata. (LANA, Henrique Avelino, 2017).

Ademais, há discussão no sentido de se a exigência de capital social mínimo para a constituição da EIRELI seria uma afronta à livre iniciativa, e, quando levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), através da ADI nº 4.637, com o argumento de que a limitação do capital social mínimo a ser integralizado seria uma afronta ao princípio consagrado da livre iniciativa, a Corte Suprema sequer atentou para a condição de dificuldade da implementação deste modelo, e decidiu pela constitucionalidade da Lei 11.441/2011.

Parece que a decisão do Supremo não teria sido a mais acertada, haja vista que, se o intuito da EIRELI seria permitir a possibilidade jurídica de empresários individuais com proteção patrimonial, dado o alto número de sociedades de fachada, bem como fomentar a economia, o valor de 100 (cem) salários-mínimos devidamente constituídos, prejudica tal implementação desse modelo empresarial, uma vez que pequenos empresários, a rigor das pessoas naturais, não teriam condições de destinar ao negócio o valor completo no ato da constituição da empresa, ocasionando a inviabilidade da atividade para pequenos empreendedores e que não possuem o interesse em constituir sociedade, como é o caso dos microempreendedores, que auferem renda anual bruta de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil) reais.

A integralização do capital social como obrigatoriedade para constituição da EIRELI, deveria ser pensada e observada levando-se em consideração os princípios que orientam sua estrutura, considerando se tratar de empresários individuais.

Henrique Avelino Lana, 2017, assim dispõe:

Tal exigência merece críticas, pois na maioria das situações, a pessoa, física ou jurídica, tem um capital inicial ínfimo, geralmente contando com maquinário e matérias primas essenciais para as primeiras produções. No caso concreto, também é pouco provável que uma instituição financeira conceda um crédito tão alto para um investimento novo. Outro ponto importante a ser abordado refere-se ao objeto da EIRELI.

Ora, o empresário que atua em determinados seguimentos, por exemplo, cabeleireiros, alfaiates, pequenos comerciantes e tantos outros, não necessitam de um investimento tão elevado, é incoerente exigir que a pessoa integralize um capital muito superior ao necessário para a manutenção da atividade e segurança dos credores. (LANA, Henrique Avelino, 2017).

Desta forma, pode-se entender que o valor de 100 (cem) salários-mínimos, devidamente integralizados, no momento da constituição da EIRELI é um valor muito alto, uma vez que grande parte das pessoas que, porventura, viessem a adotar tal sistema, não teriam condições em arcar com um valor tão elevado, dada à estrutura econômica de um país como o Brasil, em que a maioria da população sobrevive com a renda de um salário-mínimo. Assim, a justificativa de fomentar à economia com a possibilidade de um modelo empresarial com limitação patrimonial seria em vão, considerando os requisitos de difícil atingimento.

Aqui, a título de exemplificação, nas sociedades limitadas, diferentemente das ERELI, há uma pluralidade de sócios, e, neste ínterim, a lei não determina a necessidade capital social mínimo, nem sua integralização. Pelo contrário, apenas delimita o fato de que, para que se tenha a proteção patrimonial, o capital social da sociedade deve estar devidamente integralizado. Isto é, os sócios responderiam ao limite de sua cota parte, com seu patrimônio pessoal, até que o capital estabelecido estivesse integralizado, conforme previsto no Código Civil, em seu artigo 1.052: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

Note-se, ainda, que nem mesmo no regime empresarial mais complexo existente no Brasil, voltado para as corporações, as Sociedades Anônimas, é exigido um valor mínimo de capital social ou sua completa integralização no momento de constituição.

Ressalta-se ainda que a proteção patrimonial no caso das Sociedades Anônimas é completa, conforme o art. 1º da Lei 6.404/76 havendo uma distinção do patrimônio da empresa do patrimônio dos acionistas, por se tratar de uma empresa de caráter necessariamente mercantil. Neste sentido afirma Tomazette (2017, posição Kindle 11635):

Outra característica das sociedades anônimas é que a responsabilidade dos sócios (acionistas) é limitada ao preço de emissão da ação. A limitação de responsabilidade significa que os acionistas só assumem o risco de perder o valor investido, não pondo em risco o restante de seu patrimônio pessoal. O valor investido é o que a lei convencionou denominar preço de emissão, isto é, o valor que se deve pagar para subscrever a ação.

Desta forma, uma das possibilidades de tratamento diferenciado da EIRELI é o fato de ela ser uma empresa constituída por apenas um ‘sócio’. Ocorre que o que garante a credores é capital, não sócios. Portanto, não há sentido na exigência de uma garantia maior para o empresário da EIRELI.

6. IMPOSIÇÃO DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO NA EIRELI E AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Quando se trata da EIRELI, que foi implementada pela Lei nº 12.441/2011, acrescentando ao Código Civil o artigo 980-A, o que mais se chama a atenção e, por consequência, cria certos impasses jurídicos, é a necessidade da integralização de capital social, o qual foi fixado pelo legislador como sendo de cem salários-mínimos. Vejamos:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

A EIRELI garante ao empresário a proteção patrimonial, no sentido de que os seus bens pessoais não sejam atingidos em casos de eventuais dívidas da empresa.

Note-se que antes da referida lei nº 12.441/2011, a proteção patrimonial existia apenas para SOCIEDADES, pessoas jurídicas formadas por duas ou mais pessoas, o que impossibilitava tal proteção quando se tratasse de atividade empresarial exercida por uma única pessoa.

Neste sentido, dispõe Henrique Avelino Lana (2017, p. 91) que:

Caso a pessoa não possuísse interesse em se unir a outras, deveria se valer da figura do empresário individual. Contudo, a Lei não previa um tratamento igualitário entre aqueles que decidiam se unir em sociedade, e as pessoas que preferiam exercer a atividade econômica singularmente.

O empresário individual não goza de limitação de sua responsabilidade, característica que poderia, de certo modo, ocasionar uma elevada gama de fraudes, pois aqueles que não tinham interesse em constituir sociedade, utilizavam-se de terceiros para constar no quadro societário. E, essas pessoas, na maior parte das situações concretas, não possuíam qualquer envolvimento fático com a atividade desenvolvida.

Em razão do exposto, em 2009, através do projeto de Lei nº 4.605-A, de autoria do deputado Marcos Montes, indagou-se acerca da importância da EIRELI para o fomento da economia, haja vista o incentivo que haveria na formalização de inúmeros empreendimentos, o que geraria impostos e empregos.

Pois bem, Senhores Parlamentares, valho-me das palavras finais do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moraes para indagar por que esperamos tanto nesta Casa para disciplinar esse novo modelo de sociedade empresária em nosso País, que, por certo, trará grandes contribuições e incentivará a formalização de milhares de empreendedores que atuam em nossa economia de maneira desorganizada e sem contribuir devidamente para a arrecadação de impostos.

Diante desse disciplinamento legal, que ora propomos, acreditamos que o Estado terá grandes ganhos no aumento da arrecadação e a economia como um todo evoluirá com a formalização e melhor organização de um segmento importante dos negócios. (MONTES, Marcos; 2009).²⁷

Neste ínterim, a proposta apresentada e que culminou na Lei 12.411/2011, foi de acabar com as sociedades de fachada, que apenas existiam para preencher uma determinação legal, oportunidade em que permitiu a existência de empreendedores individuais com a tão almejada proteção patrimonial.

A EIRELI, portanto, segundo (LANA, 2017, p. 94):

favorece a criação de empreendedores, permitindo uma melhoria na economia do país, gerando uma maior competitividade no mercado, produzindo circulação de bens e capitais, gerando emprego arrecadação de tributos, o que vai a consonância com o princípio da preservação da empresa e da função social.

Destarte, se pode negar que as empresas são importantes agentes econômicos que atuam diretamente no crescimento de um país e, com o implemento da EIRELI, o número de empreendedores aumenta, haja vista que o medo que empresário individual tinha entre a existência dos riscos do negócio e o atingimento de seu patrimônio pessoal diminui, dada a existência de proteção patrimonial advinda da Lei 12.411/2011.

Acontece que, embora tenha sido criada uma legislação em que fora permitida a criação de um modelo empresarial individual com a tão sonhada proteção patrimonial, ela também trouxe a exigência de uma quantia alta de capital social no momento de sua constituição. Assim, o que veio para fomentar a economia em relação aos pequenos empresários, trouxe uma imposição patrimonial muito alta e inexistente em qualquer modelo societário existente em nossa legislação.

Nos termos expostos por Tauã Lima Verdan Rangel (2011):

Outro ponto, ainda nesta linha de raciocínio, alvo de críticas, refere-se a fixação de um piso para o capital, o qual teria a capacidade de dificultar o acesso de pequenos negócios a utilizarem a possibilidade da limitação da responsabilidade. O raciocínio vigente na elaboração partiria da premissa que tão somente os empreendimentos cujo capital não seja inferior a cem salários mínimos poderiam gozar da limitação da responsabilidade.

²⁷Projeto de Lei nº 4.605-A, de 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D3C6B01607DDD1AB8165CD4004B706E.proposicoesWebExterno1?codteor=631421&filename=PL+4605/2009>. Acesso em 03 de março de 2019.

Destarte, a imposição de um capital social tão elevado não foi uma causa de repulsa apenas na sociedade empresária, contudo, objeto também de uma ADI nº 4.637, alvo de julgamento do STF, proposta em 2012 pelo Partido Popular Socialista.

Tal ADI teve como argumento precípua a afronta ao princípio da livre iniciativa, como exposto anteriormente, no sentido de que, com a imposição de um capital social tão alto, acabaria por restringir a criação e consequentemente desenvolvimento da Empresa Individual de responsabilidade Limitada (EIRELI) apenas àquelas pessoas que detenham de condições para a sua integralização, o que deixaria excluído o pequeno empresário que gostaria de ter proteção patrimonial.

Assim, diante do alto valor para a modalidade de um empresário individual, os princípios norteadores da EIRELI não teriam sequer validade, eis que os empresários de pequeno porte, por não suportarem os custos de tal modalidade, ou continuariam na informalidade do negócio, correndo grandes riscos pessoais com a atividade desenvolvida, ou continuariam a desenvolver as tais sociedades de fachada, que foi um dos principais motivos da criação da modalidade empresarial.

Desta forma, não haveria fomento da economia, conforme foi almejado pela ideia legislativa, uma vez que suprimida estaria a liberdade em se iniciar um negócio, em razão do alto valor, que é conseguido e conquistado apenas por determinada parcela da população brasileira que, conforme se sabe, a grande massa que quer desenvolver algum negócio e, consequentemente desenvolver a atividade empresarial subsiste com o básico ofertado em relação salarial.

Conforme estatísticas da JUCEMG (Junta Comercial do Estado de Minas Gerais), no ano de 2018 foram constituídas, no período de janeiro a dezembro um total de 9.772 (nove mil, setecentos e setenta e duas) EIRELIs no estado de Minas Gerais. Em contrapartida, foram constituídas mais que o dobro de Sociedades Empresárias do tipo LTDA – 20.542 (vinte mil quinhentos e quarenta e duas).²⁸

Tal resultado mostra que, ainda que tenha uma legislação que implementou o modelo empresarial individual com responsabilidade limitada, esta limitação de responsabilidade tem um preço muito alto e, de certa forma, inacessível a grande parte do público alvo das EIRELIS,

28

Dados da JUCEMG (Junta Comercial do Estado de Minas Gerais) no ano de 2018. Disponível em: <<https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas+estatisticas-2018>>.

que são os pequenos empresários, como a cabeleireira, o dono do pequeno restaurante ou da padaria.

Neste sentido, dispõe Milena Zampieri Sellmann e Suhel Sarhan Júnior (2016, p. 268).

A explicação para um aporte mínimo de cem salários mínimos no capital social se dá no fato da proteção aos credores, que não mais poderão buscar seu crédito no patrimônio pessoal do exercente da empresa, de modo que por consequência, o patrimônio dessa empresa tenha que ter um lastro mínimo para saldar eventuais débitos. Ao nosso ver, a lei acertou ao criar o empresário individual de responsabilidade limitada, visando acabar com a Sociedade Limitada de Fachada. Por outro lado, imputar a integralização imediata de, no mínimo, cem salários mínimos ao empresário individual é, ao menos, estimular a existência do empresário individual de responsabilidade limitada de “fachada” e explico por quê.

As empresas com grande circulação de dinheiro e mercadoria são exercidas em forma de sociedade. Pois bem, quantos empresários individuais que irão iniciar sua atividade econômica possuem disponibilidade real e concreta de integralizar, de início, cem salários mínimos no capital da empresa? Resposta: Muito poucos. Ora, será empresário individual o trabalhador que talvez faça um curso técnico de cabeleireiro e quer se formalizar, abrindo seu salão; um jovem com anseio de montar seu próprio negócio, ainda de forma tímida, para vender cachorro quente em frente a uma faculdade, entre outros.

Por isso, imputar a eles a integralização mínima de cem salários mínimos é desarrazoado e vai de encontro ao princípio da livre iniciativa e também ao do princípio da preservação da empresa.

Conforme fora exposto, em nenhuma outra modalidade empresarial disposta na legislação pátria, há a exigência de integralização de capital social, qualquer que seja, para fins de constituição da empresa.

Daí surgem alguns apontamentos, no sentido de se não haveria certos preconceitos com a figura do empresário individual em relação ao prejuízo de credores, dada a sua baixa condição socioeconômica em relação àquela sociedade de pessoas, como é o caso das LTDA's.

Nesse contexto, faz-se necessário analisarmos alguns dispositivos infralegais, como é o caso dos Enunciados do Conselho da Justiça Federal, dentre eles o Enunciado nº 471, que dispõe sobre a desconsideração da personalidade jurídica aplicada na EIRELI.

A saber:

Enunciado nº 470 - O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. (CJF, 2012)

Sendo assim, independente do capital social apontado para o exercício da atividade empresarial, que tem por função exclusiva a captação de credores, o que garante eventual restituição de danos ao credor são os bens pessoais do empresário que atua por detrás da empresa, haja vista que, ainda que a empresa seja de grande porte, o capital social, conforme é

sabido, não é totalmente físico, podendo ser aumentado ou diminuído, e, ainda, conforme o caso, fraudado. Ocasão em que entra o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

É o que dispõe o artigo 50 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Isto é, em qualquer caso que seja, caso a empresa esteja com o objetivo de fraudar credores, haverá sim a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, sendo atingidos, por ventura, os bens pessoais do empresário, momento em que a integralização do capital social mínimo das EIRELIs não faria diferença quando de tal prática, uma vez que a legislação tem meios necessários para coibir ou desconstituir tais medidas fraudulentas e recuperar credores.

7. O PROJETO DE LEI Nº 10.983/18 E A LEI Nº 13.874/2019

No ano de 2018, houve tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 10.983²⁹, cujo objetivo era aperfeiçoar o tratamento legislativo da EIRELI, sendo estabelecido na sua ementa:

Altera o art. 980-A do Código Civil para possibilitar a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada por pessoa natural ou jurídica, sem prefixação do capital social mínimo, bem como a participação em mais de uma empresa dessa modalidade.

Assim, nota-se que ao legislativo houve a sensibilidade em entender os reais motivos de criação da Lei que instituiu a EIRELI (Lei nº 12.441/11), a fim de que não houvesse a prefixação de capital social mínimo.

Entretanto, ocorre que, ainda que aprovado o projeto de lei, este sofreu alteração em sua redação, ficando aprovada apenas a possibilidade de constituição da EIRELI por pessoa natural ou jurídica, bem como sobre o fato de poder figurar em mais de uma empresa dessa modalidade.

Ademais, conforme movimentação do projeto legislativo³⁰, o texto segue para votação na Câmara de Deputados para análise acerca do mérito do projeto original, se aprovam o texto

²⁹ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/551418-projeto-facilita-criacao-de-empresa-individual-de-responsabilidade-limitada/>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

³⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132131>>. Acesso em 02 de março de 2020.

com ou sem modificação, para então, posteriormente, caso seja aprovado sem modificação, ser encaminhado sanção ou veto presidencial, promulgação e publicação.

De mais a mais, em 20 de setembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.874/19, criada pela conversão da Medida Provisória nº 881/2019. A referida legislação instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, alterando dentre outras leis e o Código Civil.

Essa Lei gerou o que se chamou de desburocratização no processo de criação e manutenção das empresas, sendo o seu artigo 7º feito a alteração no Código Civil, em especial no que toca ao artigo 1.052, ao estabelecer que a sociedade limitada poderá ser constituída, exclusiva, por uma única pessoa.

“Art.1.052.
§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

Dessa forma, cria-se a figura da sociedade unipessoal, não implicando em dizer acerca da existência de um novo modelo societário, dado ao fato que será sobre a forma de Limitada (LTDA), contudo um novo modelo de formação da sociedade Limitada, que agora poderá se fazer representar juridicamente em sua constituição por apenas uma única pessoa.

A partir de tais implicações, mostra-se de rigor o presente trabalho, momento em que se percebe a confirmação da hipótese da pesquisa, no sentido de que a implicação do capital social mínimo para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada afronta aos princípios da livre iniciativa, bem como é destoante do modelo empresarial EIRELI, dado ao fato de que esse modelo fora criado no intuito de gerar proteção patrimonial para os pequenos comerciante, ou mesmo para os pequenos empreendedores.

8. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, diante de uma alta carga em cima do valor cobrado para fins de constituição da EIRELI em seu capital social, se assim permanecer, correrá o grande risco de muitas dessas empresas serem constituídas de forma irregular ou, ainda, de continuar a serem constituídas sociedades de fachada.

Embora haja discordância em relação ao credor ter ou não lastro mínimo para sua garantia de crédito, como é o caso de Milena Zampieri Sellmann e Suhel Sarhan Júnior (2016, p. 269), acreditamos de forma diversa.

Há sim de ter determinado lastro para a concessão de determinado crédito ou investimento, o que não pode ocorrer é exigir de pequenos empresários, para que gozem da limitação patrimonial, da integralização do valor de cem salários-mínimos, que é ausente em todos os outros modelos empresariais, em especial às LTDAs, situação, inclusive, que fora observada pelo legislador com as propostas legislativas - projeto de lei nº 10.983 e a lei nº 13.874/2019 – em que discutiu-se acerca da exclusão do capital social na EIRELI, bem como aprovou-se a sociedade unipessoal, um modelo societário novo que implicará em certo desuso do modelo empresarial individual de responsabilidade limitada (EIRELI), justamente pelo fato de que há um modelo empresarial com amplitude mais ampla, bem como com a possibilidade de proteção patrimonial sem que tenha a necessidade de capital social mínimo, ou mesmo a sua devida integralização para fins de constituição da empresa.

Assim, diante de tal pretexto, percebe-se que a necessidade de capital social mínimo para a constituição da EIRELI causa uma extrema afronta ao princípio da livre iniciativa que, por ser constitucional, tal dispositivo legal deveria ser declarado como sendo inconstitucional – apenas na parte que determina a integralização do capital social – para que encontremos paridade de tratamento de sujeito de direitos e, de fato, fomentarmos a economia com geração de impostos necessários ao tipo empresarial específico e criação de mais empregos, o que fará com que o Brasil se torne um polo de desenvolvimento empresarial das mais diversas gamas de atividade empresarial.

Ademais, importa frisar que, com a nova existência da sociedade unipessoal, possibilitada pela lei nº 13.874/2019, faz-se uma observação no que toca a constituição de novos modelos societários sob a forma de EIRELI. Ainda que mais econômicas em relação à carga tributária que lhes é imposta, a presença de um novo modelo societário que tem as mesmas características da EIRELI e dispensa a integralização de um alto valor para fins de constituição da empresa afasta o modelo empresarial de 2011 e mostra como sendo mais vantajosa a aplicação e fomentação da sociedade unipessoal de 2019.

Destarte, fazendo paralelo em relação aos dois modelos empresariais, bem como em relação ao princípio da livre iniciativa, bem como aos demais princípios aplicáveis ao direito econômico, inclusive, a manutenção do capital social devidamente integralizado na EIRELI se mostra ainda mais destoante no cenário atual, tendo em vista que se mostra menos atrativa e altamente onerosa, de modo que seria de rigor a ausência do valor mencionado para que o empresário ficasse livre para escolher o regime empresarial que lhe seja mais vantajoso em questões fiscais e tributárias, e não apenas em relação ao quesito capital social “devidamente

integralizado” como forma de resguardar o direito do credor, figura que se mostrou desnecessária com a sociedade unipessoal, ficando, ainda, um questionamento final, no sentido de haver ou não um preconceito na esfera empresarial da EIRELI em relação à LTDA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 de março de 2019.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em 07 de março de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em fev. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.605-A, de 2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4D3C6B01607DDD1AB8165CD4004B706E.proposicoesWebExterno1?codteor=631421&filename=PL+4605/2009>. Acesso em 03 de março de 2019.

BRASIL. **Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 02 de março de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 10.983, de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132131>>. Acesso em 02 de março de 2020.

CASTRO, Kelle Grace Mendes Caldeira e. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: críticas ao capital mínimo para constituição da empresa**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13678>. Acesso em junho 2018.

CJF. **Enunciado 470**. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/456>>. Acesso em 03 de março de 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro – Empresa e Atuação Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): As Inovações Inauguradas pela Lei Nº. 12.441/11.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037810.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2019.

Rizzardo, Arnaldo. **Direito de empresa.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SELLMANN, Milena Zampieri; e SARHAN JUNIOR, Suhel. **Inconstitucionalidade da Exigência de Cem Salários Mínimos para Constituição da Eireli Face à Violação dos Princípios da Livre Iniciativa e da Preservação da Empresa.** Revista Brasileira de Direito Empresarial, Brasília, v.2, n.1, p. 259-274, jan/jul. 2016.

A FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FRENTE À SUA REPRESENTAÇÃO CATEGÓRICA CONSTITUCIONAL: uma análise dos impactos da reforma trabalhista na organização sindical.

THE FACTORY OF UNION CONTRIBUTION IN FRONT OF ITS CONSTITUTIONAL CATEGORIC REPRESENTATION: an analysis of the impacts of labor reform on union organization.

Geraldo Antônio Avelino³¹

Idaene Ferreira Carvalho³²

Thayssa Moreira Silveira³³

RESUMO

O presente artigo visa analisar os impactos da reforma trabalhista nas organizações sindicais, mais especificamente, o relativo à contribuição sindical que até então compulsória tornou-se com a Lei 13.467/2017 facultativa. Observa-se que a fragilização gerada por tal transformação no financiamento do sistema sindical brasileiro afeta as questões ligadas à representação categórica constitucional dos sindicatos dos trabalhadores. A questão em tela nos faz questionar sobre a liberdade sindical, e o sistema adotado no Brasil de um sindicato único e a exclusividade na representação das categorias econômicas e profissionais. Tal análise se forma em um importante momento histórico de inovações liberais no cenário trabalhista, em que por um lado se observa um enfraquecimento das organizações sindicais laborais em decorrência da extinção da compulsoriedade da contribuição sindical e das hipóteses de negociação individual trabalhista introduzidas pela Lei 13.467/2017 e doutro, a flexibilização da legislação trabalhista. Outrossim, observa-se que foi mantida, aos entes coletivos laborais, a obrigatoriedade da representação de toda a categoria profissional nas negociações coletivas indiferente da contribuição e filiação sindical do trabalhador. Assim, este estudo busca discutir estes pontos, em virtude da relevância do tema no campo do Direito Coletivo do Trabalho especialmente no que diz respeito ao seguinte questionamento: com a facultatividade da contribuição sindical o estabelecido na negociação coletiva pode abranger apenas os trabalhadores sindicalizados?

Palavras-chave: Sindicatos; Reforma trabalhista; Contribuição sindical; Representação sindical.

ABSTRACT

This article aims to analyze the impacts of labor reform on union organizations, more specifically, the incident to the previously compulsory union contribution became optional. It is observed that the weakening generated by such transformation in the financing of the

³¹ Mestre em Direito | UAL Portugal. Advogado, Especialista em Direito Empresarial, Mestre em Ciências Jurídicas, Doutorando em Direito na UAL - Universidade Autónoma de Lisboa. Ministra a disciplina Direito do Trabalho II no Curso de Direito da FAC - Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Possui experiência nas áreas de energética elétrica, consultoria legislativa e previdenciária. E-mail: avelino@adv.oabmg.org.br.

³² Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

³³ Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

Brazilian union system is influencing the issues regarding the constitutional categorical representation of the workers unions. The question in question makes us question about freedom of association, and the system adopted in Brazil of a single union that prioritizes the exclusivity of unions over the economic and professional categories they represent. Such an analysis is formed in an important historical moment of liberal innovations in the labor scenario, in which, on the one hand, a weakening of labor union organizations is observed due to the extinction of the compulsory union contribution and the individual labor negotiation hypotheses introduced by Law 13,467 / 2017. However, the obligation of representation of the entire professional category in collective bargaining regardless of contribution and union membership is maintained. Thus, this study seeks to discuss these points, due to the relevance of the theme in the field of Collective Labor Law, especially regarding the following question: with the possibility of union contribution can the established in collective bargaining cover only unionized workers?

Keywords: Unions; Labor reform; Union contribution; Union representation.

1. INTRODUÇÃO

A lei se encontra em constante evolução, em face das necessidades de adaptações às mudanças que ocorrem no dia-a-dia na sociedade. Na seara do direito do trabalho as alterações, as flexibilizações, são necessárias devendo, contudo ao serem promovidas respeitar as conquistas sociais da classe trabalhadora, decorrentes de séculos de lutas contra o Estado e o poder econômico³⁴ que garantiram um mínimo de dignidade ao trabalhador. Há muito já se discutiam prováveis modificações na CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, modificações que estão a ocorrer de modo mais contundente a partir do ano de 2017.

Com o advento da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida popularmente como Lei da Reforma Trabalhista, houve significativas mudanças na legislação laboral brasileira com o objetivo, segundo o legislador, de flexibilizá-la de modo a possibilitar o desenvolvimento econômico e a criação de empregos³⁵. Todavia, se observa uma repulsa pelo fato de a reforma

³⁴ Segundo Ricardo Antunes (2015), o mundo laboral está passando por um “*processo de precarização estrutural do trabalho, que os capitais globais estão exigindo o desmonte da legislação trabalhista. E, flexibilizar a legislação do trabalho, significa aumentar ainda mais os mecanismos de exploração do trabalho, destruindo direitos sociais que foram arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde o início da Revolução Industrial, na Inglaterra e especialmente pós-1930, quando se toma o exemplo brasileiro*” (ANTUNES, 2015, p.265)

³⁵ O que de fato se observa cada vez mais é que em prol da economia e do poder econômico, a política do Estado está a desconstruir os direitos sociais dos trabalhadores com a desregulamentação das relações laborais. Assim, na visão de António Avelãs Nunes (2015) o “*direito do trabalho, muitas vezes apresentado como Direito dos Trabalhadores (porque inspirado no princípio do favor laboratoris, na protecção da parte mais fraca na relação contratual entre capitalistas e trabalhadores) ou até como “direito contra a exploração”, assume cada vez mais a sua verdadeira face de Direito dos Empresários*”. (NUNES, 2015, p.53)

se tratar na verdade de um meio utilizado pelo Estado para reduzir os direitos dos empregados em favor do poder econômico.

No viés do direito coletivo do trabalho, a reforma trabalhista também trouxe significativas alterações para as entidades Sindicais, sendo a de maior repercussão, para a categoria obreira, o fim da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical.

Merece destacar que o legislador não extinguiu a contribuição sindical, na verdade a contribuição até então compulsória, doravante com a nova redação legislativa se tornou facultativa. Esta alteração da lei se harmoniza com a liberdade sindical expressa em nossa Constituição, contudo em conjunto com outras alterações verificadas enfraquecem os entes coletivos obreiros.

Assim para que os Sindicatos recebam a contribuição sindical, dependerá da manifestação da vontade do trabalhador participante da categoria em patrocinar ou não a entidade que de forma obrigatória o representa. O fato é que essa mudança afeta drasticamente a estrutura sindical obreira e acarreta um enfraquecimento da organização sindical³⁶.

O presente artigo irá tratar dos principais impactos que a facultatividade da contribuição sindical trouxe consigo especialmente o tocante a abrangência das negociações coletivas.

2. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DOS SINDICATOS E A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

Para Delgado (2019) os sindicatos laborais são entidades associativas, que representam trabalhadores interligados devido a sua área profissional ou laborativa. O intuito principal destas instituições é buscar a solução de problemas existentes no âmbito das respectivas áreas de representação, tutelando os interesses dos trabalhadores, com o objetivo de obter melhores condições profissionais e qualidade de vida para toda a categoria.

Advindo da sociedade capitalista, o movimento sindical teve seu surgimento na Grã-Bretanha em meados de 1720. A fase inicial das corporações sindicalistas não foi fácil, uma vez que os sindicatos não eram reconhecidos pelas ordens jurídicas existentes na época.

³⁶ Observa-se que sem receber quaisquer recursos financeiros continua sob a responsabilidade dos entes sindicais obreiros as funções de representação, negociação e assistencial de toda a categoria que representa e não apenas dos sindicalizados ou daqueles que autorizam o pagamento da contribuição sindical. Necessário salientar que a função negocial coletiva é de responsabilidade exclusiva dos sindicatos por força do exposto na Constituição Federal em seu artigo 8º, VI.

Naquele momento histórico vigia a “*proibição sindical, eventualmente acoplada com a própria criminalização da prática de atos sindicais*” (DELGADO, 2019, p.1.621)

As corporações de ofício, surgidas em meados da idade média, se tratavam na época do surgimento dos movimentos sindicais, de associações de produtores detentoras de grande influência organizacional no seu ramo de atividade, com hierarquia interna muito bem estruturada com foco na produção. No ano de 1791, quando foi promulgada a Lei *Le Chapelier*³⁷, as corporações de ofício foram abolidas com o objetivo de proporcionar aos trabalhadores o livre exercício de trabalho. O que o Estado buscou na verdade à época, foi intervir nos meios de produção de modo a “*assegurar o fim das corporações e da vinculação do indivíduo aos instrumentos de produção*”. (DELGADO, 2017, p.157)

Décadas mais tarde com o Tratado de Versalhes e com o surgimento da OIT - Organização Internacional do Trabalho, o direito de organizar uma associação sindical tornou-se parte fundamental nas relações jurídico-trabalhistas ocidentais, ocasião em que “*os direitos de livre e autônoma associação e sindicalização tornam-se sedimentados na cultura jurídica ocidental*”. (DELGADO, 2019, p. 1622)

No Brasil a evolução sindical passou por dois acontecimentos primordiais nos anos de 1930 a 1988. As primeiras organizações de trabalhadores, ainda que não denominadas sindicais, surgiram por volta do século XIX. Estas associações, chamadas de ligas operárias, tratavam-se segundo Delgado (2019), citando Nascimento (2000) de:

[...] sociedades de socorro mútuo, sociedades cooperativas de obreiros, enfim, diversos tipos de entidades associativas que agregavam trabalhadores por critérios diferenciados. Na formação e desenvolvimento dessas entidades coletivas teve importância crucial a presença da imigração europeia, que trouxe ideias e concepções plasmadas nas lutas operárias do velho continente. (DELGADO, 2019, p.1624)

Nessa época não existia um modelo específico de sindicato, pois o processo jurídico regulador do sindicalismo não atuava de forma assistencial, como lembra Delgado (2019).

Na década de 30 implantou-se com o governo da Era Vargas o modelo sindical que permaneceu intacto até 1988. A fase de formalização corporativista e autoritária do Direito do Trabalho brasileiro e sua forma de elaboração sindical se transformaram no ano de 1988 com a promulgação da Constituição da República.

³⁷ Toda reunião composta de artesãos, trabalhadores, companheiros, jornaleiros, ou provocado por eles contra o livre exercício da indústria e do trabalho facultado a toda sorte de pessoas, e sobre toda espécie de condições convenientes amigavelmente, ou contra a ação da polícia e execução dos julgamentos pronunciados nesta matéria, serão tidos por agrupamentos sediciosos e, como tais, serão dispersados pelos depositários da força pública, sobre as requisições legais lhe serão feitas, e punidos de acordo com todo o rigor das leis sobre os autores, instigadores e chefes dos ditos agrupamentos, e sobre todos aqueles que cometeram violência por vias de fato e de atos. (Tradução: Luiz Arnaut, disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/LeiChapelier.pdf)

Assim, vigorou no Brasil até a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 uma estrutura sindical que segundo Delgado (2017) se estruturava principalmente nos seguintes pontos:

a) Modelo de *sindicato único*, arquitetado por categoria profissional ou categoria diferenciada, com monopólio de representação na respectiva base territorial. Antes da CF/88, essa base territorial poderia abranger apenas o distrito do Município (art.517, caput, *ab initio*, CLT: preceito não recepcionado, nesse aspecto, pela Constituição de 1988); desde a nova Constituição, a base territorial mínima corresponde ao Município (art. 8º, II, CG/88). b) Vinculação direta ou indireta do sindicalismo ao Estado. Essa vinculação concretizava-se mediante o *controle político-administrativo exercitado pelo Ministério do Trabalho*, além da *cooptação política, ideológica e administrativa dos quadros sindicais, por sua participação no aparelho de Estado*, especialmente na Justiça do Trabalho, pela representação classista. c) Financiamento compulsório do sistema, mediante *contribuição sindical obrigatória*, de origem legal. d) Existência de amplo poder normativo do Judiciário Trabalhista, em concorrência direta com a negociação coletiva sindical. (DELGADO, 2017, p.111, grifo nosso)

Conforme exposto, com a Constituição de 1988, considerada o ápice das mudanças trabalhistas e sindicais no Brasil, foram ressaltadas em seu texto duas grandes mudanças. A primeira em relação ao direito coletivo que manteve o sistema de unicidade sindical; assegurou o direito de greve; a representação por categoria; o financiamento compulsório das entidades sindicais e o amplo poder normativo da Justiça do Trabalho bem como a representação classista. (DELGADO, 2017) Noutro viés, conforme já citado, se alterou a base territorial mínima correspondente ao município para a representação coletiva sindical: profissional ou econômica.

Além disso, segundo Delgado (2017):

Nesse quadro, a Constituição afastou a possibilidade jurídica de intervenção e interferências político-administrativas do Estado, via Ministério do Trabalho, no sindicalismo (art. 8º, I, CF/88). Reforçou o papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF/88). Alargou os poderes da negociação coletiva trabalhista, sempre sob o manto da participação sindical obreira (art. 8º, VI; art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88). (DELGADO, 2017, 111, grifo nosso)

Posteriormente com as Emendas Constitucionais 24/1999 e 45/2004 foi alterado de forma significativa o direito coletivo brasileiro. A primeira extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho. A segunda ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que passou a ter competência jurisdicional para dirimir conflitos intersindicais e de greve. Destaca-se que a EC/45 limitou o poder normativo da Justiça do Trabalho com a introdução de “*novo e singular pressuposto processual para a veiculação de dissídios coletivos de natureza econômica: trata-se do comum acordo para a instauração de instância pelas partes coletivas em conflito*” (DELGADO, 2017, p.112)

No que diz respeito às receitas para a manutenção do sistema sindical brasileiro, a legislação brasileira faz menção a quatro tipos de contribuições por parte dos componentes da categoria e dos sindicalizados para as entidades sindicais. Em face à liberdade de associação estabelecida na Constituição Federal, é possível a cobrança da mensalidade; da contribuição assistencial e da contribuição confederativa apenas dos trabalhadores sindicalizados. Aos não associados, mas pertencentes à categoria é devida a contribuição sindical. (DELGADO, 2017)

A contribuição sindical obrigatória se constituía até então numa exigência prevista em lei, que possibilitava aos Sindicatos recolher de todos aqueles que integrassem a respectiva categoria, profissional ou econômica, um determinado valor.

No caso de trabalhadores empregados, essa contribuição compulsória correspondia ao equivalente a um dia de trabalho, e esse valor era descontado diretamente da folha de pagamento. A obrigatoriedade estava prevista no artigo 579 da CLT, que determinava o desconto na folha de pagamento da contribuição sindical daquele trabalhador que participasse de uma determinada categoria profissional, em favor do sindicato que o representa.

Art. 579 - A contribuição sindical é devida por todos aqueles [sic] que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, [sic] na conformidade do disposto no art. 591. (BRASIL, 1943).

Tal contribuição teve por finalidade possibilitar que aos Sindicatos “*contassem com recursos para o custeio das suas atividades*”. (NASCIMENTO, 2011, p.83)

Segundo Delgado (2019), a contribuição sindical:

[...] *obrigatória*, de origem legal (artigo 8º, IV, *in fi ne*, CF/88), que permite ao sindicato manter-se, independente da vontade e decisões efetivas de seus associados, elidindo das burocracias e direções sindicais a fundamental (do ponto de vista democrático) *responsiveness* (na verdade, o artigo 8º, IV, da Constituição, fala até mesmo em *duas* contribuições); (DELGADO, 2019, p.150)

Com a Lei nº 13.467/2017, a contribuição sindical que até então era compulsória passou a ser facultativa, o que comprovadamente já está impactando negativamente nas atividades desenvolvidas pelos Sindicatos especialmente os Obreiros, que deverão buscar alternativas para se sustentarem.

Segundo Delgado (2019), a contribuição sindical:

A *contribuição sindical obrigatória* é a mais controversa, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista na ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de *imposto sindical*, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais

eufemístico. Encontrava-se regulada de modo minucioso pela CLT (arts. 578 a 610) — embora tenha sofrido substancial mudança com a Lei da Reforma Trabalhista de 2017. (DELGADO, 2019, p.1609)

O modelo de contribuição sindical compulsória instaurado no Brasil antes da reforma surgiu em decorrência da busca estatal representação sindical. Daí se observou o surgimento exacerbado de sindicatos, ocasionando o enfraquecimento da instituição de representação classista laboral. Com a eclosão de inúmeros sindicatos, devido à disponibilidade de valores significativos decorrentes da distribuição entre os entes coletivos da contribuição sindical obrigatória, muitos são os sindicatos que não atuam realmente em prol de seus representados e praticamente não possuem filiados. Tal desídia acaba por gerar a desconfiança dos trabalhadores quanto a alguns sindicatos. A descrença à atuação sindical leva ao não reconhecimento de algumas entidades sindicais por parte da categoria profissional, salvo exceções aos sindicatos realmente proativos e representativos de categorias profissionais expressivas como a dos eletricitários, bancários, petroleiros dentre outras. (CUSTODIO, 2018). Estes sindicatos pelas suas atuações possuem muitos filiados que contribuem com o pagamento de mensalidades que é outra forma de custeio das despesas sindicais nesta era de facultatividade da contribuição sindical.

Desta forma, observa-se pelo exposto que a contribuição sindical, é que possibilita aos entes coletivos obreiros a sua manutenção, especialmente naqueles que não atuam de fato em prol de seus representados, e como consequência possuem poucos filiados. A não obrigatoriedade da contribuição sindical está a transformar a realidade sindical brasileira.

3. A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PÓS REFORMA TRABALHISTA

A Constituição Federal enfatiza ao tratar dos entes coletivos trabalhistas – os sindicatos, que: “é livre a associação profissional ou sindical, observando-se o seguinte: [...] V – Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”. (BRASIL, 1988)

Buscando o legislador atender ao princípio constitucional de liberdade sindical, a contribuição sindical compulsória – que se tratava, para o empregado pertencente a determinada categoria, de um recolhimento realizado anualmente equivalente à um dia de serviço para o sindicato - com a Lei nº 13.467/2017, que veio a alterar a CLT passou a ser facultativa.

A contribuição, anteriormente obrigatória e agora facultativa, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 8º, IV, c/c art.149, que dispõe caber à União, de forma

exclusiva, a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias sejam elas profissionais ou econômicas³⁸.

Com o advento da Lei 13.467/2017, ocorreram várias modificações na CLT sendo que uma delas estabeleceu que a partir de então, a contribuição sindical seria voluntária. Desta forma, a contribuição sindical em favor dos entes coletivos laborais somente poderá ocorrer caso o trabalhador por vontade própria autorize ou realize o pagamento correspondente.

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados (...) (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas. (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Art. 579 O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta consolidação. (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Conforme o exposto a Reforma alterou a forma de captação da principal fonte de custeio dos sindicatos. Todavia, se manteve inalterada a atribuição obrigatória dos Sindicatos, por força constitucional, de sua função negocial coletiva estabelecida no artigo 8º VI, da Constituição para toda a categoria e não apenas para os trabalhadores sindicalizados ou aqueles que pagam a contribuição sindical. Deste modo, “*a validade do processo negocial coletivo se submete à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro. No caso brasileiro o sindicato*” (DELGADO, 2017, p.71)

A participação obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva está fundamentada no princípio da interveniência sindical obrigatória na normatização Coletiva, que segundo Delgado (2017):

Assumido, expressamente, pela Constituição de 1988 (art. 8º, III e VI,CF/88), o princípio visa a assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato (com garantias

³⁸ Art. 8º. “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;” (BRASIL, 1988)

Art. 149. “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”. (BRASIL, 1988)

especiais de emprego, transparência negocial, etc.). (DELGADO, 2017, p.71, grifo nosso)

Assim, para cumprir o mandamento constitucional, é imprescindível que o ente coletivo obreiro tenha a necessária fonte de custeio que lhe permita cumprir de forma satisfatória com este e os demais objetivos e funções estabelecidas em Lei.

Com a queda nos valores arrecadados pelos entes sindicais, fruto da contribuição sindical facultativa, os sindicatos têm buscado novas formas de recuperar as receitas, incluindo a busca pelo recebimento da contribuição sindical. Nesse sentido, observa-se conforme o exposto na alínea “e” do artigo 513 da CLT, não alterado pela Lei 13.467/2017, que continua sendo prerrogativa dos Sindicatos *“impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas”*. (BRASIL, 1943, grifo nosso)

Assim, os sindicatos buscaram recolher a contribuição dos trabalhadores, sem a aquiescência individual expressa daqueles pertencentes à categoria, através de cláusula estabelecida em Assembleias, orientados no exposto pelo enunciado 38 da 2ª jornada de direito material e processual do trabalho da ANAMATRA e pelo MPT.

Segundo a ANAMATRA:

38. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL I. É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II. A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III. O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais. (ANAMATRA, 2018, p.26, grifo nosso)

De acordo com o Ministério Público do Trabalho:

O Precedente Normativo n. 119 do TST veda o desconto de contribuição dos não associados. Contudo, referido precedente não se aplica aos instrumentos normativos depositados após a vigência da Lei n. 13.467/17, cujo texto extingue a compulsoriedade da contribuição sindical. (MPT, 2018, p.4, grifo nosso)

Desta forma, a “autorização prévia e expressa” para desconto em folha da contribuição devida ao sindicato poderá ser tanto coletiva, quanto individual, nos termos deliberados em assembleia convocada pelo sindicato, assegurada a participação de todos os integrantes da categoria, associados ou não associados (CF, art. 8º, III e VI, e CLT, art. 462 e 611). (MPT, 2018, p.6)

Desta forma, até o ano de 2018 os Sindicatos se utilizaram amplamente das Assembleias com o objetivo de buscar a autorização coletiva para o desconto da contribuição devida pelo trabalhador e o repasse pela empresa conforme o estabelecido na CLT.

Alguns questionamentos judiciais surgiram, mas os que foram deferidos em sentido contrário ao exposto, foram em decorrência da fragilidade na comprovação da ciência da Assembleia deliberativa à toda categoria envolvida especialmente no âmbito das CCT-Convênções Coletivas de Trabalho.

Todavia, o Presidente da República entendendo de forma diversa ao praticado pelos Sindicatos e aos entendimentos do MPT e da ANAMATRA, editou a MP 873/2019 com o objetivo de alterar os dispositivos da CLT que tratavam da Contribuição Sindical. Com a nova redação dada aos artigos da CLT, passou a ser inadmitido o desconto da contribuição sindical, autorizado por cláusula normativa coletiva. Estabeleceu-se ainda que o pagamento da contribuição dar-se-ia de forma exclusiva por intermédio de boleto bancário, que após a manifestação expressa e individual do trabalhador, deveria ser encaminhado para a sua residência:

Art. 579. O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

§ 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o **caput** deve ser individual, expressa e por escrito, não admitidas a autorização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.

§ 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade. (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Art. 579-A . Podem ser exigidas somente dos filiados ao sindicato:

I - a contribuição confederativa de que trata o inciso IV do **caput** do art. 8º da Constituição;

II - a mensalidade sindical; e

III - as demais contribuições sindicais, incluídas aquelas instituídas pelo estatuto do sindicato ou por negociação coletiva. (BRASIL, 2019)

Art. 582 . A contribuição dos empregados que autorizarem, prévia e expressamente, o recolhimento da contribuição sindical será feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, que será encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa.

§ 1º A inobservância ao disposto neste artigo ensejará a aplicação do disposto no art. 598.

§ 2º É vedado o envio de boleto ou equivalente à residência do empregado ou à sede da empresa, na hipótese de inexistência de autorização prévia e expressa do empregado.

§ 3º Para fins do disposto no inciso I do **caput** do art. 580, considera-se um dia de trabalho o equivalente a:

I - uma jornada normal de trabalho, na hipótese de o pagamento ao empregado ser feito por unidade de tempo; ou

II - 1/30 (um trinta avos) da quantia percebida no mês anterior, na hipótese de remuneração ser paga por tarefa, empreitada ou comissão.

§ 3º Na hipótese de pagamento do salário em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 (um trinta avos) da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. (BRASIL, 2019)

Todavia, a MP 873/2019 perdeu a eficácia pelo fato de que dentro do prazo de sua vigência não teve a devida apreciação pelo Congresso Nacional em suas duas Casas Legislativas: Senado e Câmara Federal.

Desta forma, continua válido o entendimento do Ministério Público do Trabalho e da ANAMATRA no sentido de que “*a autorização prévia e expressa para desconto em folha da contribuição devida ao sindicato poderá ser tanto coletiva, quanto individual*” (MPT, 2018). Obviamente a entidade coletiva obreira deverá buscar garantir a ciência de todos os trabalhadores pertencentes à categoria da Assembleia, situação em que se tratando de ACT – Acordo Coletivo de Trabalho é perfeitamente possível.

O fato da contribuição sindical para chegar ao caixa dos sindicatos depender da prévia e expressa autorização do trabalhador pertencente à categoria está trazendo significativos impactos aos entes coletivos. Estima-se que em relação “*ao sindicato dos trabalhadores, o repasse despencou de R\$ 2,24 bilhões para R\$ 207,6 milhões. No caso dos empresários, foi de R\$ 806 milhões para R\$ 207,6 milhões em 2018*” (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019, p. 1).

Conforme exposto, a redução abrupta da principal fonte de custeio da atividade sindical afeta a estrutura dos sindicatos dificultando a prestação de suas atividades e funções.

4. A FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FRENTE À REPRESENTAÇÃO CATEGÓRICA CONSTITUCIONAL.

A facultatividade na contribuição sindical ocasionou intensos efeitos no âmbito dos sindicatos, sendo que a questão precípua afeta às funções de representação e negociação sindical compulsória, pós reforma trabalhista em virtude da contribuição sindical facultativa.

O fato é que a disposição constitucional vigente concede aos sindicatos a representação de toda a categoria profissional ou econômica, e não somente os seus filiados. Assim, independente da filiação, os sindicatos detém importante papel na defesa dos direitos e garantias fundamentais de toda a categoria.

Ademais, tal obrigação decorre de que toda a categoria até a Lei 13.467/2017 contribuía para as despesas sindicais com a contribuição que até então era obrigatória e dividida entre todos os entes coletivos que compõem a estrutura sindical brasileira³⁹.

Por força constitucional os sindicatos assumem postura ativa e relevante na defesa dos interesses dos trabalhadores, pelo fato de serem detentores do monopólio de representação em face da unicidade sindical, que os legitima a atuar em favor de toda a categoria num determinado território de forma exclusiva.

Esta estrutura sindical vigente no Brasil é criticada em virtude da mitigação que traz à liberdade de filiação do trabalhador, que não detém opção de escolha pela ausência de outros sindicatos para representá-lo naquele seguimento e caso queira se filiar encontra apenas um sindicato, em virtude da unicidade sindical. O fato é que o sistema jurídico trabalhista brasileiro é regido pela unicidade.

Desta forma a representação do trabalhador é realizada de forma obrigatória por um único sindicato, seja por empresa, profissão ou categoria, tendo como limitação o seu território de atuação.

Em oposição à unicidade, se tem o pluralismo sindical, que cria a disputa por arrecadação, onde os sindicatos buscam uma representação sindical legítima, negociações e disputas mais benéficas aos olhos dos trabalhadores e está de acordo com o estabelecido pela OIT.

De acordo com Delgado (2019):

[...] o sistema de *liberdade sindical plena* (Convenção 87, OIT, por exemplo) não sustenta que a lei deva impor a pluralidade sindical. De modo algum: ele sustenta, apenas, que não cabe à lei regular a estruturação e organização internas aos sindicatos, cabendo a estes eleger, sozinhos, a melhor forma de se instituírem. (DELGADO, 2019, p. 1597)

³⁹ A distribuição da contribuição sindical, conforme estabelece o artigo 589 da CLT de Sá da seguinte forma: Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho: § 1º O sindicato de trabalhadores indicará ao Ministério do Trabalho e Emprego a central sindical a que estiver filiado como beneficiária da respectiva contribuição sindical, para fins de destinação dos créditos previstos neste artigo. § 2º A central sindical a que se refere a alínea *b* do inciso II do caput deste artigo deverá atender aos requisitos de representatividade previstos na legislação específica sobre a matéria. **I - para os empregadores:** a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 15% (quinze por cento) para a federação; c) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e d) 20% (vinte por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário'. **II - para os trabalhadores:** a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 10% (dez por cento) para a central sindical; c) 15% (quinze por cento) para a federação; d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e e) 10% (dez por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário' (BRASIL, 1943)

No pluralismo, o sindicato representa somente seus filiados, mas o trabalhador dispõe de uma ampla liberdade sindical de escolha do sindicato que se encontra de acordo com seus interesses para contribuir, não tendo onerosidade excessiva para somente uma das partes.

Em contrapartida a essa representação somente dos filiados se vê um rol de possibilidades de acordo com a preferência do trabalhador, que melhor compatibilize com os seus anseios, podendo optar pelo sindicato A, que traz benefícios como plano de saúde, assistência jurídica ou pelo sindicato B, que realiza acordos coletivos com as empresas para obtenção de um valor maior de auxílio transporte, por exemplo.

A liberdade de filiação seria plena, neste sentido, na medida em que possibilita ao trabalhador a garantia de se filiar ao sindicato que melhor o represente, de acordo com as suas opções pessoais e não pressioná-lo a, caso tenha interesse em se filiar, optar pelo sindicato único que representa sua categoria.

Observa-se que a unicidade sindical vigente no Brasil por força constitucional traz a obrigatoriedade de o sindicato representar toda categoria.

Todavia, em face ao estabelecido na Lei 13.467/2017, o membro da categoria profissional doravante é quem opta ou não por contribuir para o Sindicato. Nesse sentido o trabalhador membro da categoria deve arcar com as consequências de sua ação.

Importante salientar que no tocante a negociação coletiva, vigia antes da Reforma a ultratividade das negociações coletivas estabelecida pelo TST através da súmula 277.

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE “*As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho*”. (TST, 2009)

Outrossim, a Lei 13.467/2017 alterou o parágrafo 3º do artigo 614 da CLT, vedando a ultratividade das negociações coletivas⁴⁰.

Observa-se então que como fim da ultratividade, e uma vez findo o prazo de vigência da Negociação Coletiva (ACT ou CCT) e não tendo sido entabulada nova negociação, os direitos dos trabalhadores da categoria poderão ser balizados pelo mínimo estabelecido na Constituição e na legislação infraconstitucional como, por exemplo, a CLT.

Neste ambiente em que há necessidade do fortalecimento do ente coletivo laboral para a negociação, optou o legislador por enfraquecer ainda mais os sindicatos.

⁴⁰ “Art. 614. ... § 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.” (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Além da retirada da compulsoriedade da contribuição sindical, várias alterações promovidas na CLT pela Lei 13.467/2017 vieram a prejudicar os sindicatos.

Uma delas advém da possibilidade dos trabalhadores (sindicalizados ou não), poderem negociar diretamente com o empregador através do Acordo Individual⁴¹. Sendo assim, é possível se estabelecer nestas situações pelos não sindicalizados condições mais favoráveis do que as obtidas pelos sindicatos na negociação coletiva, criando um cenário prejudicial aos entes coletivos. Cenário este, caótico e desequilibrado, em desconformidade constitucional, desvirtuando o papel dos sindicatos e gerando um confronto à isonomia.

Outro ponto merecedor de atenção, pelo fato de impactar na função de representação e negociação sindical, foi a possibilidade de haver alterações nos contratos de trabalho através de Acordos Individuais. A Lei 13.467/2017 incluiu o parágrafo único ao artigo 444 da CLT, permitindo que além dos sindicatos o trabalhador de forma individual, desde que receba mais que o dobro do teto pago aos segurados pelo INSS e tiver curso superior, possa entabular acordo individual nas hipóteses previstas no artigo 611-A da CLT podendo o negociado ter prevalência sobre lei.

Observa-se ainda, à inclusão do título IV-A na CLT que trata da representação dos trabalhadores e outras situações que enfraquecem os sindicatos laborais.

Em seu artigo 510-A a CLT assegura a eleição de uma comissão de no mínimo 3(três) trabalhadores em empresas com mais de 200 (duzentos) empregados podendo chegar até o número de 7(sete) naquelas com mais de 5.000 (cinco mil) empregados.

Estas comissões têm como atribuições, as delegadas também aos entes coletivos sindicais, conforme o estabelecido no artigo 510-B, com ênfase aos incisos III e IV⁴².

⁴¹ Com a reforma trabalhista entabulada pela Lei 13.467/2017 existem possibilidades de haver alterações nos contratos através de Acordos Individuais, Acordos Coletivos ou Negociação Coletiva. Por exemplo, a possibilidade de a duração diária de trabalho ser acrescida em número não excedente a duas; banco de horas; compensação de jornada estabelecidos no artigo 59 da CLT (BRASIL, 2017). A utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular estabelecido no artigo 74 da CLT. (BRASIL, 2017). Pactuação de jornada de trabalho superior a 30 horas para os empregados de bancos e casas lotéricas conforme o exposto no artigo 224 da CLT, esta possibilidade incluída recentemente na CLT através da MP 905/2019.

⁴² Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições: I - representar os empregados perante a administração da empresa; II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo; III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais; V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical; VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação; VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho. (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Observa-se ainda que os componentes destas comissões possuem garantia de emprego de forma similar a que detém o membro diretor sindical. A citada garantia de emprego, prevista no §3º do artigo 510-D da CLT, vigorará desde o momento do registro da candidatura do trabalhador a membro da Comissão, e se eleito até um ano após o término do mandato.

Deste modo, o “*membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro*”. (BRASIL, 2017)

Em certa medida, as alterações citadas acabam por impactar a atividade sindical, na medida em que promovem o exercício de funções inerentes aos sindicatos na esfera individual, que no magistério de Ribeiro (2019) essas mudanças:

reduzem a participação dos sindicatos na definição das regras de trabalho, aumentam a fragmentação, promovem a descentralização das negociações até o nível individual, o que tem efeito objetivo e subjetivo na organização dos trabalhadores, e dificultam o financiamento da estrutura sindical. Portanto, promovem o enfraquecimento dos sindicatos. (RIBEIRO, 2019, p. 12).

Aliado ao exposto, tem que se levar em consideração também a tímida atuação sindical antes da reforma por parte de muitos sindicatos que não se preocupavam em trabalhar com afinco em prol da categoria, haja vista que trabalhando ou não, a contribuição chegava ao caixa da entidade. Todas estas alterações fazem com que a categoria obreira questione a necessidade de contribuir com o desconto automático de um dia de trabalho para o custeio da estrutura sindical brasileira.

Diante disso, chega-se a um flagrante impasse: a previsão constitucional de representação categórica sindical pode ser afastada a fim de privilegiar os efeitos de negociações exclusivamente aos filiados dos sindicatos que participam da negociação?

A resposta a princípio é não, por existir uma necessidade de que o entendimento favorável à Constituição seja realizado em máxima medida, tendo em vista o seu caráter de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, em consonância com o artigo 8º inciso III da CR/88, o sindicato deve defender os direitos e interesses coletivos ou individuais de toda a categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Necessário salientar o fato de que antes da reforma estabelecida pela Lei nº 13.467/2017 todos os membros da categoria pagavam a contribuição sindical até então compulsória, sendo então legítimo indiferente da sindicalização, serem beneficiários das cláusulas entabuladas nas negociações coletivas.

A inovação trazida pela reforma trabalhista, quanto à contribuição sindical facultativa teve por escopo romper com o financiamento sindical compulsório, que acabava por obrigar o

trabalhador a contribuir com o sindicato. A contribuição sindical na forma anterior a Lei 13.467/2017 de fato não era coerente com a liberdade de filiação, postura até então contrária às *soft law* presentes nas Convenções e Recomendações da OIT.

Assim, a contribuição sindical facultativa adotada após a reforma, harmoniza com as recomendações da OIT e com a liberdade sindical expressa na Constituição brasileira. (BENEVIDES, 2018).

Grande parte das discussões a respeito da extensão das negociações coletivas realizadas pelos entes coletivos pós-reforma se firmam em dois pontos. O primeiro, na imputação de um dever de contribuição para se beneficiar das negociações sindicais acabaria por se transformar no panorama que se tinha anteriormente à reforma, qual seja, o de contribuição compulsória, o que contraria o princípio constitucional de liberdade sindical. O segundo, por outro lado, no tocante ao locupletamento daquele que não se filia ao sindicato da categoria e também não autoriza a contribuição sindical. Trabalhador que se beneficia de negociação coletiva sem luta, sem contraprestação alguma.

O entendimento do MP e de alguns Tribunais do Trabalho, era no sentido de que com a facultatividade da contribuição sindical, o estabelecido em negociação coletiva poderia ser obstado ao trabalhador não sindicalizado. Todavia, o TST veio a dar o entendimento a respeito no sentido de invalidar cláusula coletiva que implique em discriminação à trabalhador pertencente à categoria.

Segundo o TST:

RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. AÇÃO ANULATÓRIA. 1. CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: BENEFÍCIO SOCIAL AUXÍLIO CESTA BÁSICA. “A cláusula em análise (Cláusula Décima Sétima) criou o benefício **"auxílio cesta básica", que deveria ser pago, nos termos de sua redação, apenas para os empregados associados ao Sindicato** Réu. A maioria dos membros desta Seção Especializada votou no sentido de que **a cláusula é nula e extrapola os limites da negociação coletiva, na medida em que, ao restringir o seu alcance aos filiados do sindicato, gera discriminação nas relações de trabalho e representa uma tentativa de obrigar a filiação compulsória dos trabalhadores ao sindicato, também vedada pela ordem jurídica**. Este Relator ficou vencido e proferiu voto no sentido de que a norma coletiva não desrespeita o ordenamento jurídico, notadamente os princípios da isonomia e da liberdade sindical, em face das seguintes razões, em suma: **primeiro, porque a situação diferenciada do empregado associado, que tem um custo mensal de manutenção do ente sindical, possibilita à negociação coletiva, beneficente de toda a categoria com a criação de outras cláusulas, fazer essa pequena diferenciação, não detendo ela mais cunho discriminatório; segundo, porque não há a obrigação de filiação ao sindicato, sendo resguardados ao empregado não filiado todos os demais benefícios convencionais, bem como sendo tal opção irrelevante para a manutenção do seu emprego; terceiro, porque a finalidade da norma é justamente o fortalecimento do sindicato e o desenvolvimento da liberdade sindical plena, apurada sob uma ótica eminentemente coletiva**. Contudo, conforme já mencionado, o entendimento majoritário dos membros desta Seção

Especializada foi de que a cláusula em análise deve ser anulada. Recurso ordinário provido para declarar a nulidade da cláusula em exame”. (TST - RO: 7725720165080000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/04/2019, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 15/04/2019) (TST, 2019, Grifo nosso)

Destacamos na ementa acima o voto divergente do Ministro Mauricio Godinho Delgado. Nesse sentido, é patente que o trabalhador ao optar em não se filiar e tão pouco a pagar a contribuição sindical, implicitamente entende ser desnecessário a figura do sindicato e suas ações coletivas em prol da categoria, uma vez que nada contribui para tal. Em consequência disso, não lhe seria devido benefícios conseguidos pela categoria através dos sindicatos em sede de Acordo ou Convenção Coletiva.

No entendimento do TST limitar as negociações sindicais apenas aos seus filiados ou contribuintes, representa uma discriminação e tentativa de filiação compulsória o que contraria a ordem jurídica vigente.

Também nesse sentido é o magistério de Francisco Gerson Marques de Lima (2018), que entende que caso as cláusulas coletivas destinassem apenas aos filiados ou contribuintes dos sindicatos acabaria por gerar desigualdades, discriminações de trabalhadores no âmbito da empresa o que é vedado por lei. A dicotomia entre filiados e não filiados acabaria por enfraquecer os próprios sindicatos, posto que o separatismo ganharia força, desestabilizando a unidade em prol da garantia dos direitos a todos os trabalhadores pertencentes à categoria.

Assim, com direitos diferentes, se instalaria uma aura odiosa no ambiente de trabalho. Em virtude disso, os sindicatos se preocupariam mais em obter vantagens aos seus sindicalizados buscando mantê-los como contribuintes do que com a emancipação e conscientização dos trabalhadores. Aconteceria, pois, um verdadeiro comércio entre sindicato para com os seus filiados. (LIMA, 2018).

Alternativas para a perda da contribuição compulsória no financiamento sindical é buscar outras fontes de custeio para as suas atividades. Segundo Delgado (2019), deve o sindicato buscar exercer atividades econômicas, além de utilizar-se das contribuições que pode impor sobre a os seus associados, como a confederativa, a contribuição assistencial e as mensalidades voluntárias pagas pelos sindicalizados. Segundo o autor a “*circunstância de o sindicato exercer atividades econômicas para melhor prover suas funções sindicais melhor se combina, inclusive, com a noção de sindicato livre, pessoa jurídica de direito privado*”. (DELGADO, 2019, p.1608)

A não obrigatoriedade da contribuição sindical é uma situação nova que a princípio aparenta beneficiar o trabalhador de forma individual, que não precisará dispor de forma

obrigatória um dia de seu trabalho. Todavia, dificulta aos sindicatos manter a prestação de um serviço de qualidade à categoria, especialmente no entabulamento de melhores condições de trabalho através da negociação coletiva. As mudanças no sistema de arrecadação sindical devem constituir um novo marco na atuação sindical. Os sindicatos devem buscar com suas ações fazer eclodir em todos os membros da categoria o sentimento de pertencimento, de modo a enxergar os sindicatos como verdadeiros aliados na luta pela busca por mais dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista trouxe diversas inovações, entre elas, a mudança no sistema de contribuição sindical. Tinha-se que, anualmente, o trabalhador estava obrigado a contribuir com o valor de um dia de seu salário para os sindicatos. Este sistema trazia uma omissão por parte dos trabalhadores com o funcionamento da máquina sindical e conseqüentemente uma representação deficiente por parte de muitos sindicatos que, salvo exceções, se desvirtuavam de suas funções em prol de interesses econômicos, atuando basicamente para garantir sua contribuição, sem de fato exercer a luta direta pelos direitos de seus representados. Daí terem poucos trabalhadores filiados.

Com a contribuição sindical facultativa, o cenário mudou drasticamente gerando uma queda brusca nas arrecadações dos sindicatos, enfraquecendo-os e fragilizando-os.

Aliado a isso outras mudanças introduzidas pela Lei 13.467/2017 e pela Medida Provisória nº 873/2019, de 1º de março de 2019 estão a enfraquecer ainda mais a representação da categoria obreira. Tal impacto leva a preocupação por parte dos sindicatos e questionamentos quanto às formas de sua manutenção. Assim, surgiram discussões a respeito da representação sindical frente à contribuição facultativa.

O que se tem vigente hoje, por disposição constitucional, é a unicidade sindical, ou seja, a existência de um sindicato responsável pela representação de toda a categoria no âmbito territorial, onde detém a exclusividade de atuação. Por isso, o sindicato deve representar toda a categoria e não apenas os seus filiados ou os que doravante pagam a contribuição sindical. A postura de um sindicato único por categoria vai contra o pluralismo sindical presente nos países ocidentais e incentivado pela OIT. O pluralismo sindical acompanha a tendência mundial de prestigiar a liberdade sindical, em que o sindicato deve mostrar o seu mérito para receber a contribuição do trabalhador por escolha própria, limitando sua atuação aos seus filiados e está em concordância com a contribuição sindical facultativa, que prioriza o exercício da liberdade

de filiação pelo trabalhador ao sindicato. Mas vige no Brasil a unicidade e não o pluralismo sindical.

Os sindicatos, segundo Delgado (2017, p. 1537), “consistem em associação coletiva, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores, sejam subordinados ou autônomos, e de empregadores”. Em virtude de seu caráter de defensor dos interesses trabalhistas, como é o caso dos sindicatos dos trabalhadores ora tratados, não deve prevalecer qualquer tentativa de condicionar a representação do empregado à sua contribuição ou filiação sindical.

Pelos impactos gerados pela reforma trabalhista aos sindicatos, estes devem buscar alternativas para a contribuição sindical que não é mais compulsória. Formas de obter financiamento pelos trabalhadores como a imposição do dever de contribuir para gozar dos benefícios negociais obtidos pelos sindicatos são ilegítimas, em expressa contrariedade à constituição, conforme é o entendimento do TST.

As organizações sindicais devem, em virtude dos impactos trazidos pela reforma trabalhista, buscar inovar a sua forma de atuação, que deverá ser consistente e ativa na defesa dos direitos dos trabalhadores, demonstrando com isso a relevância de suas funções e incentivando o trabalhador a contribuir para o fortalecimento da entidade que o representa.

Este processo de conscientização dos trabalhadores no sentido de se filiarem ao sindicato e contribuir é árduo, mas é a principal alternativa na busca da reestruturação dos sindicatos com a facultatividade da contribuição.

Vale ressaltar que jamais deve o sindicato coagir o trabalhador a se filiar sob pena de não ser beneficiado pelas negociações coletivas realizadas por ele, uma vez que estaríamos diante de uma flagrante ilegalidade, em confronto com o art. 611-B, inciso XXVI da CLT que trata da liberdade de associação do trabalhador, além do dever sindical de representação de toda a categoria profissional independente de contribuição ou filiação. Outrossim, as inovações trazidas pela Lei 13.467/2017 como a negociação individual poderá aumentar entre os trabalhadores o desprestígio pelos entes sindicais.

A exigência na prática de cláusula coletiva obrigando as empresas a descontarem dos trabalhadores o valor referente à contribuição sindical, ainda que sem expressa autorização não é a saída para o enfraquecimento dos sindicatos com a ausência da contribuição tributária obrigatória. A conscientização da categoria da necessidade de fortalecimento sindical deve ser o objetivo dos dirigentes dos sindicatos, aliado ainda na promoção dos direitos dos trabalhadores e obtenção de melhorias na sua qualidade de vida dentro e fora do âmbito laboral.

A liberdade dada ao trabalhador em optar ou não em contribuir com a entidade que o representa harmoniza com os preceitos constitucionais brasileiros e está de acordo com o entendimento da OIT.

Observa-se assim que com o fim da contribuição sindical obrigatória os sindicatos estão tendo significativas dificuldades para manter seus serviços e funções. Neste momento em que o Estado busca flexibilizar direitos trabalhistas sob pressão do poder econômico, há necessidade do fortalecimento dos entes coletivos obreiros.

Os entes sindicais terão que se reinventar, para conseguir os recursos necessários ao custeio da máquina em prol da luta pela manutenção dos direitos dos trabalhadores, inadmitindo o retrocesso social, e participando ativamente nas negociações coletivas.

Nas negociações não pode ser deixado de lado os princípios do direito coletivo, uma vez que a negociação deve ser pautada na transparência, lealdade e boa fé. Os desafios para a promoção de uma sociedade livre, justa e igualitária são muitos.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma Trabalhista - Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) e no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018)**. Brasília: Anamatra, 2018.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Cortez, 2015. ISBN: 978-85-249-2314-2

ARNAUT, Luiz. **Lei Le Chapelier (1791)** Tradução. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/LeiChapelier.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019

BENEVIDES, Sara Costa. **Impactos da reforma trabalhista no modelo de custeio das organizações sindicais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 64, n. 97, p. 167-183, jan./jun. 2018.

BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm> Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL, Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM> Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 873/2019, de 1 de março de 2019. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm> Acesso em: 04 nov. 2019.

CUSTODIO, Marcio Ferezin. **A nova representação sindical profissional a partir do não financiamento compulsório**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 64, n. 97, p. 89-106, jan./jun. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2019. ISBN 978-85-361-9976-4.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9105-8.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Sindicatos perdem 90% da contribuição sindical no 1º ano da reforma trabalhista**. Época Negócios, [S. l.], p. 1-1, 5 mar. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2019/03/epoca-negocios-sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1o-ano-da-reforma-trabalhista.html>>. Acesso em: 27 out. 2019.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Restrição das cláusulas negociadas pelos sindicatos somente aos seus filiados**. In Revista do programa de pós-graduação em Direito da universidade federal do Ceará, Ceará, ano 2018, v. 38, n. 2, p. 1-16, 30 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39900/95980>>. Acesso em: 27 out. 2019.

MPT, Ministério Público do Trabalho. **NOTA TÉCNICA Nº 02, de 26 de outubro de 2018. Contribuições Estabelecida em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho**. Brasília, CONALIS, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1823-9

NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**. Lisboa: Página a Página, 2015. ISBN 978-972-8140-22-9

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 87 - Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização**. Disponível

em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm> Acesso em: 3 dez. 2019.

RIBEIRO, Flávia Ferreira. **O impacto da reforma trabalhista sobre o movimento sindical em transformação**. [S. l.], p. 1-17, 2019. Disponível em:

<<http://www.niepmarx.blog.br/MM2019/Trabalhos%20aprovados/MC37/MC373.pdf>>

Acesso em: 27 out. 2019.

TST, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 277 nova redação 2009**. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

TST, Tribunal Superior do Trabalho. **RO: 7725720165080000**, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/04/2019. Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698195370/recurso-ordinario-trabalhista-ro-7725720165080000>> 7 nov. 2019.

OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA ERA TECNOLÓGICA

THE CHALLENGES OF EFFECTIVENESS OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE TECHNOLOGICAL AGE

Gabrielle Cassiana Simões de Souza⁴³

Fernanda Carolina Lopes Cardoso⁴⁴

RESUMO

Este estudo apresenta os meios de coleta de dados com suas características, bem como as normas atuais que utilizam a proteção dos direitos autorais da personalidade no acesso à rede. O problema da pesquisa é que o uso de dados do usuário na Internet viola direitos fundamentais, especialmente a privacidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que busca analisar criticamente o tema proposto, contribuir para o debate e proteger os direitos fundamentais dos usuários na Internet.

Palavras-chave: direitos fundamentais; internet; proteção de dados.

ABSTRACT

This study seeks to present the means of data collection with their respective characteristics, as well as to present the current norms that include the protection of personality rights in access to the network. The research problem is whether the use of user data on the Internet violates fundamental rights, notably privacy. This is a bibliographical research that seeks to analyze the proposed theme critically, contributing to the debate and to the protection of the fundamental rights of users on the Internet.

Keywords: fundamental rights; Internet; data protection.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da proteção dos direitos de personalidade na era digital. O uso exacerbado da tecnologia da informação tem causado insegurança aos usuários da rede, diante da vulnerabilidade de seus dados pessoais, uma vez que estes são coletados, armazenados e manipulados, na maioria das vezes, sem o consentimento do indivíduo a ele relacionado. Sob

⁴³ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

⁴⁴ Professora de Direito Civil da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. E-mail: sepolfernanda@hotmail.com.

o prisma de que a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, integram os direitos fundamentais, lógico é afirmar que a manipulação indevida dos mesmos ocasiona a violação de normas e princípios, ocasionando como consequência, a mitigação de tais direitos subjetivos à pessoa.

Nesse perspectiva, o presente estudo busca apresentar os meios de coleta de dados com suas respectivas características, bem como apresentar o histórico de normas destinadas a proteção dos direitos de personalidade no acesso à rede. O problema de pesquisa é saber em que grau a utilização de dados dos usuários na Internet viola os direitos fundamentais, notadamente a privacidade, através das informações prestadas pelos próprios usuários e as que são captadas sem o consentimentos dos mesmos. Trata-se de pesquisa bibliográfica, que busca analisar o tema proposto, contribuindo para o debate e com fim de apresentar a situação jurídica em que se encontra o Brasil, diante da proteção dos direitos fundamentais dos usuários da Internet.

2. A ERA DIGITAL

Em primeiro momento, deve-se contextualizar a era digital, partindo do surgimento da internet. Nojiri (2005), expõe que em 1969 foi criada a ARPANET, um sistema destinado à proteção militar em caso de bombardeio nuclear, que não se limitou apenas a esse fim, e algum tempo depois tornou-se também útil para a realização de pesquisas nos laboratórios e universidades da época. Mais tarde, em março de 1989 no atual *European Laboratory for Particle Physics* foi desenvolvido por Tim-Berners-Lee, um sistema de hipertextos que englobava as informações disponíveis em toda a rede de computadores, e foi justamente esse projeto que culminou na origem do WWW e da internet.

A partir do momento de sua criação, a internet se tornou um dos maiores meios de comunicação e pesquisa no mundo, que conseqüente ao avanço tecnológico e a mutação social, na atualidade é considerada um instrumentos indispensável nas mais diversas áreas da vida social, abrangendo os relacionamentos afetivos até o mercado comercial. No entanto, se por um lado a internet diminuiu a distância, de modo a permitir que haja uma rápida comunicação com alguém que esteja do outro lado do mundo, por outro lado, a sua exacerbada utilização têm causado sérios problemas.

Para ilustrar o vasto acesso à internet no Brasil, aproveita-se os dados divulgados pelo G1 (2019). Segundo o sítio, no país o percentual de brasileiros usuários da rede cresceu de 67%

para 70% da população, equivalendo a 126,9 milhões de pessoas. A pesquisa demonstrou que 74% corresponde aos moradores das áreas urbanas, 49% da região rural. O sítio ainda informou que em 2017 a metade da população mais pobre também já utilizavam a internet. Ademais, para elucidar a necessidade do acesso à rede frente a era digital, o Jornal Estadão (2019) expôs que “35,7% dos brasileiros vivem sem esgoto, mas 79,9% da população já tem acesso à internet.”⁴⁵

Nesse contexto, é perceptível o quão veloz se deu o crescimento do acesso à rede na sociedade atual, fato que propulsiona maior circulação da informação e requer mais atenção dos usuários frente a vulnerabilidade de seus dados pessoais. Refere-se a um fenômeno apresentado por Vieira (2007) como sociedade da informação, a qual compreende uma forma de organização social, econômica e política que se utiliza da informação para coletar, produzir, transmitir e armazenar as informações com a finalidade de melhorar a economia, aprimorar os serviços públicos prestados e por consequente, favorecer aos cidadãos. (VIEIRA, 2007)

Atenta-se que embora o uso da internet se faça fundamental para o desenvolvimento da sociedade como um todo, trata-se de mecanismo que exige o máximo de cuidado dos usuários no que tange a vulnerabilidade de seus direitos de personalidade, sobretudo à privacidade.

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após as atrocidades presenciadas na Segunda Guerra Mundial demonstrou-se a necessidade da tutela dos princípios existenciais humanos. Mais à frente, em decorrência disso, emergiu no país a Carta Magna de 1988 que observou o princípio da dignidade da pessoa humana como centro de todo o ordenamento jurídico. As garantias estabelecidas na Constituição de 1988, fez com que o Código Civil de 2002 explanasse a reconstrução dos direitos de personalidade o que influenciou na despatrimonialização do Direito, atribuindo valores a pessoa humana, no que tange, sobretudo à sua dignidade, para que estivesse em sintonia com a norma maior.

Como visto, os direitos de personalidade integram os direitos humanos e fundamentais, nessa direção Borcat e Alves (2013, p. 3) declaram:

[...]a verdadeira proteção jurídica dos direitos da personalidade tem vinculação total com a positivação dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passando, então, a serem conhecidos como direitos fundamentais em decorrência das desumanidades provocadas nas grandes guerras mundiais.

⁴⁵ Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ibge-35-7-dos-brasileiros-vive-sem-esgoto-mas-79-9-da-populacao-ja-tem-acesso-a-internet,70003077941>> Acesso em: 11 mar. 2020.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reconhece os direitos de personalidade como inerentes às pessoas, assim como é caracterizado os direitos fundamentais, ditos humanos. Estabelece a norma supracitada, em face do tema: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Frente a grande importância deste instituto jurídico na vida de todas as pessoas, a Carta Magna apresenta o Título II consagrando e estabelecendo uma série de direitos fundamentais. No entanto, é no art. 5º deste dispositivo, que a Constituição de 1988 estabelece mais especificamente acerca da proteção aos direitos de personalidade, que nos dizeres de Tartuce (2018, p. 159) são definidos com as seguintes palavras:

Os direitos de personalidade são, em suma, aquelas qualidades que se agregam ao homem, sendo intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite a sua defesa contra qualquer ameaça. O direito objetivo autoriza a defesa dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos subjetivos da pessoa de usar e dispor daquilo que lhe é próprio, ou seja, um poder da vontade do sujeito somado ao dever jurídico de respeitar aquele poder por parte de outrem.

Nesse viés, os direitos fundamentais, assim como os direitos de personalidade, tratam-se de direitos básicos, pertencentes a todos os seres humanos, sem exceção. Isso implica afirmar que para fazer jus aos direitos fundamentais não há condição social específica, tal como classe social e outros, basta ser pessoa humana, uma vez que são direitos inerente a todo ser humano. (CAVALCANTE FILHO, 2018)

Uma vez compreendidos como direitos subjetivos da pessoa, vale salientar a classificação dos direitos de personalidade. Tartuce (2018) elenca um série de características e explica que os direitos de personalidade são considerados inatos, pois surgem simultaneamente ao nascimento da pessoa, imprescritíveis uma vez que não prescrevem pelo não uso, intransmissíveis à medida em que não compreendem a cessão desses direitos, seja de modo gratuito ou oneroso. Ainda, são tidos irrenunciáveis em virtude da impossibilidade de serem objetos de renúncia, avaliados impenhoráveis por não poderem ser objeto de satisfação de dívida de qualquer natureza, e absolutos, isto é, regidos pelo efeito “erga omnes”, o que exige que sejam respeitado por todos.

. No tocante aos direitos de personalidade estão sujeitos a proteção: a vida, a integridade física e psíquica, o nome, a honra, a imagem e a privacidade de todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, quando couber. Tais direitos devem ser obrigatoriamente resguardados em

todos os âmbito da vida em sociedade, isto implicar em afirmar que os direitos de personalidade necessitam de tutela jurisdicional frente ao acesso a rede.

3.1. Direito à privacidade

Inicialmente, a privacidade foi tida como um intento dos ideais liberais almejados pelos burgueses. No início, este instituto esteve totalmente vinculado a ideia de propriedade, no sentido de aquele espaço estar protegido contra terceiros e contra o próprio Estado. Mais tarde, no decorrer da mutação social, momento em que a sociedade se viu mais complexa surgiu a necessidade de definir o real significado de privacidade, nesse momento, o conceito de vida privada foi além das questões de propriedade, e passou a ser contemplada como direitos de personalidade, ou seja, fundamentais. (GARCIA, 2018, p. 2)

Retomando o contexto da sociedade digital, é notório que o fator motivacional do desenvolvimento tecnológico sempre teve suporte na informação, dessa forma, é válido insinuar que na esfera jurídica, pensar no veloz fluxo de informações, é preocupar-se com o direito à privacidade dos indivíduos e verificar se há uma verdadeira efetividade na sua proteção. Na internet, a privacidade corresponde ao direito do usuário publicar ou armazenar informações sobre si próprio na rede. De acordo com o sítio Palpite Digital⁴⁶, em publicação a respeito da privacidade na internet, a ausência de privacidade faz com que todas as atividade feitas pelo usuários ficam sujeitas a colheita e análise de qualquer outra pessoa, ou seja, a violação da privacidade no acesso à rede, acarreta a vulnerabilidade dos dados pessoais.

A título de curiosidade, é interessante apresentar o conceito de dado pessoal. Dado Pessoal é “a informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, qualquer informação que identifique ou possa identificar uma pessoa, tais como nomes, números, códigos de identificação, endereços” (CAVALCANTE FILHO, 2018)

Convém salientar que, ainda que consagrado como direito fundamental, Vieira (2007) analisa que a Constituição brasileira não dispõe expressamente acerca da privacidade informacional, sendo este direito consagrado indiretamente pelo artigo 5º, XII à medida em que este menciona “dados”, e pelo inciso X do mesmo dispositivo que dispõe sobre a privacidade de modo genérico. Para além desses dispositivos, o inciso XI, também se refere a tal direito no que concerne a proteção do domicílio, e, o inciso XII expõe sobre o sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, dos dados e das comunicações telefônicas.

⁴⁶ Disponível em: <<https://www.palpitedigital.com/que-privacidade-internet/>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

Outros preceitos também versam sobre a vida privada. Como exemplo cita-se os arts. 7º e 10 da Lei 12.965 de 2014, esses aludem a proteção à intimidade no uso da internet, expondo respectivamente:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (BRASIL, 2014)

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (BRASIL, 2014).

Visto rapidamente as noções da vida privada, é válido salientar que no tocante ao conceito de privacidade em si, Almeida e Almeida (2016) entendem incoerente interpretar o direito à privacidade no acesso à rede, valendo-se do conceito tradicional a este atribuído que resume-se ao direito de estar só. Nesse sentido as autoras afirmam que é imprescindível que o direito à privacidade seja analisado sob o prisma contemporâneo, no qual “a privacidade é o direito de o usuário perseguir a sua informação onde quer que ela esteja.” (ALMEIDA, ALMEIDA, 2016, n.p.)

Atente-se que um dos mais comuns meios de violação de direitos subjetivos na internet são os crimes cibernéticos. Os crimes virtuais constituem um lado escuro da era tecnológica, uma vez que, dentre vários problemas, muitos usuários escondem suas identidades, e através do anonimato infringem os direitos de personalidade de terceiros. Todavia, “para além da intensificação da invasão da privacidade, a população passou a exercer um movimento de evasão da privacidade, enaltecendo a exposição deliberada de suas informações privadas” (CANCELIER, 2017, p 226).

Nesse segmento, há casos em que os dados pessoais dos usuários são captados sem a devida autorização, e em outras situações os próprios usuários se utilizam das redes sociais para expor a sua intimidade, tais como rotina diária e fotos de acontecimentos em geral. Essa prática provoca veemente um conflito entre a privacidade, o acesso a informação e a liberdade de expressão pois uma vez que postadas as fotos nas redes sociais, o usuário fica exposto a todo tipo de comentários e, ainda, ao compartilhamento de suas publicações.

Levando em consideração esses aspectos, percebe-se que na Sociedade da Informação

em que se vive atualmente, a privacidade repousa-se, especialmente, no abrigo de dados pessoais, os quais são tidos como inerentes aos próprios indivíduos. Trata-se de um problema sem solução imediata, uma vez que a privacidade constitui um elemento de extrema vulnerabilidade, vulnerabilidade esta que é provocada por terceiros ou pelo próprio usuário.

Por tudo isso, o respeito à privacidade alheia é a melhor opção, haja vista que respeitar a vida privada do outro é exercer a cidadania, no sentido de zelar pela escolha e dignidade da outra pessoa, afinal, nas palavras de Cancelier (2017, p.230) “ter privacidade é fundamental ao indivíduo, não apenas em oposição ao público, mas numa relação interna, visto que não será possível a assunção de seus desejos sem a construção de seu espaço íntimo.” Diante disso, se faz necessário respeitar o espaço do outro, ainda que em um lugar público como a internet, em outras palavras, o direito à informação deve ser ponderado para não mitigar o direito à privacidade de outrem.

4. DOS INSTRUMENTOS DE VULNERABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REDE

Ante a insegurança de se acessar a internet, devido ao atentado aos direitos fundamentais, indaga-se acerca do que existe por trás da rede e do sistema de captação de dados. Os algoritmos é o que alimentam todo esse processo tecnológico. Conforme Butterfield e Ngondi (2016, *apud* WERMANN, 2018, p. 41), os algoritmos correspondem a “um conjunto previsto de regras ou instruções bem definidas para a solução de um problema, como o desempenho de um cálculo, em um número finito de etapas.” Se por um lado o uso dos algoritmos podem ser muito favoráveis às empresas e aos indivíduos, por outro, podem ser extremamente prejudiciais se não utilizados de modo ético e correto.

Wermann (2007) explana que por serem feitos por meio de um composto de dados pessoais, os algoritmos se utilizados indevidamente e sem o consentimento da pessoa a eles relacionada, ferem bruscamente os direitos de personalidade, no que corresponde, sobretudo, a exposição da imagem e a manipulação de dados, fato que enseja diretamente a violação da privacidade.

No que tange a apropriação de dados na internet, pode-se afirmar que são diversos os meios de coleta que auxiliam a manipulação dos mesmos, e essas formas, em regra, se desenvolvem sem o consentimento do usuários, podendo haver também outros casos em que o

próprio usuário voluntariamente disponha de tais informações, como ocorre também nas redes sociais a partir das publicações.

Contextualizando o avanço do fluxo de informações, Matos (2005) explica que os bancos de dados anteriormente eram protegidos e sigilosos, e podiam ser encontrados apenas nas bases internas das clínicas médicas, empresas comerciais, e nos sistemas governamentais para determinado controle, no entanto, nos dias de atuais esses dados estão passando a ser domínio público, o que facilita a sua manipulação.

Os formulários preenchidos na internet, ainda segundo o autor, correspondem ao meio mais evidente de armazenamento de dados, posto que são preenchidos voluntariamente pelos usuários, que mesmo sem saberem para qual finalidade, prestam as informações solicitadas nos sítios visitados. Diferentemente dos formulários, cuja característica é o consentimento do usuário, há os *cookies*. No entendimento de Nojiri (2005) os *cookies* possibilitam o desempenho de redes de perseguição (*tracking network*), isto é, em primeiro momento realiza-se o armazenamento e posteriormente a recuperação de informações do computador do visitante da página, quando tais informações são analisadas, elas permitem a perseguição ao usuário para descobrir as suas preferências, quais bens e serviços preferem, além de acumular informações pessoais referente ao mesmo. Em outras palavras, os *cookies* são arquivos que se apoderam do computador para apropriar-se de informações pessoais implicitamente.

Outra ferramenta de coleta de dados muito conhecimento pela inexistência de ética são os invasores de máquinas. Para melhor compreensão de *hackers* e *crackers*, Matos (2005) apresenta uma distinção entre eles. *Hackers* são os indivíduos dotados de profundo conhecimento em informática, que analisam os sistemas em buscas de falhas, desenvolvem soluções de defesa e proteção, e sem o intuito de prejudicar terceiros. Enquanto os *crackers*, são considerados criminosos, dado que, estes iniciam suas atividades a partir do momento em que descobrem falhas no sistema e se utilizam disso para ter alguma vantagem indevida ou causar danos a terceiros. É importante enfatizar que, em consonância ao artigo 20 do Código Civil de 2002, a imagem como um direito de personalidade só pode ser exposta com a autorização da pessoa, sendo dispensado o seu consentimento apenas quando a mesma for necessária a administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (BRASIL, 2002).

5. DA PROTEÇÃO JURÍDICA AOS USUÁRIOS DA INTERNET NO BRASIL

Em consequência da tecnologia, no qual a internet deixou de ser apenas um instrumento de pesquisa e entretenimento, passando a ser uma espécie de mundo no qual as pessoas são o que querem ser, mas sobretudo, pela quantidade de casos relacionados a violação de direitos de personalidade, observou-se o aumento de leis que versam sobre o assunto.

A Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann pune os crimes cibernéticos, tais como a violação de senhas e obtenção de dados privados sem o consentimento do proprietário, e ainda objetiva-se a punição de quem comete chantagem nos crimes de calúnia, injúria e difamação. Declara a ementa da mesma: “Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

No entanto, a grande mudança decorrente da Lei Carolina Dieckmann encontra-se no art. 154-A do Código Penal, que prescreve o crime de invasão de dispositivo informático. Dispõe o artigo:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: [...] (BRASIL, 1941).

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre a proteção de dados dos consumidores, objetivando o fim das relações abusivas do comerciante ao consumidor. Expressa o *caput* do artigo 43 “[...] terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre suas respectivas fontes” (BRASIL, 1990). Consoante ao entendimento de Vieira (2007), esse dispositivo reflete o dever de informação à medida em que atribui aos titulares dos dados, a possibilidade de prestarem esclarecimentos direcionados a retificação, entre outros.

Outra lei vigente que dispõe sobre o assunto é a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet. Trata-se de uma lei centrada em estabelecer garantias, princípios, direitos e deveres referente ao uso na rede no Brasil. O objetivo maior de tal norma, conforme o Sítio Cultura Digital⁴⁷ (2014) é a proteção de dados pessoais e da privacidade.

Isso significa, por exemplo, que as empresas de Internet que trabalham com os dados dos usuários para fins de publicidade – como aqueles anúncios dirigidos que aparecem no seu perfil nas redes sociais – não poderão mais repassar suas informações para terceiros sem o seu consentimento expresso e livre.

⁴⁷ Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 01mar. 2020.

A proteção aos dados dos internautas é garantida e só pode ser quebrada mediante ordem judicial. Isso quer dizer também que se você encerrar sua conta em uma rede social ou serviço na Internet pode solicitar que seus dados pessoais sejam excluídos de forma definitiva. Afinal, o Marco Civil da Internet estabelece que os dados são seus, não de terceiros. (CULTURA DIGITAL, 2014)

Em 2018 foi sancionada a lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou “LGPD”. O art. 2º da mesma expõe os fundamentos da mesma, no qual ressalta-se a tutela à privacidade, intimidade, honra, imagem e os direitos de personalidade, conforme a citação seguinte:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

[...]

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

[...]

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

Já o art 3º, evidencia que a lei em questão estende a proteção dos dados pessoais ao ambiente digital, uma vez que declara: “Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, **independentemente do meio**, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que” (grifos nossos) (BRASIL, 2018).

Ademais, verifica-se também a tramitação de Projetos de Lei no Congresso Nacional. Conforme notícia da Câmara dos Deputados, atualizada em 29 de maio de 2018, o plenário aprovou o projeto de Lei 4060/12 apresentado pelo deputado Milton Monti (PR-SP). O referido projeto regulamenta o tratamento aos dados pessoais em esfera pública e em esfera privada, e abre o leque de proteção para todos os dados como o nome, endereço, e-mail, idade, estado civil e situação patrimonial, trata também a respeito das imagens captadas através dos sistemas de vídeo vigilância, os endereços de IP, entre inúmeras outras matérias. Há de se destacar que a lei será aplicável ainda que nas empresas com sede estrangeira, desde que a atividade com o tratamento dos dados pessoais seja realizada no Brasil. Conforme o sítio da Câmara dos Deputados, a matéria aguarda ser remetida ao Senado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Por outro lado, o projeto de lei nº 5276/2016, que se objetiva a tratar sobre os dados pessoais para garantir o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural, encontra-se arquivado. Nesse contexto, observa-se a escassez de normas existentes destinadas a esse fim, a ineficiência das que vigem frente à proteção dos direitos de personalidade no acesso à rede, bem como a morosidade no veto dos Projetos de Lei em curso no Congresso Nacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a violação dos direitos de personalidade na rede ocorre através do armazenamento implícito ou explícito de dados, no qual os dados pessoais são captados sem autorização ou mesmo fornecidos pelos próprios usuários. O que não permite dizer que o fato dos internautas publicarem a sua intimidade do dia-a-dia significa que estão dispondo do seu direito à privacidade, até porque a privacidade, como visto, constitui um direito indisponível. Todavia, não há como negar o conflito entre direitos diante do acesso à internet.

Os dados captados são manipulados de inúmeras formas, e através de diversas ferramentas. Percebe-se ainda, a exposição de imagens, publicações ofensivas, comentários preconceituosos, no qual o ofensor muitas vezes esconde por trás do anonimato.

Tendo em vista os aspectos observados, percebe-se que o respeito aos direitos fundamentais é exigido pela Carta Magna de 1988, e normas infraconstitucionais, tais como o Código Civil e todas as outras normas citadas ao longo desse trabalho. Nesse sentido, nota-se que há normas vigentes quanto ao tema, o que induz a percepção de que o problema não se desenvolve frente a escassez ou não validade de normas, mas sim na eficácia das mesmas.

Atenta-se ao fato de que os direitos de personalidade são de extrema importância e por isso devem ser respeitados em todos os ambientes, inclusive no ambiente digital, que se faz muito necessário nessa sociedade movida pela informação.

Dessa forma, o Direito como uma ciência social dinâmica, deve-se adaptar ao avanço tecnológico da sociedade, preocupando sobretudo com a eficácia das normas existentes que versam sobre o tema. Não apenas ao Direito cabe o dever de zelar pelos direitos fundamentais, mas à própria sociedade dever civil de praticar o respeito aos direitos dos outros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. E; ALMEIDA, D. E. V. A ditadura do algoritmo e a proteção da pessoa humana: uma análise do controle do Si eletrônico. **Revista de Direito Privado**, ano de 2016.

BRASIL, Constituição da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL, **Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

BRASIL, **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 01 de março de 2020.

BORCAT, J.C; ALVES, A.C. Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação de dignidade. **II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos Fundamentais Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. Marília/SP. 2013. Disponível em: <<https://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. 2012. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12737-30-novembro-2012-774695-publicacaooriginal-138245-pl.html>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5276/2016**. 2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro**. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>> . Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 01 de março de 2020.

CULTURA DIGITAL. Marco Civil da Internet: seus direitos e deveres em discussão. 2014. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

G1. **Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2020.

GARCIA, Rafael de Deus. **Os direitos à privacidade e a intimidade: origem, distinção e dimensões**. 2018. Disponível em:

<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/dc5f41da29c40f898a9846be9ee5a41b.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

MATOS, Tiago Farina. Comércio de dados pessoais, privacidade e internet. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 7, 2005.

MATTOS FILHO, **Guia para a Lei Geral de Proteção de Dados**. 2018. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/cartilha_lgpd_mattosfilho.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

NOJIRI, Sergio. O direito à privacidade na era da informática algumas considerações. **Revista UNIJUS**. V.8, nº 8, p. 99-106. Uberaba: 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. V.1, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Tatiana Malta Vieira. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, Estado e Sociedade: Políticas Públicas e Democracia. Brasília: 2007.

WERMANN, Larissa. **Governança algorítmica e a proteção de dados pessoais**. Porto Alegre: 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/Cliente/Desktop/001061235.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

A LIBERDADE DE IMPRENSA NO BRASIL: DA AUTONOMIA A RESPONSABILIDADE SOCIAL

PRESS FREEDOM IN BRAZIL: FROM AUTONOMY TO SOCIAL RESPONSIBILITY

RESUMO

A liberdade de imprensa é um direito fundamental de suma importância nas sociedades democráticas, tendo em vista que torna-se o veículo para a circulação de ideias, opiniões e informações. É nesse contexto que o objetivo do presente artigo é analisar o contexto da liberdade de imprensa no Brasil, de modo a verificar como a ideia de autonomia da imprensa cede lugar à ideia de responsabilidade social da imprensa (ou ao menos pretende). O problema que orienta a investigação saber quais as implicações da adoção da teoria da responsabilidade social da imprensa, face à teoria liberal da imprensa. Trata-se de pesquisa que se assenta sob a metodologia de análise bibliográfica, cujos dados são tratados de forma descritiva e crítica, coletados na doutrina, na legislação e em jornais e revistas da vida cotidiana. Como resultados da pesquisa, inicialmente foi possível analisar os três principais sistemas da liberdade de imprensa – o liberal, o da responsabilidade social e o autoritário.

Palavras-chave: liberdade de imprensa, direitos fundamentais, democracia.

ABSTRACT

Freedom of the press is a fundamental right of paramount importance in democratic societies, given that it becomes the vehicle for the circulation of ideas, opinions and information. It is in this context that the objective of this article is to analyze the context of press freedom in Brazil, in order to verify how the idea of press autonomy gives way to the idea of press social responsibility (or at least intends to). The problem that guides the investigation is to know the implications of the adoption of the theory of social responsibility of the press, in face of the liberal theory of the press. It is research based on the methodology of bibliographic analysis, whose data are treated in a descriptive and critical way, collected in the doctrine, in the legislation and in newspapers and magazines of everyday life. As a result of the research, it was initially possible to analyze the three main systems of press freedom - the liberal, the social responsibility and the authoritarian.

Keywords: press freedom, fundamental rights, democracy.

⁴⁸ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional. Professora de Teoria do Estado e Ciência Política da Faculdade Arquidiocesana de Pirapora. Advogada. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de imprensa é um direito fundamental previsto no artigo 5º, incisos IV e XIV, da Constituição Federal de 1988, que assegura que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988). Ou seja, a liberdade de imprensa possui dupla acepção - é a liberdade para manifestar pensamento e opiniões, bem como o direito à informação.

A liberdade de imprensa possui como principais veículos a mídia impressa, a radiodifusão e a mídia eletrônica. Cada tipo de veículo possui características peculiares, e influenciam na imagem que temos da liberdade de imprensa no Brasil.

Isso porque a liberdade de imprensa pode ser analisada sob três principais enfoques: uma teoria liberal, uma teoria da responsabilidade social e uma teoria autoritária. O tema do presente trabalho são as teorias da liberdade de imprensa.

O objetivo deste artigo é analisar o contexto da liberdade de imprensa no Brasil, de modo a verificar como a ideia de autonomia da imprensa cede lugar à ideia de responsabilidade social da imprensa (ou ao menos pretende).

O problema que orienta a investigação é: quais as implicações da adoção da teoria da responsabilidade social da imprensa, face à teoria liberal da imprensa?

Trata-se de pesquisa que se assenta sob a metodologia de análise bibliográfica, cujos dados são tratados de forma descritiva e crítica, coletados na doutrina, na legislação e em jornais e revistas da vida cotidiana.

Como resultados da pesquisa, inicialmente foi possível analisar os três principais sistemas da liberdade de imprensa – o liberal, o da responsabilidade social e o autoritário.

2. OS SISTEMAS DA LIBERDADE DE IMPRENSA

A começar pelo sistema liberal, é importante destacar a característica central deste sistema – a autonomia da imprensa. Por isso, também é conhecido como sistema da imprensa autônoma.

O ponto central do liberalismo é a concepção do estado como um instrumento para propiciar ao indivíduo o meio social apto para que o mesmo desenvolva suas potencialidades (SIEBERT, 1956). As contribuições do movimento irradiam efeitos diretamente na liberdade de expressão, e, conseqüentemente, na liberdade de imprensa.

A ideia fundante do sistema liberal da liberdade de imprensa é a constatação de que o homem anseia pela verdade e que o único modo de alcançá-la é por meio da livre concorrência de opiniões no mercado de ideias. Além disso, constata-se que os homens possuem opiniões diferentes, e que deve ser propiciado aos mesmos a oportunidade de expor, abertamente, suas ideias, desde que concorde que seus iguais possuem o mesmo direito. Isso levaria a uma tolerância mútua, necessária para a emergência do sistema liberal da liberdade de imprensa (SIEBERT, 1956).

Os princípios da concepção liberal da liberdade de imprensa foram sedimentados por Milton e Locke, no Século XVII, contudo, avançaram notadamente no Século XVIII, tendo como principais precursores John Erskine, autor que defendia a proposta de que todo homem, sem intenção de enganar, mas de esclarecer outras pessoas, poderia se dirigir à nação sobre quaisquer assuntos (SIEBERT, 1956).

Sob o manto do sistema liberal da liberdade de imprensa, a mídia de massa tem três funções principais – informar, entreter e fornecer bases para a independência financeira do veículo, por meio de vendas ou propagandas. E é nesse contexto que suas finalidades são descobrir a verdade, dar assistência para a resolução de problemas políticos e sociais e estar livre do controle ou domínio do governo (SIEBERT, 1956).

A concepção liberal da imprensa, portanto, pretende que o indivíduo tenha acesso irrestrito às informações e opiniões, e cabe a eles diferir o que é verdadeiro ou falso, e o que é de interesse público ou o que atende aos interesses individuais.

Por isso, a concepção liberal se manifesta contra o monopólio estatal dos meios de comunicação, bem como ao apoio econômico do governo para as mídias de massa, o que levaria à dominação da imprensa (SIEBERT, 1956). Todavia, reconhecem os liberais que o Estado ainda faz parte do processo de comunicação, mas deve se manter tímido nessa atuação:

O Estado geralmente opera o sistema postal através do qual algumas mídias são distribuídas. Em muitos países, o Estado também opera os sistemas de telefonia e

telégrafo tendo a oportunidade de regular estes sistemas. O Estado controla a importação e a exportação, e, acima de tudo, o Estado aplica impostos. Através de qualquer um destes instrumentos, o Estado poderia impor restrições especiais sobre a mídia de massa (SIEBERT, 1956, p. 53)⁴⁹.

Há ainda, nas sociedades democráticas, certo controle da imprensa pelo Judiciário. O que o sistema liberal da imprensa propõe é um auto-ajuste dos meios midiáticos, por meio da livre concorrência no “mercado de ideias” (SIEBERT, 1956).

Contudo, mesmo no aspecto liberal há a aceitação de algumas restrições à liberdade de imprensa. Siebert (1956) cita as seguintes: a reputação dos indivíduos e a divulgação de material pornográfico e obsceno.

O ponto central desse sistema, ressalta-se, é o dever de a imprensa servir como um verificador informal do governo, como dito alhures, é a função de verificar se o governo está se desviando de suas propostas, informando a população e educando-a para a atuação e participação política, com vistas ao desenvolvimento da sociedade.

Além do sistema liberal, tem-se o sistema da responsabilidade social da imprensa. E é o aspecto político citado acima que aproxima os dois sistemas. Para a teoria da responsabilidade social da imprensa, existe o papel de revisor do sistema político, de esclarecimento do público e de resguardo das liberdades individuais, contudo, considera que a imprensa é falha ao desenvolver esse papel (PETERSON, 1956).

O sistema da responsabilidade social da imprensa parte de uma premissa básica: “a liberdade carrega obrigações concomitantes; e a imprensa, que tem uma posição privilegiada sob o governo, é obrigada a ser responsável à sociedade para realizar certas funções essenciais da comunicação em massa na sociedade contemporânea” (PETERSON, 1956, p. 73)⁵⁰. Foi no século XX, sobretudo, que a imprensa desenvolveu um sentimento de dever para com a sociedade, e isso contribuiu para o desenvolvimento da responsabilidade social da imprensa.

O sistema da responsabilidade social da imprensa considera que a liberdade de expressão é um direito moral, o qual recai um dever sobre ele. Por isso, tal corrente clama para que os jornalistas exerçam a atividade com responsabilidade para o bem-estar da sociedade, praticando o ofício com sinceridade, imparcialidade, jogo limpo, decência e respeito pela privacidade individual (PETERSON, 1956).

⁴⁹ Tradução livre. No original: “The state generally operates the postal system through which some of the media are distributed. In many countries the state also operates the telephone and telegraph systems through which it has the opportunity of imposing regulations. The state controls imports and exports, and above all, the state imposes taxes. Through any of these instruments, the state could impose special restrictions on the mass media”.

⁵⁰ Tradução livre. No original: “Freedom carries concomitant obligations; and the press, which enjoys a privileged position under our government, is obliged to be responsible to society for carrying out certain essential functions of mass communication in contemporary society”.

É nessa esteira que Peterson (1956) cita cinco aspectos que a sociedade contemporânea demanda da imprensa: a) que ela forneça um relato verdadeiro, abrangente e inteligente dos fatos, sendo precisa, identificando fato como fato, e opinião como opinião; b) que ela sirva como um fórum para comentários e críticas; c) que ela seja representativa dos grupos que compõem a sociedade; d) que ela seja responsável pela apresentação e esclarecimento das metas e valores da sociedade; e) que ela forneça ampla divulgação de notícias e opiniões.

Ao contrário do sistema liberal que prevê que a imprensa deve ser livre, sem a intervenção estatal, o sistema da responsabilidade social defende que o governo, além de permitir tal liberdade, deve promovê-la ativamente (PETERSON, 1956). Contudo, tal autor faz uma importante ponderação: “Mesmo assim, a imprensa ainda deve ter uma base na iniciativa privada. O governo deve intervir somente quando houver grande necessidade e quando tem muita coisa em jogo, e deve intervir cuidadosamente. Ele não deve tentar competir com ou eliminar a mídia privada” (PETERSON, 1956, p. 95)⁵¹.

O sistema da responsabilidade social da imprensa traz consequências morais. Ao contrário do sistema liberal, não é suficiente apenas proteger o direito de livre expressão da imprensa, mas o direito que o cidadão possui de ter acesso à informação adequada. Por isso, devem os operadores da mídia se certificarem que todos os pontos de vista dos cidadãos estão representados na imprensa (PETERSON, 1956).

Insta salientar que, “o cidadão tem o direito moral de ter informação e uma necessidade urgente por ela. Se a imprensa por vontade própria não preencher seus requisitos, então a comunidade e o governo devem proteger o interesse dele” (PETERSON, 1956, p. 101)⁵².

Feito essas considerações é preciso ponderar que há uma linha tênue para que a liberdade de imprensa movida pelo paradigma da responsabilidade social não se esvaia no paradigma autoritário. Siebert (1956) traz essa distinção:

Ambos concordam que não deve ser permitida a degradação da cultura de uma nação pela imprensa, e ambos postulam isto quando metas definidas para a sociedade são determinadas (por diferentes métodos, entretanto) a mídia de massa não poderá interferir irresponsavelmente com a conquista destes objetivos. Ambos os sistemas reconhecem que existe uma relação entre responsabilidade e ação, mas eles tendem a abordar o problema de pontos de vista opostos. O autoritário nega que a imprensa tem a responsabilidade de determinar os objetivos ou o método de conquistá-los, e por causa da falta de tal responsabilidade a imprensa deve abster-se de assumir um dever

⁵¹ Tradução livre. No original: “Even so, the press must still have a foundation in private enterprise. The government should intervene only when the need is great and the stakes are high, and it should intervene cautiously. It should not aim at competing with or eliminating privately-owned media”.

⁵² Tradução livre. No original: “The citizen has a moral right to information and an urgent need for it. If the press does not fulfill its obligations, then both the community and the government should protect his interests”.

que é reservado para autoridade central. Os defensores da teoria de responsabilidade social, entretanto, retêm a tradição democrática que o público definitivamente tome as decisões, eles cobram da imprensa o dever de informar e guiar o público em uma discussão inteligente. A imprensa tem o dever de manter o público alerta e não direcionar sua atenção ou suas energias ao irrelevante ou inútil (SIEBERT, 1956, p. 29)⁵³.

Ou seja, o ponto em comum é que em ambos os paradigmas há a preocupação em não deixar que a liberdade de imprensa degrade a cultura do país e que a mídia não interfira nas metas definidas como objetivos do Estado. O que difere os dois paradigmas é o ponto da responsabilidade e ação da imprensa. O paradigma autoritário nega a responsabilidade da imprensa em determinar objetivos, já que essa é a atividade do governo, já o paradigma da responsabilidade social defende essa missão para a imprensa – deve informar e orientar o público para uma discussão inteligente, e não apenas revelar o que é irrelevante.

Embora muitos países se declarem liberais no âmbito da imprensa, ou adeptos da responsabilidade social, a teoria autoritária é a que mais se disseminou no globo, e continua a influenciar os Estados que aderem aos princípios liberais da imprensa (SIEBERT, 1956).

Uma teoria autoritária da imprensa exige para sua configuração um controle das funções e operações da mídia pelo governo, notadamente por meio de disposições legais, que são reforçadas por penalidades a serem aplicadas em caso de descumprimento (SIEBERT, 1956).

A premissa basilar de uma imprensa autoritária considera que o homem somente atinge sua máxima potencialidade quando encontra-se em grupo, formando o Estado (SIEBERT, 1956). Portanto, é o Estado que deve definir os fins e métodos para a sociedade.

Uma imprensa pautada pela teoria autoritária possui um controle exacerbado do Estado, e serve para atingir os propósitos do governo. É nesse momento que surge o impasse: quem deve operar a mídia, em um contexto autoritário? O cidadão ou o Estado?

O primeiro problema sob qualquer sistema da sociedade é determinar quem tem o direito de usar a mídia. Deveriam as vias, para atingir o cidadão individual, serem operadas diretamente pelo estado; deveriam elas ser instrumentalidades semi-independentes sujeitas a vigilância pelo estado; ou deveriam elas ser abertas a todos que por desempenho passado ou inclinação atual indiquem que provavelmente não

⁵³ Tradução livre. No original: “Both agree that the press should not be permitted to degrade the culture of a nation, and both postulate that when definitive goals for society are determined (by diferente methods, however) the mass media should not be permitted to interfere irresponsably with the accomplishment of these objectives. Both systems recognize that there is a relationship between responsibility and action, but they tend to approach the problem from opposite points of view. The authoritarian denies that the press has the responsibility for determining either objectives or the method of achieving them, and because of lack of such responsibility the press should refrain from assuming a duty which is reserved for the central authority. The advocates of the theory of social responsibility, however, retain the democratic tradition that the public ultimately makes decisions, and they charge the press with the duty of informing and guiding the public in na inteligente discussion. The press has the duty to keep the public alert and not to divert its attention or its energies to the irrelevant or the meaningless”.

interferem ou não se opõem às políticas do governo? Governos autoritários responderam esta pergunta de várias maneiras várias vezes, dependendo qual política aparentemente ofereceu a maior chance de sucesso no momento (SIEBERT, 1956, p. 18-19)⁵⁴.

Entre as formas de controle autoritário da mídia destacam-se os seguintes: as permissões especiais ou patentes para acessar os meios de comunicação; o sistema de licenciamento para a publicação e impressão de trabalhos individuais; a censura de materiais da imprensa; a condenação judiciária por violações de normas impostas para o uso da imprensa (difamação, sedição, traição, entre outros); taxação da impressão e circulação dos materiais (SIEBERT, 1956).

Uma imprensa com bases autoritárias tem a função de não interferir nas diretrizes estatais. Há, pois, uma violação ao direito fundamental à informação. Não obstante, os princípios do autoritarismo exigem que as mídias contribuam para o alcance dos objetivos do governo, notadamente as mídias de massa, como o rádio e a televisão (e agora a internet), que utilizam as ondas eletromagnéticas para sua transmissão.

Após analisados os três principais sistemas da liberdade de imprensa, o estudo se concentrará na verificação do desenvolvimento da liberdade de imprensa no Brasil, de forma a verificar qual ou quais sistemas estão inseridos no contexto em questão, de modo a possibilitar a análise das implicações de tais sistemas no cenário da liberdade de imprensa brasileira.

3. A LIBERDADE DE IMPRENSA NO BRASIL

A liberdade de imprensa é operada no Brasil por três mecanismos – a mídia impressa, a mídia radiodifusora e televisiva e a mídia virtual. Ao longo da história, o país vivenciou desde mecanismos de regulamentação da imprensa até mecanismos de censura da imprensa.

Durante o período colonial, vigia a censura à imprensa. O Decreto de 2 de março de 1821, dispendo sobre a liberdade de imprensa, embora tenha estatuído a suspensão da censura prévia para a publicação de escritos, dispunha da obrigatoriedade de todo impressor submeter

⁵⁴ Tradução livre. No original: “The first problem under any system of society is to determine who has the right to use the media. Should the avenues of reaching the individual citizen be operated directly by the state; should they be semi-independent instrumentalities subject to surveillance by the state; or should they be open to all who either by past performance or present inclination indicate that they are not likely to interfere with or openly oppose government policies? Authoritarian governments have answered this question in various ways at various times, depending on which policy seemed to provide the greatest chance for success at the moment”.

o arquivo ao Diretor de Estudos, para que este pudesse verificar a presença de algo digno de censura, para depois deixar prosseguir a impressão (BRASIL, 1821). Ou seja, há presença de características do sistema autoritário da imprensa, e o Tribunal do Júri que era o responsável pela avaliação de possíveis abusos do direito à liberdade de imprensa e expressão.

Na Constituição Imperial de 1834 havia a previsão da liberdade de imprensa, no artigo 179, inciso IV, nos seguintes termos: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste Direito, nos casos e pela forma que a Lei determinar” (BRASIL, 1834).

A Constituição Republicana de 1891 também consagrou a liberdade de imprensa, em seu artigo 72, parágrafo 12, onde garantiu-se que “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato” (BRASIL, 1891).

Em ambas Constituições, é possível perceber um certo viés liberal da liberdade de imprensa. Garante-se a liberdade de manifestação do pensamento, proíbe-se a censura, e prevê responsabilidade apenas pelos abusos que são cometidos, o que é aceito pelo sistema liberal de liberdade de imprensa, que dispõe que há a aceitação de algumas restrições à liberdade de imprensa, como a responsabilidade por danos causados à reputação dos indivíduos.

Contudo, foi no Século XX, com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação de massa, que houve maior regulamentação da imprensa. Em 1931 houve a regulamentação da radiocomunicação, por meio do Decreto nº 20.047/1931, onde se estabeleceu a competência exclusiva da União para a exploração do serviço, ou seja, vislumbra-se aspectos do sistema autoritário da liberdade de imprensa.

Na Constituição de 1934 a liberdade de imprensa ganha novos contornos, no artigo 113, número 9, assim ficou disposto:

Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e na forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social (BRASIL, 1934).

Aqui, o que se percebe é que a liberdade de imprensa é claramente guiada pelo sistema autoritário. O que se busca é uma imprensa que se alinhe aos objetivos do governo, pois não se

tolera a divulgação de ideias que possam subverter a ordem política ou social. Há, ainda, a possibilidade de censura de espetáculos e diversões públicas. Não obstante, a competência para a exploração e concessão dos serviços de telégrafos e radiocomunicação pertencia à União.

Monteiro (2012) faz uma importante distinção na regulamentação da liberdade de imprensa na Constituição de 1934, em relação à mídia escrita e não escrita:

Pode-se observar que, nos termos da Constituição de 1934, foram adotados dois modelos distintos de exploração para a imprensa escrita e para a imprensa não escrita. Enquanto a imprensa escrita continuou, em princípio, franqueada à exploração pelos particulares (pelas empresas jornalísticas, mas com limitações, em especial, dirigidas à exploração por estrangeiros), a imprensa não escrita deveria ser explorada, direta ou indiretamente, pelo Estado (MONTEIRO, 2012).

O que se percebe é que a mídia escrita segue como linha principal o sistema liberal, contudo, é passível de limitações e responsabilizações. Já a mídia não escrita segue o padrão autoritário, por excelência.

A Constituição de 1937 consagra nitidamente o sistema autoritário da liberdade de imprensa:

15 – Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

- a) a imprensa exerce uma função de caráter público;
- b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;
- c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o difamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;
- d) é proibido o anonimato;
- e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;
- f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;
- g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, sendo vedado a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação

intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos (BRASIL, 1937).

Há a possibilidade de censura prévia, para a garantia da paz, ordem e segurança pública, bem como a moralidade e os bons costumes. Há a exigência de publicação para atingir os objetivos do governo. Há a possibilidade de prisão para quem descumprir tais preceitos. Há a possibilidade de confisco dos aparelhos da imprensa. E há a limitação da propriedade de meios midiáticos, bem como da direção dos mesmos aos brasileiros natos.

A Constituição de 1946 abranda o regime da liberdade de imprensa. Contudo, permanece com certo viés autoritário, ao permitir a censura de espetáculos artísticos:

É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe (BRASIL, 1946).

Além disso, a competência para a exploração, direta ou indireta, bem como a autorização ou concessão dos serviços de telégrafos, radiocomunicação, radiodifusão e telefones continuam sendo de competência da União.

A Constituição de 1967 repete quase a íntegra do texto anterior, mas aumenta o âmbito de abrangência da censura, colocando a proibição de publicações contrárias à moral e aos bons costumes:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença de autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem, ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1967).

Há ainda a possibilidade de ingerência do governo na organização e funcionamento dos meios midiáticos, com a finalidade de se combater a subversão e a corrupção. Entrelinhas, o que se busca é que a imprensa não se manifeste contrariamente aos objetivos do governo, um governo ditatorial.

Artigo 174. A propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, são vedadas:

- I – a estrangeiros;
- II – a sociedades por ações ao portador; e
- III – a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto partidos políticos.

§ 1º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas neste artigo caberão somente a brasileiros natos.

§ 2º Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção (BRASIL, 1967).

Com a vigência do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, houve considerável relativização da liberdade de imprensa⁵⁵. E o sistema autoritário ganhou ainda mais força.

Recapitulando, a Constituição Imperial de 1834 e a Constituição Republicana de 1891 trazem, de certa forma, o sistema liberal da imprensa. Ou seja, há certo grau de autonomia dos meios midiáticos. Já as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 consagram o sistema autoritário da liberdade de imprensa.

Isso porque as Constituições de 1834 e 1891 consagram a liberdade de manifestação do pensamento, proibindo a censura, e prevendo responsabilidade apenas pelos abusos que são cometidos, de forma ulterior. Já as demais Constituições apregoam, de certo modo, que a imprensa deve se alinhar aos objetivos do governo, há a previsão de censura de espetáculos e diversões públicas, bem como de ideias que possam subverter a ordem política ou social, a moralidade e os bons costumes.

Em todas as Constituições há previsão da União como sendo a responsável pela exploração, direta ou indireta, dos meios de radiodifusão, sendo a responsável por emitir

⁵⁵ Artigo 4º. No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Aos Membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Artigo 5º. A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III – proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política;
- IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;
 - b) proibição de freqüentar determinados lugares;
 - c) domicílio determinado.

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados;

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Artigo 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos (BRASIL, 1968).

concessões ou permissões para a exploração por particulares. Isso é uma característica do sistema autoritário, mas, por si só, não é capaz de transmitir a imagem da liberdade de imprensa consagrada na Constituição. É preciso analisar os demais dispositivos legais e o contexto histórico, verificando os ideais que vigiam na época.

A Constituição de 1988 inaugura outro sistema e uma nova roupagem da liberdade de imprensa. Trata-se da responsabilidade social. Embora se consagre a liberdade da imprensa para publicar fatos, notícias, opiniões e ideias, tal atividade deve ser exercida em conformidade com algumas regras, que visam o bem-estar social.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

A liberdade de imprensa é um direito fundamental. Contudo, não é um direito ilimitado. Por isso, embora seja garantido a livre manifestação do pensamento e o acesso à informação, a atividade de imprensa deve seguir determinados preceitos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
§ 3º Compete à lei federal:
I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.
§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.
§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 propaga que a liberdade de imprensa não pode sofrer qualquer restrição. Não pode haver legislação que constitua embaraço à atividade. É vedada toda forma de censura. Contudo, algumas regulamentações são previstas, para que se atinja a finalidade da imprensa – alcançar o bem-estar da sociedade, por meio de uma atividade imparcial, sincera e que respeite a privacidade dos indivíduos.

Para alcançar tais objetivos, é possível a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, no que tange à sua natureza, faixa etária recomendada, local e horário. Além disso, é possível a defesa contra programas que contrariem os valores da sociedade, e que sejam nocivas à saúde e o meio ambiente. Os meios midiáticos impressos independem de licença, e tanto os impressos como não-impressos não podem ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Especificamente os meios de radiodifusão e de comunicação eletrônica devem se orientar por alguns princípios: preferência de finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a promoção da cultura nacional e regional, a regionalização da produção e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Tal regulamentação busca promover a liberdade de imprensa, com base em uma perspectiva moral, isto é, uma liberdade de imprensa que possui responsabilidades para com a sociedade. A base da imprensa é da iniciativa privada, o Estado apenas intervém para propiciar um ambiente favorável ao exercício de tal direito. Não apenas protege o direito da livre imprensa, mas o direito do cidadão de ter uma imprensa adequada aos fins sociais. É uma via de mão dupla – garante-se a liberdade de expressão do pensamento, das ideias, das opiniões e informações, e busca-se garantir que o cidadão tenha acesso as ideias, opiniões e informações de forma imparcial, democrática e responsável para com os valores que regem a sociedade.

O Estado continua sendo o responsável pela outorga e renovação da concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão. Contudo, consagra-se o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal, ou seja, não há o monopólio do Estado na execução da atividade⁵⁶.

⁵⁶ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão (BRASIL, 1988).

Para se analisar o contexto atual, e verificar qual sistema de imprensa predomina no Brasil, é necessário realizar uma análise da legislação pertinente. Até o ano de 2009, vigia a Lei de Imprensa de 1967, onde havia a possibilidade de censura de propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social, bem como de preconceitos de raça ou classe; espetáculos e diversões públicas também estavam sujeitos à censura; além de livros e jornais tidos como clandestinos, ou violadores da moral e bons costumes (BRASIL, 1967).

Havia, ainda, a responsabilidade pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de imprensa. Constituíam crime fazer propaganda de guerra, de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça ou classe; a publicação de segredo de estado, de notícia ou informação sigilosa, a publicação ou divulgação de notícias falsas, a ofensa à moral pública e os bons costumes, a calúnia, a difamação e a injúria (BRASIL, 1967).

Contudo, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, considerando que o regime constitucional da liberdade de informação jornalística consagra a liberdade de imprensa como categoria proibitiva de qualquer censura prévia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009).

O que representa a ideia de autonomia da imprensa, perpassa, no entanto, pela ideia de responsabilidade social. Pois, em que pese a ausência de regulamentação da imprensa, existem dispositivos específicos na Constituição e na legislação infraconstitucional que consagram princípios e ideias aos quais a liberdade de imprensa deve se sujeitar.

Na ADPF 130, o STF considerou que “quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 8), isto é, consagra-se a autonomia da imprensa. Todavia, reconhece que a própria Constituição impõe conformações legislativas à imprensa – direito de resposta, direito de indenização, sigilo da fonte, responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação, classificação indicativa de diversões e espetáculos públicos, possibilidade da pessoa e da família se defenderem de programas de rádio e televisão que contrariem a preferências a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação, a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, e da propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente. Ou seja, a liberdade de imprensa se sujeita à responsabilidade social.

Além dos dispositivos constitucionais que apregoam a responsabilidade social à imprensa, é possível verificar legislações infraconstitucionais que também o fazem. É o caso do Marco Civil da Internet. É indubitável que a internet é hoje um dos maiores meios de difusão de informações e opiniões, tornando-se um dos principais veículos da imprensa. Todavia, seu uso se subordina a alguns princípios: a liberdade de expressão, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania, a pluralidade e a diversidade, a finalidade social da rede, a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a proteção da privacidade e dos dados pessoais e a preservação e garantia da neutralidade de rede (BRASIL, 2014).

4. CONCLUSÃO

Constata-se, então, que a liberdade de imprensa no Brasil, que se pretende autônoma e liberal, conforme o texto constitucional leva à interpretar, encontra implicações sociais que lhe atribuem responsabilidades e interferem no exercício do direito.

É possível verificar que a liberdade de imprensa no Brasil transita pelos três sistemas – liberal, autoritário e responsabilidade social. Não é uma evolução, mas uma mudança de paradigma que mantém, de certa forma, resquícios de outros sistemas. Por exemplo, é possível concluir que, embora a Constituição de 1988 esteja voltada para o sistema da responsabilidade social, encontram-se nela características liberais – como a ausência de censura, e características autoritárias – como a competência para a outorga e concessão de exploração da radiodifusão. Certo é que a adoção de qualquer sistema traz implicações para a democracia. Uma imprensa autônoma é o ideal desejável para uma sociedade democrática, principalmente em virtude da influência da experiência dos Estados Unidos, após a Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana. Contudo, a atuação do Estado se faz presente no contexto brasileiro, e é preciso analisar os efeitos desse comportamento para a liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa é fundamental para a democracia. Mas uma imprensa sujeita à responsabilidade social é o ideal para as sociedades democráticas contemporâneas?

Na realidade brasileira, pode-se constatar que, de fato, nunca se teve uma imprensa autônoma. Sempre há a interferência estatal para certa regulamentação. A liberdade de imprensa é, na verdade, uma liberdade para a imprensa como suporte do interesse público. A regulamentação estatal da imprensa pode trazer limitações à liberdade de imprensa.

Conforme se pode notar na legislação brasileira, a interferência estatal na atividade da imprensa gira em torno da ideia de preservação de um debate completo, com a exposição de todos os pontos de vista, com espaço para os diferentes grupos que compõem a sociedade, com o respeito aos valores sociais que guiam o país, e com a preservação da ideia de responsabilidade social da imprensa.

Indubitavelmente, seria interessante que a imprensa mantivesse um comportamento de amplo debate, de ampla representatividade, de compromisso com os valores da sociedade. Mas isso nem sempre é possível. A imprensa é projetada como um mecanismo de proteção contra o abuso de poder estatal e como forma de propiciar um espaço para o debate de quaisquer questões. Impor-lhe uma responsabilidade social, de forma arbitrária, é algo pernicioso, pois pode haver a exclusão de discursos e de pontos de vistas que não se alinham com esse ideal. Questões que poderiam contribuir para o debate público, ou até mesmo como prevenção ao abuso de poder estatal.

Existe, então, um embate: deve o Estado garantir a autonomia da imprensa, por meio da ausência de interferência regulatória, ou deve o mesmo interferir para que a imprensa seja um ator social, dotado de responsabilidades?

Há um caminho que se manifesta como alternativa a essa questão – a auto-regulamentação. A auto-regulamentação preserva a autonomia da mídia, protegendo-a contra a interferência do Estado e de sua transformação em um mecanismo de política de governo. A tendência é que seja mais eficiente, pois a mídia tem se tornado global, e a regulamentação estatal se torna complexa.

A imprensa possui um duplo objetivo – ser um ambiente para a livre troca de informações, ideias, opiniões e notícias e ser um mecanismo de defesa contra o abuso estatal. Para que consiga implementá-los, é necessário que a mesma esteja livre de interferência do Estado, sob pena de a ideia de responsabilidade social se esvair em autoritarismo.

Por isso, a auto-regulamentação surge como um contraponto interessante, pois é capaz de propiciar um ambiente para o alcance dos dois objetivos. No entanto, é mais um desafio do que uma solução, pois depende do envolvimento de todos os envolvidos na cadeia da imprensa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição Imperial de 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição da República de 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em:
<<https://www.google.com/search?q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+de+1934&oq=Constitui%C3%A7%C3%A3o+de+1934&aqs=chrome..69i57j0l5.1357j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição de 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição de 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 outubro 2019.

BRASIL. Decreto de 2 de março de 1821. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-2-3-1821.htm> Acesso em: 25 fevereiro 2020.

BRASIL. Decreto nº 20.047, de 27 de maio de 1931. Disponível em:
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20047-27-maio-1931-519074-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 24 fevereiro 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 1926. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 30 de outubro de 1969. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 24 fevereiro 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília: Diário Oficial da Justiça, 06 de novembro de 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador. JusPodivm, 2017.

MONTEIRO, E. Evolução do tratamento da liberdade de imprensa nas Constituições brasileiras pretéritas (1824 a 1967/69). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3442, 3 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23157>. Acesso em: 25 fev. 2020.

PETERSON, Theodore. The social responsibility theory. In: SIEBERT, Fred S. et. al. (Org.). **Four Theories of the press**. Chicago: University of Illinois Press, 1956, p. 73-103.

SIEBERT, Fred S. The authoritarian theory. In: SIEBERT, Fred S. et. al. (Org.). **Four Theories of the press**. Chicago: University of Illinois Press, 1956, p. 9-37.

SIEBERT, Fred S. The libertarian theory. In: SIEBERT, Fred S. et. al. (Org.). **Four Theories of the press**. Chicago: University of Illinois Press, 1956, p. 38-71.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**IDENTIDADE E RECONHECIMENTO: UMA VISÃO ANTROPOLÓGICA SOBRE
A CONSERVAÇÃO DA NATUREZA**
IDENTITY AND RECOGNITION: AN ANTHROPOLOGICAL VIEW ON THE
CONSERVATION OF NATURE

Sarah Torres⁵⁷

Adalberto Antônio Arcelo⁵⁸

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho⁵⁹

RESUMO

⁵⁷Bacharelado em Direito – Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. E-mail: sarahtorres111@hotmail.com

⁵⁸Doutor em Direito – Professor nos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – adalbertoarcelo@gmail.com

⁵⁹Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidad de Buenos Aires – UBA. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade. Pós-graduação em Direito Ambiental. Pós-graduação em Estudos de Impacto e Licenciamento Ambiental. Professora na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo - FAC. Advogada. E-mail: marianaadalberto@hotmail.com

O ser humano faz parte do ecossistema como um todo, servindo de habitat para alguns seres vivos e se alimentando de outros. Ao longo do tempo, a sua relação de convívio com a natureza foi se transformando em uma relação de controle e domínio. Talvez o primeiro exemplo desse controle seja a descoberta do fogo pelo *Homo erectus*, há cerca de 7 mil anos, depois disso a agricultura, a pecuária e a maneira com que o ser humano começou a agir ante a natureza. Esse comportamento influencia diretamente na crise ambiental que o planeta enfrenta hoje. Também na visão humana sobre os motivos de conservação da natureza, que, em sua maioria, são de cunho utilitarista. O objetivo deste artigo é analisar a influência e a relação do ser humano com a natureza no decorrer dos anos e apresentar a Biofilia como principal teoria de conservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Natureza; Meio Ambiente, Ser Humano, Biodiversidade, Utilitarismo, Biofilia.

ABSTRACT

The human being is part of the ecosystem as a whole, serving as a habitat for some living beings and feeding on others. Over time, it's relationship of conviviality with nature was transformed into a relationship of control and mastery. Perhaps the first example of this control is the discovery of the fire by *Homo erectus*, about 7000 years ago, after that the agriculture, the livestock and the way the human being began to act before nature. This behavior directly influences the environmental crisis that the planet faces today. Also in the human vision on the grounds of nature conservation, which are mostly utilitarian. The aim of this article is to analyze the influence and the relationship of human beings with nature over the years and present Biophilia as the main theory of conservation of the environment.

Keywords: Nature; Environment; Human; Biodiversity; Utilitarianism; Biophilia.

1. INTRODUÇÃO

No decorrer das gerações, a natureza e sua biodiversidade são deterioradas de forma cada vez menos reversível. Em face desse problema, foram desenvolvidas teorias com a finalidade de motivar a conservação do meio ambiente. O que impede a eficácia da maioria delas é a fundamentação utilitária, pois, sob os aspectos de preservação da natureza, o utilitarismo preza a *utilidade* dos animais, plantas e toda a diversidade ecológica, mas não os considera, no mínimo, tão importantes quanto o ser humano.

Fernando Fernandez (2008), doutor em Ecologia pela Universidade de Durham (Inglaterra), apresenta alguns desses argumentos viciados, como: “é preciso conservar a natureza porque a cura do câncer pode se encontrar em alguma planta, ou outra pode fornecer o princípio ativo de um cosmético”, ou mesmo “deve-se preservar as espécies para agricultura, pecuária e extrativos”. A ineficácia desses argumentos afirma-se com a ideia de que muitas espécies não precisam ser protegidas simplesmente por não serem úteis.

Ademais, é importante lembrar que o habitat natural do ser humano é a natureza, pois nela foram desenvolvidas as primeiras espécies humanas. Mas com o passar do tempo essa relação se modificou de convívio para domínio, e isso influencia diretamente na crise ambiental que o planeta enfrenta hoje.

Entretanto, ainda há o exemplo das sociedades tradicionais que respeitam o meio ambiente e o tratam com total reconhecimento. As comunidades indígenas, por citar, mesmo que diferentes em suas essências, preservam suas origens e respeitam sua casa – a própria natureza.

2. BREVE RETOMADA HISTÓRICA DA RELAÇÃO “SER HUMANO - NATUREZA”

A natureza esteve presente até mesmo nos pilares da filosofia grega. Os filósofos pré-socráticos buscavam nela respostas a respeito da *Arché* (origem) do Universo. Contemplando rapidamente essas teorias, Tales de Mileto (cerca de 625 / 634-558 a.C) defendia que a vida surgiu da água, pois ela está presente em diversos estados, nos quais estão inseridos, de alguma forma, em todos os seres da natureza; Anaxímenes (cerca de 585-538 / 525 a.C) já dizia que era o ar, pois esse elemento se aproximava muito ao caos; Heráclito (cerca de 540-470 a.C), que é muito conhecido por uma das frases que usava para retratar sua teoria (“nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio... pois na segunda vez o rio já não é mais o mesmo, nem tão pouco o homem”), defendia que a *Arché* do Universo era o fogo, pois representa o constante movimento e a mudança das coisas naturais.

No entanto, anos mais tarde, principalmente devido à Colonização, a visão de que na natureza estavam as respostas para as grandes questões do universo foi relativizada e transformada em mito. Segundo Walsh (2007, p. 106), o controle exercido pela colonialidade da natureza visa converter essa relação em mito, lenda e folclore e, assim, posicioná-la como não racional, como invenção de seres não modernos, dando espaço para a sensação de superioridade, desencadeando a dominância da natureza exercida pelos seres humanos.

De acordo com Albuquerque,

O homem provavelmente desejou dominar a natureza a partir do momento em que percebeu que podia decidir a maneira como ia interferir no meio. Entretanto, esse desejo do homem de exercer seu poder, subjugando plantas, animais, elementos naturais e até mesmo outros homens à sua vontade, vem acarretando diversas complicações ao longo da história. Poderíamos até mesmo dizer que a desigualdade social e a crise sócio ambiental são causadas, em sua raiz mais profunda, pelo desejo do homem de ser superior e exercer sua vontade sobre o meio ambiente e sobre os outros (2007, p. 25-26).

Toda essa situação culminou em uma grande crise ambiental. Conforme Escobar (2005, p. 87), essa é uma crise da modernidade, posto que esta fracassou em possibilitar mundos sustentáveis. É também uma crise do pensamento, já que o pensamento logocentrista alimenta as práticas ecologicamente destrutivas da modernidade.

Segundo Thaís Colaço e Eloise Damázio (2012, p. 167), após a década de 1950, surgiu a emergência da consciência ambiental. Houve a advertência sobre mudanças drásticas no funcionamento dos sistemas biofísicos, como o aquecimento global, desertificação, diminuição da camada de ozônio, esgotamento de fontes hídricas, entre outros fatores, de maneira que a natureza converteu-se em “ambiente”.

Entretanto, conforme demonstrado por Lima, Mello, Oliveira e Souza (2015),

Paralelo à emergente crise que se reflete no mundo, nas condutas sociais autodestrutivas e no incessante processo de degradação da natureza e da qualidade de vida das pessoas, apresentam-se os indígenas como detentores de conhecimentos tradicionais milenares. Esses conhecimentos precisam ser cada vez mais valorizados, por meio de conscientização e de ética. Constituem atitudes e comportamentos que minimizam as diferenças existentes entre as etnias na busca do equilíbrio entre o ser humano e a natureza, a partir da compreensão e da sensibilização dessa reciprocidade (2015).

Ainda Conforme com os autores, o ser humano deveria desenvolver várias formas de ver e compreender o ambiente com atos de empatia, colocando-se no lugar do outro para compreender as experiências e vivências de cada ser. A partir desse momento, pode-se pensar na Biofilia como a ideal corrente de fundamentação das teses defensoras da natureza.

3. BIOFILIA, O QUE É E QUAL A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A NATUREZA

O termo “Biofilia” foi popularizado pelo ecólogo americano Edward O. Wilson em seu livro de mesmo nome publicado em 1984. De origem grega, *bios* significa vida e *philia* significa amor, afeição. A tese defende o respeito e o reconhecimento à natureza, colocando-a sob mesmo grau de importância que os seres humanos.

É importante lembrar que a natureza sempre esteve presente na vida das pessoas. Os mais antigos registros demonstram que ela foi fonte de abrigo, caça, exploração e contribuiu enormemente para o desenvolvimento dos seres humanos.

Existe ainda esse sentimento de pertencimento, é comum que as pessoas se sintam livres e seguras na natureza. Observa-se isso pela maneira como são utilizados campos de recreação para que elas se recomponham em sua essência. Diversas formas de reprodução do habitat

natural do ser humano, como o planejamento das universidades e outras instituições que incluem áreas verdes e campos abertos, criam um ambiente agradável ao corpo e principalmente à mente, onde as pessoas podem se desligar da correria e da superficialidade da vida cotidiana. Nesse sentido, encontra-se a biofilia na ideia de que cabe ao ser humano conservar a natureza por pleno ato de reconhecimento e respeito, não por interesses utilitários. Nela são encontrados os registros mais antigos de atividade humana e para ela todos voltarão algum dia. Algumas culturas, principalmente as tradicionais, ainda conservam a ideia de respeito e temor à natureza. Para fins de exemplificação, será exposto o caso da Bolívia, que inclui a proteção à natureza em seu ordenamento jurídico, tratando-a como um grande Ser Vivente.

4. BOLÍVIA: A LEI DA MÃE TERRA E DO BEM VIVER

Não muito distante da cultura consumista, individualista e utilitarista consolidada no restante do mundo, a Bolívia recentemente criou a “Lei da Mãe Terra e do Viver Bem”, em que os bolivianos utilizam como fundamentos os ensinamentos de seus ancestrais e se identificam como apenas uma pequena parte do grande “Sistema Vivente Natureza”, colocando os outros seres vivos sob o mesmo grau de importância dos seres humanos.

Essa lei, promulgada pelo presidente Evo Morales, é a primeira norma aprovada na Bolívia que visa proteger a natureza e o meio ambiente, para o qual cria, entre outros aspectos, uma instância dependente do Ministério de Água e Meio Ambiente, orientada a penalizar aqueles que a infringirem, sendo imprescritíveis os delitos relacionados à Mãe Terra.

Além dessa lei, o presidente já havia promulgado anteriormente outras que protegem o direito à diversidade, à vida, à restauração, ao equilíbrio, à água, ao ar limpo e ao viver livre de contaminação.

Desde sua promulgação, são notáveis os efeitos positivos da lei. Pesquisas demonstram que devido à flexibilidade de um ordenamento jurídico pluralista, para que se concretize a ideia de “viver bem”, as pessoas mostram-se cada vez mais satisfeitas com as mudanças estabelecidas pelo novo modelo de organização do país, baixando as taxas de crimes ambientais.

Nessa linha, observa-se a atuação da biofilia na construção de um modelo de vida que preza o “viver bem” coerente com a conservação do meio ambiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante aos pontos acima abordados, conclui-se que, efetivamente, a melhor maneira de se fundamentar ações de preservação da natureza é utilizando a biofilia como base teórica. Demonstrou-se a eficácia de sua atuação no consciente das pessoas sobre a influência do meio ambiente em suas vidas. Seja nas universidades, onde as áreas abertas são tidas como refúgio para descanso, seja nos campos de recreação, que reconstróem a ideia de pertencimento a algo maior e trazem a sensação de acolhimento, ou mesmo em leis como as da Bolívia, que tratam a natureza como um Ser Vivente, digno de direitos e respeito.

A natureza sempre esteve presente na vida humana e agora, mais do que nunca, chama atenção para a negligência com que tem sido tratada. A partir da propagação da ideia de pertencimento, pode-se converter esse quadro de crises ambientais. Como bem demonstrado por Lima, Mello, Oliveira e Souza (2015), é preciso que se tenha empatia com a natureza, para que as ações tomadas a seu respeito tenham bons resultados.

De acordo com Albuquerque (2007, p. 87-88), a principal causa dos problemas socioambientais reside no excessivo consumo de produtos frutos da transformação de elementos naturais e no desperdício e produção de artigos inúteis e nefastos à qualidade de vida. Por conseguinte, a solução não é simplesmente preservar determinadas espécies de animais, vegetais ou elementos naturais, mas primordialmente refletir sobre e transformar as relações políticas, socioeconômicas e culturais entre as pessoas e entre a humanidade e a natureza (apud REGIOTA, 2004).

Nesse sentido, Albuquerque (2007, p. 88) defende a ideia de que a educação ambiental como educação política contribui para que os cidadãos possam refletir e exigir justiça social, cidadania, autogestão e ética nas relações sociais e com a natureza (apud REGIOTA, 2004, p. 11).

Portanto, trata-se também de uma questão de identidade, pois a partir do momento em que se cria essa consciência da relação de pertencimento, através da educação ambiental, as pessoas caminham para um estado de “viver bem” entre si e com a natureza.

Como bem assegura a CR/88, em seu artigo 225,

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras e presentes gerações (BRASIL, 2018).

Conclui-se, então, que é necessário criar uma consciência de que as ações humanas interferem diretamente no meio ambiente e que cabe às pessoas o dever de defendê-lo e preservá-lo, em prol de uma vida equilibrada e sustentável para as presentes e futuras gerações e, acima de tudo, por reconhecimento e respeito ao berço humano: a natureza.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Pinto de. **As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio ambiental**. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007, p. 25/26.

ALBUQUERQUE, Bruno Pinto de. **As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio ambiental**. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007, p. 87/88.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

COLAÇO, Thaís; DAMÁZIO, Eloise. **Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteus, 2012, p. 167.

ESCOBAR, Arturo. **Más allá del tercer mundo**. Globalización y diferencia. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2005, p. 87.

FERNANDEZ, Fernando. **Por que conservar a natureza, afinal?** Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/fernando-fernandez/19894-por-que-conservar-a-natureza-afinal/>. Acesso em: 12 mai. 2019.

LIMA, Alexandrina Maria de Andrade; MELLO, Marcos Aurélio Anadem; OLIVEIRA, Elinaldo Rodrigues de; SOUZA, Ana Hilda Carvalho de. **A relação dos indígenas como contribuição à sustentabilidade ambiental: uma revisão da literatura**. Vale do Taquari: Revistas Destaques Acadêmicos, vol. 7, n. 2, 2015.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad y colonialidad del poder: um pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial**. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Orgs.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007. p. 106.

A HONRA EM TEMPOS DE CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA

HONOR IN TIMES OF CYBER CRIME

Luzia Laíse Rodrigues Barbosa⁶⁰

RESUMO

Este artigo possui como finalidade demonstrar como a Constituição da República de 1988 protegeu os direitos de privacidade, sobretudo a honra das pessoas. No intuito de demonstrar a importância do direito à honra, o direito penal foi empregado em sua defesa, entretanto após décadas carece de inovações. A honra será visualizada como direito constitucionalmente protegido, mas nem por isso um direito absoluto. Em contraponto a liberdade de expressão deve ser regulada para que não ofenda o direito à honra, neste cursor prevalecerá as ponderações principiológicas. Demonstrar-se-á que a legislação nacional que protege a honra no meio cibernético não avançou conforme necessita; os avanços tecnológicos são constantes e velozes, enquanto que a legislação que protege a honra neste meio é arcaica e ineficaz, medidas serão demonstradas para que possa o Brasil sair deste cenário de injustiças cibernéticas.

Palavras-chave: Honra; Liberdade de Expressão; Crimes Cibernéticos.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate how the Constitution of the Republic of 1988 protected privacy rights, especially the honor of individuals. In order to demonstrate the importance of the right to honor, criminal law was employed in its defense, however after decades it lacks innovations. Honor will be viewed as a constitutionally protected right, but not an absolute right. In contrast, freedom of expression should be regulated so that it does not offend the right to honor, this cursor will prevail in principle. It will be demonstrated that national legislation that protects honor in the cyber environment has not progressed as needed; technological advances are constant and fast, while the legislation that protects honor in this environment is archaic and ineffective, measures will be demonstrated so that Brazil can get out of this scenario of cyber injustices.

Keywords: Honor; Freedom of expression; Cyber crimes.

⁶⁰ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

1. PRIVACIDADE CONSTITUCIONAL

A privacidade no meio cibernético é um tema extremamente atual, contudo é preciso encarar de antemão os conceitos básicos de privacidade para que possa no decorrer do trabalho expandir o tema para o meio cibernético. É com este pensamento que faz-se necessário conceituar e esclarecer as dúvidas primárias sobre a privacidade e todas suas ramificações dentro do arcabouço jurídico.

A privacidade surge no Ordenamento Jurídico Brasileiro como algo importantíssimo, pode-se confirmar tal afirmação, ao observar que a privacidade recebeu amparo constitucional. Conforme o art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Ainda na legislação nacional é preciso citar o art. 21 do atual Código Civil: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2002).

Como é possível observar tanto a Constituição da República de 1988, como o Código Civil de 2002 protege e assegura a privacidade dos cidadãos brasileiros, contudo, é curioso observar que em momento algum a legislação, tanto constitucional como infraconstitucional, citam expressamente a palavra privacidade.

Ocorre que a legislação brasileira optou por usar de diversas outras palavras que também sugerem privacidade pessoal, e não utilizar a expressão que abarcaria todos os demais conceitos dentro de um só: “privacidade”.

Neste pensamento destaca André Ramos Tavares:

Parece inegável, contudo, que a Constituição brasileira de 1988 não segue a concepção genérica do direito à privacidade, tendo optado por tratar autonomamente diversos direitos que ali estariam contidos, como a vida privada, intimidade e imagem, que, portanto, são inconfundíveis.

[...]

Isso não impede que se utilize, para fins doutrinários e pedagógicos, a expressão **“direito à privacidade” em sentido amplo, de molde a comportar toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana.** (grifo nosso) (TAVARES, 2012, p. 675).

Marcelo Novelino também faz destaques quanto à possibilidade de entender como privacidade os temas citados na legislação.

Conforme Novelino:

Para proteger a *privacidade* (gênero), permitindo ao indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia, a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies). A intensidade da proteção deve variar conforme a área da personalidade afetada. Quanto mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deve ser o peso conferido ao direito à privacidade. (grifo nosso) (NOVELINO, 2016, p. 337).

Avançando no tema da privacidade, agora entendido como algo de maior amplitude, é preciso esclarecer que até mesmo a privacidade pode ser desmembrada em outras duas esferas, sem que possa influenciar os conceitos conexos ao tema central. Dessarte, a privacidade ainda pode ser vista como parte de algo privado e algo íntimo das pessoas.

Importante ressaltar que todos os diferentes novos direitos ou novas garantias advindas da privacidade serão diretamente ligados ao princípio maior que é da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo indireto deve ser respeitado no cenário jurídico, inclusive no campo cibernético.

Os direitos inerentes ao ser humano em decorrência da privacidade devem seguir também todos os demais princípios constitucionais, é o que destaca Leonardi:

Constituição Federal brasileira estabeleceu que os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Isso é extremamente relevante, porque a privacidade é reconhecida como um direito fundamental em praticamente todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. (LEONARDI, 2011, p. 95).

Como se pode observar o direito de privacidade é amplo, mas nem tal amplitude, nem mesmo a sua localização no corpo constitucional como um dos direitos fundamentais da Constituição da República podem retirar de si a taxação de direito relativo. Ora, a privacidade não poderia ser observada/garantida no ordenamento jurídico brasileiro como um direito absoluto, pois, entraria em rota de colisão com todos os demais direitos e garantias constitucionais.

Partindo de uma análise mais precisamente criminal é necessário observar que diversos crimes somente são elucidados após a quebra da privacidade de determinadas pessoas. Contudo, também é de suma importância salientar que o Estado não pode se valer da quebra irrestrita e ilógica da privacidade das pessoas na tentativa de elucidação de quaisquer infrações, pois cometeria o erro de tornar-se um estado de exceção e autoritário. Neste pensamento Novelino destaca e exemplifica:

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas não é assegurada de modo absoluto. Intervenções no âmbito de proteção

do direito à privacidade devem ser consideradas legítimas quando: I) *adequadas* para fomentar outros princípios constitucionais; II) *necessárias*, ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz; e III) *proporcionais em sentido estrito*, por promoverem a realização de princípios cujas razões, no caso concreto, são mais fortes que as decorrentes do direito à privacidade.

[...]

Há diversos contextos nos quais a segurança ou o interesse público justificam intervenções no direito à privacidade. A divulgação de imagens dentro de adequado contexto jornalístico ou em eventos de interesse público, científico, histórico, didático ou cultural, em regra, caracteriza-se como intervenção legítima. Da mesma forma, devem ser admitidas captações feitas por radares eletrônicos de trânsito e por câmeras de segurança, inclusive quando instaladas nas ruas e espaços públicos, assim como as divulgações de fatos envolvendo práticas criminosas ("função de prevenção geral") ou de fatos noticiáveis por envolver interesse público, tais como enchentes, terremotos, acidentes e catástrofes de grandes proporções. (grifo nosso) (NOVELINO, 2016, p. 338).

Possível concluir assim, que a privacidade muito embora não esteja expressamente prevista na Constituição da República de 1988, tem seu respaldo jurídico constitucional garantido através do texto constitucional. A privacidade como conceito máximo foi explorada e desmembrada em fragmentos menores, para que não houvesse qualquer dúvida da vontade do legislador constitucional em proteger diversos aspectos privados.

1.1 A vida privada, a intimidade e a imagem

A vida privada é uma das ramificações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que advêm do termo geral, que é a privacidade. A vida privada é um aspecto que garante aos indivíduos que possam usufruir de sua vida sem que os demais indivíduos possam nela intervir.

Ao Estado também não é permitido que invada a vida privada dos cidadãos. Para que possa haver qualquer ingerência neste sentido é necessário que os meios competentes autorizem tal ação, de maneira sempre fundamentada. No sentido de preservação da vida privada, Tavares sustenta:

A liberdade da vida privada envolve a possibilidade de realização da vida sem ser molestado por terceiros, sem ser agredido pela bisbilhotice alheia. Isso implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de imiscuir-se na vida privada ou de divulgar esta ao público. Tal liberdade também impede que se preservem informações obtidas referentes única e exclusivamente à privacidade de cada um, obtidas de forma lícita ou ilícita. (TAVARES, 2012, p. 688).

Já Pedro Lenza observa que:

Portanto, para eventual quebra de sigilo bancário, é imprescindível "... a existência de **causa provável**, vale dizer, de **fundada suspeita** quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público. Na realidade, sem **causa provável**, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de

inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a „*disclosure*’ das contas bancárias, eis que a **decretação da quebra do sigilo não pode converter -se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral.** (grifo do autor) (LENZA, 2017, p. 989).

No atual contexto social que este trabalho tem por objetivo maior demonstrar como a legislação brasileira (especificamente relacionadas aos crimes contra a honra (que faz parte da privacidade)) está em desvantagem, quando relacionada aos meios tecnológicos do meio cibernético. Novamente destaca-se que neste primeiro momento não há análise do chamado marco civil da Internet, que oficialmente representa a lei 12.965/14.

Embora a vida privada seja parte integrante da privacidade, o constituinte originário decidiu explicitar que aquela também receberá amparo constitucional. Na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Código Civil de 2002, a vida privada também é citada expressamente Sobre a vontade do legislador, fica de forma cristalina a intenção de atribuir maior segurança jurídica aos temas relacionados à privacidade. A Constituição da República de 1988 foi promulgada após longo período de conturbação de direitos, assim, este foi um dos motivos de o constituinte expressar diversos direitos na Carta Constitucional e não deixa-los em possível desamparo.

Já intimidade é como o próprio nome induz a última classe de proteção do indivíduo. A intimidade é a esfera pessoal que recebe maior proteção, não somente do Estado, mas também das pessoas por conta própria. Embora significativamente também protegida e amparada no direito pátrio, a vida privada das pessoas ainda é um status de possível abertura ao mundo exterior do indivíduo sem que possa constrangê-lo.

Sobre este escalonamento entre vida privada e intimidade, Tavares esclarece:

Assim, a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização. (TAVARES, 2012, p. 677).

Da mesma maneira como a vida privada, a intimidade é também parte interna da privacidade, e também como a vida privada a intimidade pode ser observada expressamente nas legislações brasileiras.

Em um apanhado de diversos posicionamentos acerca do instituto da intimidade e da vida privada, Leonardi pretende delimitar os temas e coleciona conceituações para tanto, segundo o autor:

Paulo José da Costa Júnior assevera que **o direito a intimidade é o direito de o indivíduo não ser arrastado para a ribalta contra a sua vontade; e o direito de subtrair-se a publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade.**

Alexandre de Moraes afirma que a proteção constitucional a **vida privada** salvaguarda um “**espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas**”; **Carlos Alberto Bittar** menciona que **o fundamento do direito a intimidade e o “isolamento mental inerente a natureza humana”**, necessário para evitar que certos aspectos da vida privada do indivíduo cheguem ao conhecimento de terceiros. Para **Milton Fernandes**, a **vida privada representa** “o direito de excluir razoavelmente da informação alheia ideias, fatos e dados pertinentes ao sujeito. Este **poder jurídico atribuído a pessoa consiste, em síntese, em opor-se a divulgação de sua vida privada e a uma investigação nesta.** A este poder corresponde o dever de todas as outras pessoas de não divulgar a intimidade alheia e de não imiscuir-se nela. (grifo nosso) (LEONARDI, 2011, p. 56).

Possível observar que mesmo diferenciando ambos os temas, e apresentando conceituações diversas, os institutos se misturam, ou, em uma melhor visão, eles se completam.

O direito de imagem, assim como os direitos garantidos de vida privada e intimidade, é expressamente garantido constitucionalmente. Mais que isto, a imagem é um direito previsto mais de uma vez no art. 5º da Constituição da República de 1988.

Diferentemente dos outros ramos da privacidade citados até o momento, a imagem é um direito que a própria Constituição Federal de 1988 já elenca o direito de dano contra aqueles que utilizarem indevidamente da imagem dos cidadãos, assim como o direito de resposta, que inclusive “deve” ser proporcional.

Sobre o que seria o direito à imagem, Novelino destaca:

O direito à imagem impede, *prima facie*, sua captação e difusão sem o consentimento da própria pessoa. A proteção a esse direito é autônoma em relação à honra, devendo ocorrer ainda que não haja ofensa à estimativa pessoal ou à reputação do indivíduo. (grifo nosso) (NOVELINO, 2016, p. 337).

Neste cenário de “novo faroeste” onde a “terra fica sem lei”, criminosos ficam muitas das vezes impunes, pois sabem que o sistema é falho, e que a Justiça não oferece respaldo com base em legislações antiquadas e ineficientes.

2. HONRA: UM DIREITO RESGUARDADO CRIMINALMENTE

A honra é cristalinamente um direito de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que, como citado no capítulo anterior, é considerado um direito constitucionalmente protegido.

Conforme o inciso X, do art. 5º da Constituição da República de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Como observado o direito a honra é inviolável, assegurando, inclusive, às vítimas de sua violação o dano material ou moral. É preciso lembrar que a possibilidade de danos morais e/ou materiais pode ser buscada na seara cível, mas, a honra das pessoas é de tamanha dimensão no contexto jurídico, que foi reproduzida sua proteção também no âmbito criminal.

Os direitos que são protegidos pelo domínio criminal são direitos que realmente merecem proteção do Estado, tendo em vista que o Estado não é competente para resolver todas as questões privadas envolvendo pessoas particulares. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2017), tal afirmação decorre do princípio da intervenção mínima do direito penal, tendo em vista que a ingerência demasiada do Estado poderia retirar a liberdade ou a autonomia dos indivíduos.

Embora a honra seja um direito previsto constitucionalmente e protegido criminalmente, deve ser realizada uma análise do caso concreto em que se encontra o fato, para a real aplicação dos meios penais possíveis.

Neste cenário de preocupação com a política criminal adotada no contexto do direito brasileiro é que Nucci assevera:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito. (NUCCI, 2017, p. 23).

Pode-se afirmar então que a honra é um direito assegurado constitucionalmente e criminalmente preservado, mas afinal como se pode conceituar a honra?

A honra da pessoa humana é algo intrínseco a sua qualidade de ser, logo não poderia ser deixada fora da segurança penal por motivos extrínsecos à sua personalidade, moral ou condução de suas virtudes. Fernando Capez em citando Noronha apresenta: “A *honra*, segundo E. Magalhães Noronha, conceitua-se “como o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria”” (NORONHA apud CAPEZ, 2012, p. 277).

Nucci de maneira direta, mas demonstrando inclusive suas características determina que o conceito de honra:

[...] é a faculdade de apreciação ou o **senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.** Essa apreciação envolve sempre aspectos positivos ou virtudes do ser humano, sendo incompatível com defeitos e más posturas, **embora não se trate de um conceito absoluto, ou seja, uma pessoa, por pior conduta que possua em determinado aspecto, pode manter-se honrada em outras facetas da sua vida. Honra não pode ser, pois, um conceito fechado, mas sempre dependente do caso concreto e do ângulo que se está adotando.** (grifo nosso) (NUCCI, 2017, p. 498).

Interessante ponto da conceituação de Nucci sobre a honra é determinar que a honra não pode ser um conceito fechado e absoluto, ou seja, o indivíduo poderá apresentar aspectos negativos em sua honra, contudo poderá haver outras facetas que apresentem-se honradas.

A honra da pessoa humana refere-se aos seus atributos e qualidades pessoais, tais qualidades podem ser aferidas e comprovadas pelos demais cidadãos da sociedade que convivem com o determinado indivíduo. Sendo atributos positivos na perspectiva humana, a honra deve ser protegida tanto pela pessoa física que a possui, assim como também pelo Estado.

Ao conceituar o termo honra, alguns autores acham essencial destacar a classificação, tendo em vista que pode-se chegar ao maior conhecimento das características e minúcias importantes da honra em si. Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo para conceituar honra, classifica-a em duas classes, a honra objetiva e a honra subjetiva:

Honra objetiva (honra externa): é o conceito que o indivíduo possui perante seus pares em relação aos seus atributos morais, éticos, físicos e intelectuais. Refere-se ao apreço e respeito da pessoa no grupo social. É, em suma, a reputação social da pessoa.

Honra subjetiva (honra interna): é o conceito que o indivíduo possui de sua própria dignidade (honra-dignidade = qualidades morais) e decoro (honra-decoro = qualidades físicas e intelectuais). Trata-se do autoconceito dos atributos morais, éticos, físicos e intelectuais. Refere-se ao nosso amor-próprio e autoestima. (SALIM; AZEVEDO, 2017, p.169).

Como muito bem delimitado pelos autores, a honra objetiva é a avaliação que terceiros (os indivíduos da sociedade) fazem do indivíduo em questão, assim, a honra objetiva pode ser delimitada como os atributos que o sujeito possui perante a sociedade em que vive.

Em contrapartida a honra subjetiva é aquela que o indivíduo possui de si mesmo, ou seja, são as qualificações e atributos que o sujeito reconhece ter, não importando as opiniões que terceiros possam ter, a honra subjetiva faz parte da autoestima.

Classificações à parte, a honra pode ser reconhecida como algo pertencente ao indivíduo, seja ela reconhecida pelo próprio sujeito, como por terceiros que fazem parte de sua comunidade. O ordenamento jurídico brasileiro ao atribuir segurança constitucional e proteção

criminal ao elemento honra, possibilitou que parte integrante do ser humano não possa ser ferida sem que seu autor seja responsabilizado.

2.1 Os crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria

A normatização vigente do Código Penal dispõem dos art.(s) 138 até o art. 145, entre eles, letras de lei que recorrem ao ano de 1940 como origem, até novas colocações legislativas do ano de 2015. Os art.(s) 138; 139 e 140 são especificações que revelam os crimes previstos na legislação, sendo eles: a calúnia, a difamação e a injúria, respectivamente, todos estes, crimes que serão analisados separadamente no decorrer deste trabalho. Os demais art.(s) são disposições comuns entre os supracitados crimes, podendo englobar todos, ou alguns destes.

A calúnia é o primeiro dos crimes contra a honra. Está disposto no art. 138 do Código Penal, conforme pode-se retirar do cerne deste artigo, a calúnia tem relação próxima com outros possíveis crimes. A calúnia tem como bem jurídico assegurado a honra objetiva, que como já mencionado, é a imagem do indivíduo perante terceiros.

O art. 138 do atual Código Penal legisla:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.
Exceção da verdade
§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:
I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;
III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. (BRASIL, 1940).

Observa-se que o crime de calúnia pode ser identificado quando ocorrer uma falsa imputação de crime, que na realidade não ocorreu, ou se ocorreu foi realizado por um terceiro, diferente daquele que está sendo acusado.

De suma importância salientar desde já que o crime de calúnia somente ocorrerá quando o fato imputado falsamente for considerado pelo ordenamento jurídico como “crime”, logo caso seja imputado fato considerado apenas contravenção penal, o crime de calúnia não será efetivado.

Seguindo o pensamento de Capez (2012), pode-se concluir que para haver o crime de calúnia fazem-se necessários alguns pressupostos, sendo eles: haver a imputação de um fato;

tal fato ser definido na lei como crime e terceiro que tal acusação sobre o fato criminoso seja falso.

Ainda em decorrência da leitura do art. 138, pode-se observar a possibilidade de haver no decorrer do processo a chamada exceção da verdade. A exceção da verdade ocorrerá quando o agente identificado como sujeito ativo do crime de calúnia, defende-se da acusação do crime, afirmando que na realidade dos fatos o crime realmente ocorreu.

Em conclusão ao crime de calúnia é essencial lembrar, que no contexto geral deste trabalho, o crime de calúnia seria claramente possível em um meio virtual. Destaca-se ainda que dois outros verbos podem ser encontrados no art. 138 (propalar e divulgar), estes verbos podem também serem observados em casos de crimes cibernéticos, que serão analisados no decorrer do trabalho.

A difamação é o segundo crime previsto no Código Penal contra a honra, assim como o crime de calúnia, a difamação também recai sobre a honra objetiva. Na difamação diferentemente do crime de calúnia não há imputação de um crime previsto no ordenamento jurídico, mas um fato que macule a honra do indivíduo. Para o legislador pátrio, o crime de difamação não teria a mesma periculosidade quanto o crime de calúnia, tendo em vista a pena cominada em ambos os crimes, no crime de calúnia, embora pouco, mas há aumento na pena prevista.

Sobre o conceito do crime de difamação Nucci destaca: “Difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação. Nesse caso, mais uma vez, o tipo penal foi propositadamente repetitivo.” (NUCCI, 2017, p. 503). A difamação então ataca a honra do sujeito assim como a calúnia, entretanto não ataca de modo a difundir que o fato narrado foi um crime cometido pela vítima da difamação.

Assim, o tipo penal difamação nada mais é que a imputação de um determinado fato que é ofensivo à reputação do sujeito passivo. Vale acrescentar que o fato neste caso não precisa ser falso, assim caso o fato seja verdadeiro poderá ainda haver o crime de difamação.

Sem mais delongas, o Código Penal emite em seu art. 139 o seguinte dispositivo legal:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. (BRASIL, 1940).

Destaque no crime de difamação a exceção da verdade somente ocorrerá quando o sujeito passivo for funcionário público, e o fato tido como ofensivo tiver ligação com a atividade pública que o funcionário exerce. Na visão de Cunha:

A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público (art. 327 do CP) e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (art. 139, parágrafo único). **Nesse caso, provando o ofensor a verdade da imputação, exclui-se a ilicitude da sua conduta (a tipicidade permanece, já que a falsidade não integra o tipo).** (grifo nosso) (CUNHA, 2016, p.184).

Necessário incluir o funcionário público no contexto geral da Administração Pública para entender o motivo do parágrafo único do art. 139. A exceção da verdade ocorre contra o funcionário público para possibilitar ao Estado investigar e talvez punir o indivíduo, já que o fato decorre de sua função como representante e empregado do Estado.

Como já explicitado anteriormente, a honra é dividida em honra subjetiva e honra objetiva, diferentemente dos crimes anteriores (calúnia e difamação), a injúria protege a honra subjetiva e não a honra objetiva. Assim quando o indivíduo tem sua honra subjetiva ferida, desonrada, estar-se-á diante do crime de injúria¹⁰.

Conceituando injúria Nucci assevera que: “Injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar).” (NUCCI, 2017, p. 505). Contudo é necessário lembrar que a honra neste crime em específico não é a mesma que nos dois crimes anteriores. Neste caso a honra deverá ser atingida no pessoal, no íntimo da pessoa. Diferentemente dos crimes anteriores, aqui não refere-se ao que a sociedade pensa ou não sobre o indivíduo, mas o que o indivíduo pensa de si mesmo, ou seja, o amor próprio que tem consigo.

O Código Penal em seu art. 140 disciplina que:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
§ 2º - 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.
§ 3º 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. (BRASIL, 1940).

No corpo do art. 140 é possível observar dois momentos em que o juiz fica possibilitado de não aplicar a pena do crime de injúria. Estas possibilidades ocorrem tendo em vista que seria

desproporcional a intromissão da legislação penal, é o caso de aplicação clara do princípio da intervenção mínima.

Cabe ressaltar que neste novo cenário, onde as liberdades são colocadas em máxima proteção, os crimes contra a honra podem ser observados de outra perspectiva, é neste sentido que buscará entender quando os crimes contra a honra poderão ser colocados de lado. Cabe ressaltar que por todo o exposto no sentido de proteção criminal, a honra não poderá jamais ser deixada de lado pelos legisladores, tendo em vista que a imagem do indivíduo, seja perante a sociedade, seja diante de uma crítica pessoal não pode ser colocada à disposição de criminosos.

3. CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET

Os crimes cometidos contra a honra praticados no meio cibernético, ou “na Internet” como são mais comumente utilizados, são previstos juntamente com os crimes contra a honra no Código Penal vigente. De grande importância salientar tal vigência desde o início deste capítulo, tendo em vista que trata-se de meio inovador quando comparado com uma legislação da década de 1940.

No Brasil, tendo em vista a tardia informatização pelos computadores, assim como pela internet, a visão de crimes cometidos pelo meio cibernético foi morosa, assim, como informações dos primeiros delitos. Os números obviamente tornaram-se diferentes conforme avança o mercado tecnológico disponível aos criminosos. O Brasil alcançou no ano de 2018 a segunda colocação de país com maior número de crimes cibernéticos⁶¹, enquanto que no ano de 2019 alcançou o terceiro lugar de país onde mais ocorrem ataques cibernéticos⁶².

Como é possível observar os crimes contra a honra no Brasil subiram de maneira alarmante. Destaca-se que a “maneira alarmante” refere-se a maneira que as autoridades enfrentam o crescimento de crimes cibernéticos, isto é, os números subirem é passível de normalidade tendo em vista o crescimento de usuários de computadores, ou mesmo dos avanços tecnológicos, contudo, o que assusta a sociedade é o modo conduzido pelas autoridades

⁶¹ Conforme noticiado no site UOL: De acordo com um relatório da Norton Cyber Security, em 2017 o Brasil passou a ser o segundo país com maior número de casos de crimes cibernéticos, afetando cerca de 62 milhões de pessoas e causando um prejuízo de US\$ 22 bilhões.

No ano anterior, o Brasil era o quarto colocado na lista, mas agora fica atrás apenas da China, que em 2017 teve um prejuízo de US\$ 66,3 bilhões.

⁶² Ainda em conformidade com a mídia jornalística (site Jornal do Comércio): O Brasil é o terceiro país que mais recebe ataques cibernéticos em dispositivos conectados à internet, informou ontem a Symantec em relatório global. De todas as ameaças detectadas pela empresa de cibersegurança no segmento de Internet das Coisas (IoT), 9,8% ocorreram no Brasil. A China ficou em primeiro lugar (com 24%), seguida dos Estados Unidos (10,1%).

legislativas, que não avançam no mesmo grau de eficácia e eficiência que a tecnologia cibernética.

Sobre este pensamento, Jesus acrescenta:

[...] o Brasil está bem atrasado em termos de legislação penal informática. De fato, não pairam dúvidas de que a revolução tecnológica trouxe grandes desafios ao Direito Penal, com a ocorrência de inúmeras situações em que forçosa era a subsunção dos casos trazidos à lei. Não são poucos os Projetos de Lei propostos no Congresso que tentaram tipificar condutas cometidas no mundo cibernético. Muitos, aberrações propostas por quem efetivamente longe está de entender a problemática. E em se tratado de crimes informáticos, deve-se registrar que as características da Internet não permitiram tão somente o desenvolvimento da comunicação, mas serviram de ambiente para o crescimento de crimes de informática, estes amparados pela sensação de anonimato e pouca possibilidade de punição. (JESUS, 2016, p. 71).

Assim como o Brasil aprimora seus dispositivos tecnológicos, e assim aproxima-se de países de primeiro mundo, as legislações nacionais também devem avançar no tempo e criminalizar determinadas ações ou omissões que dizem respeito o meio cibernético. Tendo em vista os escassos avanços em leis criminais sobre os delitos cibernéticos, os cidadãos brasileiros, ou mesmo pessoas e Estados internacionais podem enxergar o Brasil como um país deficiente neste aspecto, ou pior, os criminosos deste meio visarem e deslumbrarem de uma “terra sem lei”.

Precioso esclarecer que os crimes contra a honra já encontram-se devidamente resguardados pelo Código Penal, contudo, as novas modalidades, possibilidades e meios para realização dos devidos crimes, merece atenção para penas mais severas.

Seguindo este raciocínio, Spencer Toth Sydow leciona:

Os bens jurídicos já protegidos e que são lesados por meio do uso da tecnologia – como, por exemplo, a honra atacada por uma mensagem de texto remetida por celular – não merecerão nova roupagem, por já serem objeto de proteção. Mas as condutas praticadas merecem alternativas de agravamento, vez que praticadas por meio facilitador e com alta capacidade lesiva e, mais especialmente, por serem uma tendência da criminalidade. (SYDOW, 2015 p. 86).

O destaque é feito tendo em vista que o meio cibernético possibilita a proliferação dos crimes, dificulta a revelação da autoria do crime, assim como aumenta a possibilidade de cometimento do crime, seja pela “coragem” adquirida pelo uso cibernético, seja pela possibilidade de crimes com sujeitos ativo e passivo distanciados por milhares de quilômetros.

3.1 Inovações tecnológicas no mundo cibernético

Se as legislações brasileiras não avançam, as tecnologias cibernéticas não cessam o crescimento. Em um mundo cibernético, e sem fronteiras para o conhecimento, o mundo avança

tecnologicamente, e grande parte deste avanço ocorre no mundo cibernético e advém do mundo cibernético.

O Brasil, tendo em vista a inexistência de barreiras cibernéticas, avança juntamente com o mundo quando o quesito é tecnologias cibernéticas. O computador observado como algo monstruoso décadas atrás, transformou-se em principal aliado do ser humano, assim como, antes visto como algo caro, fora do potencial financeiro de diversas pessoas, tornou-se popular. A Internet (cientificamente conhecida como “rede global de computadores conectados entre si” (LEONARDI, 2011, p.14)), no mesmo seguimento, avançou, e hoje está disponível na palma das mãos de milhões de brasileiros.

Sobre a evolução tecnológica Sydow conclui:

O avanço e a popularização da tecnologia aliada à informática fizeram com que surgissem novos hábitos e, com eles, novos valores. Na medida em que tais valores adquirem relevância social e econômica, surgem também problemas quanto à sua preservação.

A computação, todavia, não parou de se desenvolver no aspecto individual. Paralelamente, surgiu a internet, uma rede virtual em que um usuário se conecta para ter acesso a uma ampla gama de computadores interligados, dispondo de dados para consulta e utilização por qualquer um que consiga acessar por meio de mecanismos e linguagem próprios. [...] Hoje, smartphones fazem as vezes de computador pessoal e auxiliam e facilitam atividades rotineiras como estacionar carro, pesquisar o melhor preço ou traduzir frases em outras línguas. (SYDOW, 2015,p.21).

Deve-se elucidar que não apenas no Brasil a Internet foi, em um primeiro momento, algo complexo para os legisladores, ou mesmo para os aplicadores do Direito de modo geral. Ainda nos Estados Unidos da América, nação reconhecidamente de primeiro mundo, a visão inicial da Internet para os cidadãos comuns foi complexa aos olhos do governo. Algo visto como sem lei, sem a presença do Estado, livre para as pessoas, livre aos criminosos.

Leonardi afirma:

No período compreendido entre o final da década de 1980 e o início da década de 1990, predominava a ideia de que a Internet representava um espaço livre e separado dos territórios físicos, imune a soberania dos Estados organizados.

Esse “território” livre foi chamado de “ciberespaço”: uma nova fronteira eletrônica, “pátria da era da informação, lugar em que o futuro esta destinado a residir”, **similar ao Velho Oeste norte-americano, intacto e autorregulamentado, recheado de oportunidades e com recursos infinitos**, em que “todos são tão virtuais quanto as sombras na caverna de Platão”. (grifo nosso) (LEONARDI, 2011, p.126).

É perceptível que os instrumentos disponíveis aos seres humanos aumentaram sua conexão com o mundo cibernético. Algo que antes somente era possível com o uso de computadores enormes e caros, hoje é possível em um mero *smartphone* na palma das mãos de homens e mulheres, e até mesmo de crianças.

Nota-se ainda que os computadores e a Internet no seu início era algo estritamente governamental, no mundo atual, os computadores e celulares são encarados até mesmo como extensões dos homens, ou ainda das crianças e jovens, que atualmente pouco vivem sem os aparelhos tecnológicos. Assim como os instrumentos físicos ampliaram as possibilidades de acesso ao mundo virtual, outro ponto de extrema importância quando refere-se aos avanços tecnológicos, são as redes sociais. As redes sociais modificaram a extensão de convivência entre pessoas, o círculo de pessoas presentes na vida de uma pessoa ampliou significativamente:

As novas tecnologias, desde o ano de 2000, estão assumindo cada vez mais uma dinâmica interativa entre seus usuários, onde a produção de informação não fica monopolizada nos meios de comunicação formais, mais sim integrando ao mundo global.

O expoente dessa nova era das tecnologias virtuais tem sido as redes sociais que permitem o compartilhamento de ideias e informações entre seus usuários com objetivos e valores comuns. (grifo nosso) (VIEIRA, 2017, p. 202).

Luiz Augusto Filizzola D'Urso faz análise sobre a relação entre as redes sociais e os crimes informáticos impróprios:

Muitas vezes, a Internet é apenas uma fonte acessória para o cometimento de crimes, como, no caso verídico, no qual ocorreu o sequestro de uma jovem de 19 anos, e, após o término deste sequestro, seus nove sequestradores informaram que escolhiam suas vítimas através da Internet, onde verificavam seus padrões sociais e suas rotinas, fazendo uma análise das fotos e informações postadas nas redes sociais de suas futuras vítimas. (D'URSO, 2016).

As redes sociais possibilitam a interação em tempo real de diversas pessoas em diversos lugares diferentes. As redes sociais englobam um número “infinito” de possibilidades sociais, desde amizades e paixões, aos níveis mais críticos, onde ocorrem os crimes. As relações de ódio nas redes sócias podem avançar para verdadeiros crimes. Os crimes aqui visualizados podem permanecer nas redes sociais, como atravessar o mundo cibernético.

3.2 Legislações nacionais acerca do tema

As legislações sobre o tema central deste trabalho são de cunho especificamente penal, entretanto, algumas considerações gerais podem ser realizadas através de legislações cíveis. Independentemente desta possibilidade de interação entre diferentes ramos do Direito, é necessário desde já demonstrar a competência da União para legislar sobre os devidos temas.

Em conformidade com o art. 22, I da Constituição da República de 1988, será competência privativa da União legislar sobre o direito civil e também sobre o direito penal, assim como outros ramos do Direito.

Como já mencionado em capítulos anteriores, a legislação que trata sobre o tema dos crimes contra a honra no Brasil são muitíssimo precárias, tendo em vista a sua já deterioração através dos anos. Com um Código Penal arcaico, de momento na história da humanidade que não haveria conhecimento sobre as tecnologias do presente, esta ainda é a principal fonte legislativa quando da proteção de crimes contra a honra no direito nacional.

Os crimes contra a honra descritos no Código da década de 1940 possuem lógica criminal para os crimes que ocorriam naqueles tempos, sendo que foram apenas adaptados para os crimes contra a honra que ocorrem nos dias atuais. É de destacar que os crimes contra a honra continuam os mesmos, protegendo o mesmo bem jurídico dos tempos passados, com as mesmas penas e com o mesmo rigor estatal. Entretanto, os meios para o cometimento de tais crimes foi modificado drasticamente, assim, é preciso averiguar se os elementos criminais mantem-se atualizados para os dias atuais.

A lei 12.735/12 foi a primeira lei no sentido de inovar no combate aos crimes cibernéticos. Embora tenha marco histórico, tendo em vista novos rumos na legislação nacional, a lei 12.735/12 pouco modificou o cenário criminal. A legislação em tela alterou o Código Penal, o Código Penal Militar e a lei 7.716/89, com o objetivo de “tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências”, (Brasil, 2012).

No embalo da lei 12.735, a lei 12.737/12 também foi aprovada no Congresso Nacional, e em seguida sancionada pela presidente. A 12.737/12 alterou significativamente os dispositivos legislativos penais do país.

Segundo Viana:

A lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 alterou o Código Penal brasileiro para acrescentar os artigos 154-A e 154-B, criando o tipo penal de “invasão de dispositivo informático”. Pequenas modificações também foram realizadas nos artigos 266 e 298, ambos do CPB, para tipificar a “interrupção ou perturbação de serviço informático, telemático ou de informação de utilidade pública” e a falsificação de cartões de debito e credito respectivamente. (VIANA, 2013, p. 93).

A lei 12.737/12 ficou conhecida nacionalmente como Lei Carolina Dieckmann, tendo em vista que a atriz foi vítima de ataque cibernético contra sua privacidade, expondo na Internet fotos nuas da atriz. Percebe-se que os criminosos cibernéticos atuam de forma torpe para com o próximo, expondo ao mundo a intimidade, parcela da privacidade mais pessoal.

Após o crime contra Carolina Dieckmann a sociedade promoveu amplo debate sobre as condutas cibernéticas que ocorriam e assim o Poder Legislativo viu-se obrigado a legislar sobre a questão.

A lei 12.737/12 inovou no cenário nacional tendo em vista ser direcionada especificamente para crimes ocorridos no meio cibernético, ou através deste. Até então apenas outras legislações já existentes serviam como base para garantir segurança jurídica aos cidadãos brasileiros.

Com advento da Lei Carolina Dieckmann alguns crimes foram tipificados no cenário jurídico criminal do Brasil:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput**.

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Art. 266

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

Falsificação de documento particular

Art. 298

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito. (grifo original) (Brasil, 2012).

Embora de grande valia a legislação em tela em momento algum citou os crimes contra a honra em seu texto. Ora, realmente os bens protegidos na legislação estão intimamente relacionados com os crimes contra a honra, tendo como intermediário, a privacidade das pessoas. Mas, para além disto, em momento algum a calúnia, a injúria ou a difamação são citados nestes novos dispositivos criminais.

Desde já critica-se o modo como a legislação foi alterada, isto é, por pressão da sociedade em um único campo específico, deixando o Congresso Nacional de realizar um trabalho mais amplo que englobasse crimes que já ocorriam contra a honra das pessoas.

Ainda que este trabalho tenha foco na seara criminal do Direito Brasileiro, é de suma importância citar a lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, tendo em vista que é uma lei densa, que preocupou-se em atualizar o sistema jurídico (legislações) brasileiro no contexto dos avanços tecnológico cibernéticos¹⁴.

Na visão de Sydow (2015), embora eminentemente cível, o Marco Civil da Internet foi de grande valia no cenário criminal, tendo em vista que tal lei delimitou responsabilidades e deveres concretos quando o assunto é meio cibernético. Como já mencionado exaustivamente, até então a legislação era uma mera adequação de legislações já ultrapassadas para o atual cenário. A lei 12.965/14 concretizou a internet como um direito difuso e universal, sendo o seu acesso um direito de todos. Conceitos básicos cibernéticos já utilizados pelos cidadãos brasileiros foram nesta nova legislação configurados e regulamentados. A lei essencialmente reúne diversos princípios básicos da nova seara do Direito, o ramo cibernético foi, após tal legislação, realmente introduzido no mundo jurídico.

Por fim cabe destacar que o Marco Civil da Internet fez menção em seu art. 10 sobre a proteção da honra:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de **dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.** (grifo nosso) (BRASIL, 2012).

Assim, é essencial mencionar que embora uma lei, de cunho inicialmente cível, a Lei 12.965/14 possibilita acrescentar contornos importantes no combate aos crimes contra a honra.

Necessário mencionar que recentemente no ano de 2019 foi aprovada a lei 13.964 que aperfeiçoou a legislação criminal brasileira. Conhecida como Lei Anticrime, derivada do pacote anticrime proposto pelo ex-ministro Sergio Fernando Moro a referida lei foi aprovada pelo Congresso Nacional com um dispositivo que aumentava a pena dos crimes contra a honra quando o crime fosse cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, entretanto houve veto presidencial.

Na mensagem de veto observou-se:

A propositura legislativa, ao promover o incremento da pena no triplo quando o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, notadamente se considerarmos a existência da legislação atual que já tutela suficientemente os interesses protegidos pelo Projeto, ao permitir o agravamento da pena em um terço na hipótese de qualquer dos crimes contra a honra ser cometido por meio que facilite a sua divulgação. Ademais a substituição da lavratura de termo circunstanciado nesses crimes, em razão da pena máxima ser superior a dois anos, pela necessária abertura de inquérito policial, ensejaria, por conseguinte, superlotação das delegacias, e, com isso, redução do tempo e da força de trabalho para se dedicar ao combate de crimes graves, tais como homicídio e latrocínio. (BRASIL, 2019).

Realmente a proporcionalidade da pena poderia ser um obstáculo, afinal legislava o triplo da pena, entretanto os motivos do veto presidencial não seguiram uma perspectiva unicamente jurídica, mas sim de cunho pessoal, já que não há erro jurídico quando a liberdade de expressão e a honra são consagrados como essenciais em um mesmo ordenamento jurídico, impossibilitou-se assim uma discussão aprofundada do tema, mesmo que em momento posterior.

4. HONRA VS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como já constatado a proteção da honra é consagrada constitucionalmente. Os constituintes de 1988 definiram no art. 5, “X” da Constituição da República que a honra era um direito fundamental aos cidadãos brasileiros. Concluiu-se também que a honra deve ser protegida pelo Direito Penal, ou seja, não é um direito qualquer, é algo de grande importância que o Estado deve intervir nas desavenças entre particulares com maior rigor.

Entretanto deve-se observar que o mesmo texto constitucional dispõe demasiadamente sobre as liberdades individuais, neste quesito incluído a liberdade de expressão. É neste cenário jurídico, de possível conturbação entre princípios, que se questiona no contexto atual, onde cada dia mais faz-se essencial a liberdade de expressão, se a honra poderia ser afastada.

Para Leal (2015) a observância de todos os direitos previstos constitucionalmente ou não podem ser observados (leia-se respeitados) quando um não induzir o outro à eliminação. No possível antagonismo em tela (liberdade de expressão e direito à honra) a autora acredita que os limites da liberdade de expressão somente são avistados quando confrontados os direitos inerentes a privacidade e personalidade.

Em artigo destinado ao tema central, isto é, a garantia da honra no meio cibernético, Leonardi demonstra que os ensinamentos de Robert Alexy sobre os conflitos entre regras e princípios podem ser essenciais neste contexto.

Leonardi, em referência aos estudos de Alexy, disserta:

[...] um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Assim, quando duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, o conflito é resolvido declarando-se uma delas inválida, no todo ou em parte, adotando-se um raciocínio “tudo ou nada”.

Os princípios, por sua vez, devem ser entendidos como mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, as quais garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*. Robert Alexy esclarece que, se dois

princípios colidem – tal como nas hipóteses em que um princípio permite, e o outro princípio proíbe, que algo seja feito – **um dos princípios terá que ceder, total ou parcialmente.**

No entanto, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido nem que nele devesse ser introduzida uma cláusula de exceção; o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições, sendo importante compreender que, sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (grifo nosso) (LEONARDI, 2011, p.103,104).

Em resumo ao pensamento de Alexy entende-se que: as regras são extremas, isto é, havendo conflito entre as regras, uma destas será declarada inválida com relação ao ordenamento jurídico em questão. As regras não aceitam limitações parciais, elas seguem a lógica de ser ou não ser, sendo uma regra validada ao caso concreto, a outra que não se aplica, ou melhor, que seja antagonista ao que disciplina a outra será invalidada no todo, e não apenas para aquele caso em concreto.

O pensamento apresentado na obra de Ommati, sugere que apenas no caso concreto é que será possível observar qual princípio irá prevalecer, assim faz referência ao pensamento do ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello. Segundo Ommati: “não se deve fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral.” (OMMATI, 2012, p. 33), apenas no caso concreto é que será possível observar qual prevalecerá. Tal afirmação pode encaixar-se na dúvida em tela, entre liberdade de expressão e direito à honra.

Concluindo o pensamento, Ommati (2012) descreve que a liberdade de expressão ou qualquer outro direito garantido no ordenamento jurídico brasileiro não poderá ser limitado por outro direito ou princípio, mas, entende que todos os direitos são válidos em uma mesma ação, ou em um mesmo fato, tendo em vista observar o Direito na ideia de integridade.

Ommati ainda assevera:

O que não se pode proibir é todo e qualquer discurso previamente. É isso, inclusive, o que estabelece a nossa Constituição ao proibir a censura prévia. Mas, uma vez tendo sido proferido um discurso, é possível que se alguém se sentiu atingido pelo mesmo possa questionar publicamente a correção do proferimento em nome do igual respeito e consideração devido tanto pelo Estado aos seus cidadãos quanto aos cidadãos entre si. (OMMATI, 2012, p. 147).

Os princípios em sentido diametralmente oposto ao preconizado sobre as regras, possibilita a convivência mútua no mesmo ordenamento jurídico, mesmo que em um determinado caso concreto não seja possível aplicar ambos. Se em determinada ocorrência fática um princípio não puder ser utilizado em decorrência da utilização de outro princípio, o

princípio inicial que foi excluído não será invalidado por completo, podendo inclusive em outro evento prevalecer sobre o outro princípio.

A tática de ponderar princípios constitucionais proposta por Robert Alexy, não é algo inovador no direito brasileiro, na verdade o Supremo Tribunal Federal já assim decidiu diversas vezes, em exemplificação de caso concreto que guarda maior similaridade com este trabalho, cola-se a devida ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: **APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA O AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.**

[...]

Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. (grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Relatora Min. Cármen Lúcia. 10 de junho 2015).

Percebe-se que o direito brasileiro possibilita a ponderação de princípios constitucionais. Conforme a análise deste trabalho, tanto o direito à honra como o direito de liberdade de expressão, são primordiais, logo seria impossível que no ordenamento jurídico brasileiro houvesse a exclusão de um destes.

4. CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 protegeu os direitos à privacidade em seu art. 5º, ou seja, proteção máxima aos direitos como intimidade, vida privada, imagem e a honra. A preocupação do legislador constituinte em proteger todos os direitos possíveis com o texto constitucional foi em decorrência de ser a Constituição promulgada após anos de regime militar, onde alguns direitos foram cerceados.

A honra mereceu atenção especial no ordenamento jurídico pátrio, e, embora os crimes contra a honra sejam criminalmente previstos pela legislação brasileira desde a década de 1940, os crimes hoje realizados através do mundo cibernético não são previstos legalmente, assim os direitos dos cidadãos não são salvaguardados.

Com as inovações cibernéticas constantes, a Internet possibilitou bilhões de pessoas terem acesso aos mais variados dados. Uma invenção criada com destinação claramente militar, transformou-se de algo extremamente caro, para algo de preço popular, alcançando assim maior número de pessoas e o mais os variados grupos.

Os criminosos cibernéticos atacam a honra das pessoas aproveitando-se de uma legislação precária e arcaica no sentido tecnológico. Embora na última década o legislador brasileiro tenha criado novas leis, como é o caso das leis nº 12.735/12; 12.737 e 12.965/14, o avanço ainda foi inferior ao esperado. Ainda mais preocupante quando importantes avanços legislativos são aprovados mas vetados pelo Poder Executivo, como ocorreu no ano de 2019.

As redes sociais, ou mídias sociais são destaques em dois importantes temas deste trabalho: o primeiro a possibilidade de que os crimes cibernéticos contra a honra possam ser cometidos com um simples toque em um smartphone que cabe na palma da mão; o segundo a discussão sobre até onde o pensamento explanado nas redes podem fazer parte da liberdade de expressão, e quando tornam-se crimes contra a honra das pessoas.

Finda-se este artigo lembrando que as inovações tecnológicas não são ruins, na verdade o seu uso é que pode ser feito de modo criminoso, logo, não deve-se criminalizar o avanço, mas punir correta, coerente e sobretudo, constitucionalmente os criminosos cibernéticos. O mundo cibernético já é uma realidade e com o passar dos anos e décadas, este mundo tende a expandir mais e mais seus horizontes, o Estado brasileiro e seus cidadãos devem estar prontos para as novas fases desta revolução que não para de inovar.

REFERÊNCIAS

BRASIL é o segundo país no mundo com maior número de crimes cibernéticos. **UOL** [online]. São Paulo, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/02/15/brasil-e-o-segundo-pais-no-mundo-com-maior-numero-de-crimes-ciberneticos.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. **Código Penal** 1940. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Mensagem de veto nº 726 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>.

Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 Distrito Federal. Relatora Min. Cármen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**. 10 de junho 2015.

Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal volume 2, parte especial**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8^a. ed. rev., ampl. e atual. Salvador/BA: JusPODIVM, 2016.

D'URSO. Luiz Augusto Filizzola. Cibercrime: Perigo na internet! **Migalhas**. 2016.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246585,101048-Cibercrime+Perigo+na+internet>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

JESUS; Damásio de. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo : Saraiva, 2016.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Crimes contra os direitos da personalidade na Internet: violações e reparações de direitos fundamentais nas redes sociais**. Curitiba: Juruá, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17ª ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SALIM; Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal parte especial**. 6ª ed. Salvador/BA: JusPODIVM, 2017.

SYDOW; Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANA; Túlio. **Crimes Informáticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA; Waleska Duque Estrada. A Privacidade no Ambiente Cibernético: Direito Fundamental do Usuário. **Revista da Esmesc**. v. 24, n. 30, p. 197-217. 2017.

O JUÍZ HÉRCULES E OS CASOS DIFÍCEIS DO STF
JUDGE HERCULES AND THE HARD CASES OF THE SUPREME COURT

Laura Siqueira Coutinho⁶³

⁶³ Graduada em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduanda em Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

RESUMO

O presente artigo se debruçou sobre a teoria hermenêutica de Ronald Dworkin, fazendo uma abordagem não somente bibliográfica, mas também analítica. O foco principal da investigação é apresentar a teoria Dworkiniana como o horizonte teórico a partir do qual se investigará pragmaticamente casos difíceis no Supremo Tribunal Federal. Através da figura do Juiz Hércules, propõe-se, ao menos, uma alternativa de superação do positivismo, buscando entender se os juízes, ao desempenhar a tarefa árdua de encontrar o direito das partes, olharam com transparência e senso de realidade e responsabilidade para os efeitos e consequências de suas decisões, fundamentando suas sentenças não apenas em regras e códigos, mas também em princípios como o da integridade.

Palavras-chave: Integridade; Ronald Dworkin; Juiz Hércules; Casos Difíceis; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present article focused on Ronald Dworkin's theory of legal hermeneutics, taking a not only a bibliographical approach but also an analytical one. The main focus is to present Dworkin's theory as the theoretical background from which we will pragmatically investigate hard cases in Federal Supreme Court in Brazil. Through the figure of Judge Hercules we propose, at least, an alternative of overcoming legal positivism and seeking to understand whether judges, in carrying out the arduous task of finding the parties' right, have looked with transparency and sense of reality and responsibility to the effects and consequences of their decisions, basing their verdicts not only in rules and codes, but also in principles such as integrity.

Keywords: Integrity; Ronald Dworkin; Judge Hercules; Hard Cases; Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

As diretrizes de organização e o funcionamento de um Estado, bem como a posição do indivíduo na sociedade, dependem de conclusões fundamentais sustentadas pelo Direito, entretanto existem casos difíceis, os chamados “*hard cases*”, em que a legislação não abarca situações a serem resolvidas pelos juízes. Nesse contexto surge a figura fictícia criada por

⁶⁴ Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, doutoranda em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professora na FDSM.

Ronald Dworkin, o Juiz Hércules, que é capaz de discernir quais são os direitos das partes sempre que necessário, mesmo que nenhuma regra regule os fatos a serem resolvidos.

O presente artigo busca analisar casos difíceis do Supremo Tribunal Federal sob a luz da teoria de Dworkin e através da figura do Juiz Hércules e assim, entender se os presentes juízes criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando com transparência e senso de realidade para as consequências e efeitos colaterais de suas sentenças.

O recorte da pesquisa é o Habeas Corpus número 84078, passando pelo Habeas Corpus de número 126292 até o Habeas Corpus 152752 de uma forma analítico dedutiva sob o ponto de vista do direito como integridade de Dworkin.

Dworkin é um dos mais importantes teóricos do direito da atualidade, seu pensamento é objeto de diversos estudos no Brasil, entretanto é analisado frequentemente pelo viés exclusivamente teórico. O presente artigo avança as barreiras do conhecimento científico, pois analisa pragmaticamente alguns julgados do STF que poderiam ser enquadrados como casos difíceis e avança, propondo ao menos uma alternativa de superação do positivismo.

Debates sobre a discricionariedade e liberdade dos juízes em suas decisões são recorrentes na teoria do direito. Neste contexto Ronald Dworkin ficou famoso ao criticar o modelo Positivista na década de 70. No início do quarto capítulo de “Levando os Direitos a Sério” uma das suas principais e inovadoras obras, Dworkin alega que o positivismo jurídico apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis.

Deparando-se com um caso difícil o juiz positivista criava novos direitos e aplicava-os retroativamente ao caso objeto de sua decisão, portanto tal liberdade refletiria na criação de direitos que até o momento eram inexistentes. Assim afirmava Dworkin ao salientar que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra”⁶⁵.

Para ele, além do uso das regras, os princípios são essenciais para resolver casos obscuros, pois permitem desvelar o que até então se encontrava oculto, podendo assim resolver a situação desafiadora da racionalidade jurídica. Tomar como base o pensamento de Dworkin e em sua teoria procurar respostas e mecanismos para a resolução de conflitos difíceis pode se

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127

apresentar como uma possível maneira de melhorar e aprimorar as decisões dos magistrados, através de uma harmonia na observância de regras preexistentes e princípios como o da integridade. Quebrando paradigmas do positivismo jurídico construindo marcos teóricos para o pensamento contemporâneo.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS DE DWORKIN NA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

2.1 Crítica ao Positivismo

As obras de Dworkin apresentam uma dura crítica ao positivismo metodológico proposto por Herbert Hart em especial sobre o conceito de poder discricionário e suas repercussões para a interpretação jurídica e aplicação do direito.

A construção de uma teoria da interpretação feita por Dworkin tem como ponto de partida a crítica à metodologia tradicional utilizada pelos juízes diante de uma possibilidade de decisão discricionária, questões de divergência interpretativa ou ainda diante de caso difícil em que há falta de regra clara que regulamente a matéria os fazendo decidir de qualquer maneira e de maneira errada.

Antinormativista e antipositivista o autor combate o positivismo atribuindo como base do seu pensamento os princípios supra jurídicos, pois para ele é necessário a observação de padrões normativos obrigatórios nas decisões, os princípios.

Diante de um hard case, onde um caso judicial não possui uma regra clara de direito estabelecida anteriormente o juiz positivista ao decidir em um sentido ou outro cria uma norma e a aplica retroativamente. Ao aceitar tal postura discricionária da Teoria Positivista dá ao juiz uma função que não é a sua, a função de legislar.

A criatividade judicial é fortemente criticada por Dworkin, para o autor uma vez que o juiz promulga normas legais, ele fere a democracia, pois há a violação do princípio da separação dos poderes, o juiz não é um legislador e tão pouco deve ser um legislador suplente e fere também o liberalismo, pois aplica retroativamente ao caso normas de criação posterior.

Dworkin considera essa forma de decidir arbitrária e inadequada, propondo uma melhor forma de solucionar os casos difíceis, ele acredita que não cabe ao juiz criar uma norma *ad hoc*, mas sim descobrir quais os direitos das partes naquele caso, buscando em um conjunto de princípios coerente, na estrutura política e na doutrina jurídica da comunidade a melhor interpretação ao caso concreto, aceitando assim o ideal interpretativo da integridade.

Argumentos de princípio devem formar a prática judicial com o objetivo de estabelecer um direito individual, justificando determinada decisão, enquanto a prática legislativa é embasada em argumentos políticos em metas ou melhorias a serem alcançadas, que buscam estabelecer fins coletivos. Princípios são proposições que descrevem direitos e políticas descrevem fins, ou seja, objetivos coletivos.

O filósofo acredita que a falência do modelo positivista se dá da aplicação exclusiva das regras, pois para a decisão de um caso concreto é indispensável à integração das normas aplicáveis aos princípios, uma vez que estes além de pertencerem ao sistema legal são ainda seus embaixadores.

Dworkin ao indicar as falhas do positivismo desenvolve uma concepção especial do direito que supera o normativismo jurídico excessivo e a limitação do direito a lei, em que o juiz utilizando-se do recurso aos princípios coerentes ao sistema normativo indica uma resposta correta e mais iluminada aos conflitos, desautorizando, portanto, a discricionariedade.

2.1 O Direito como integridade

As manifestações jurídicas são opiniões interpretativas no direito como integridade, por esse motivo combinam elementos voltados ao passado e ao futuro, neste viés a prática jurídica contemporânea é interpretada como uma política de processo em desenvolvimento.

Os juízes são instruídos pelo princípio jurídico da Integridade a identificar os deveres legais e direitos, partindo do pressuposto de que estes foram criados em coerência com a equidade e a justiça pela comunidade personificada.

A melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade só é considerada verdadeira segundo o direito como integridade se é derivada de princípios como o da justiça, da equidade e do devido processo legal, ou seja, a partir do momento em que a comunidade aceitou um princípio e este foi utilizado na decisão de um caso é considerado que a prática jurídica está sob a sua melhor luz.

O direito como integridade pede que os juízes ao decidirem casos difíceis não apenas interpretem o direito, mas que continuem o interpretando mesmo que acreditem ter o impetrado com sucesso da primeira vez, pois a integridade além de ser produto de interpretação, utiliza da prática jurídica como fonte de inspiração.

A coerência do princípio da integridade não é exigida em todo percurso histórico a ser transcorrido no direito de uma comunidade, portanto não é exigido que os juízes entendam

princípios aplicados em leis já em desuso ou utilizados no direito de uma geração anterior, deste modo o direito como integridade só se volta ao passado à medida que o presente assim o determina, começando assim pela contemporaneidade. Não pretendendo recuperar no direito da atualidade os objetivos e ideais políticos de quem os criou e sim justificar o que eles disseram, ensejando a prática em princípios dignos de oferecer um futuro honrado.

Um juiz ao declarar que determinado princípio está intrínseco a um direito e que este se ajusta a uma prática jurídica complexa demonstra a coerência do princípio da integridade, consistindo uma interpretação imaginativa cuja estrutura está na intenção de entender o propósito do texto legal, as tradições e dados examinados.

A decisão do juiz sobre o que é o direito em uma questão judicial pode ser comparada como a de um crítico literário que demonstra as várias dimensões de valor de uma obra literária, pois assim como na literatura suas críticas contribuem com o trabalho dos autores.

Diferentes aspectos de um mesmo processo remetem a questão de que os juízes são considerados autores e críticos, assim para criar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito Dworkin criou um gênero literário artificial denominado *chain novel*.

2.2 Literatura e Direito através da *chain novel*

Dworkin faz parte dos autores que aproximam o direito da literatura por meio da *chain novel*, é associado, portanto ao movimento do *Law and Literature*, pois visa utilizar-se da interpretação literária como modelo para a interpretação jurídica.

Segundo seu pensamento essa aproximação é possível porque tanto o direito como a literatura tem a palavra como matéria prima, e assim como o jurista, o leitor tem como missões interpretar textos, ambos os meios além de lidar com as relações humanas são reflexos culturais e da vida em sociedade, bem como de seus valores morais, desempenhando papéis de práticas e espelhos sociais.

O autor utiliza a expressão “*Law is a interpretative concept*”, como forma de aprimorar o entendimento do direito e do que é a interpretação, propondo uma aproximação entre a interpretação legal e a interpretação literária.

Para ele as propostas legais não são meramente descritivas como no positivismo jurídico que se limita a descrever os fatos codificados, mas sim como proposições interpretativas que combinam elementos de descrição e avaliação. Assim, a interpretação não tem o objetivo de

descobrir a intenção do autor e sim de tornar o objeto interpretado no melhor que ele possa ser (*the best it can be*).

E é neste ponto que há o elo entre o Direito e a Literatura em que o autor vai buscar na comparação de hipóteses estéticas (*aesthetic hypothesis*) de interpretação da literatura para comparar a intenção do autor rejeitada e defender que a interpretação deve ser o melhor que ela possa ser. Utilizando-se da *aesthetic hypothesis*, quando se interpreta a obra a tendência é analisá-la de forma que a torne melhor.

A aproximação das duas metodologias é retratada através da *chain novel*, onde um coletivo de romancistas como o intuito de desenvolver um romance em cadeia de forma coerente inicia o seu trabalho onde o romancista anterior acabou. Essa comparação é feita por Dworkin na obra “Uma Questão de Princípios” e mais tarde em “Império do Direito”.

Descrevendo o romance em cadeia como um grupo de romancistas empenhado em um projeto em particular e que tem muito que determinar no projeto final. O primeiro membro escreve o capítulo de abertura do romance que é enviado ao próximo membro, que adicionará um novo capítulo, tendo o conhecimento que o capítulo escrito é adicionado a este romance, então, enviará dois capítulos ao próximo membro e assim por diante. Portanto, cada romancista, exceto o primeiro tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, porque cada um deve ler tudo o que foi feito antes, a fim de estabelecer um sentido interpretativo e, por conseguinte criar o romance.

Os autores são ao mesmo tempo criadores e interpretes do texto, estabelecendo uma relação entre interpretação e integração, pois antes de adicionar o próprio capítulo à cadeia os autores devem interpretar o que foi escrito pelos autores anteriores, sem que haja um obstáculo entre o momento em que ele escreve o capítulo ao interpretar os capítulos anteriores.

Dworkin sustenta a ideia que o grau de vinculação de um autor/intérprete aumenta conforme se origina uma progressão em cadeia, portanto o juiz que toma a última decisão está mais vinculado aos precedentes anteriores do que aqueles que tomaram as decisões iniciais.

É o intérprete que verifica se sua decisão está de acordo com o texto e se este é viável em questões estéticas. Para Dworkin a interpretação feita pelo novelista deve ser não intencionalista, ou seja, a sua opinião deverá ser embasada pelo que foi feito pelo coletivo.

Os novelistas ao trabalharem na construção da cadeia do texto devem escrever com o objetivo de criação de um único romance, coerente e coeso como se escrito por um autor somente e não como uma coletânea de contos com os mesmos personagens.

Com isto, Dworkin pretende destacar duas ideias importantes que se interligam: a primeira é de que o juiz possui uma função dupla que é de autor e intérprete, pois deve interpretar o que foi feito no passado para dar seguimento à cadeia do direito; e a segunda é que a consciência do juiz ao decidir um caso concreto é pensar em algo maior cujo seu papel é continuar, pois ao interpretar um caso ele acrescentará algo que já havia sido escrito, ou seja, quando um juiz interpretar o romance em cadeia, dele já fará parte a sua decisão.

A interpretação das decisões precedentes deve ser aquela que torne ou justifique aquela prática legal como a melhor possível, adaptando-se a fatos anteriores. A análise utilizada pelo interprete/autor para verificar se uma teoria possui a melhor justificação deve ser construída e examinada em duas dimensões:

- a) Dimensão de adequação: nesta dimensão o intérprete deverá buscar entre as interpretações aquela que a melhor se adegue e fluía sobre todo o texto, mostrando a melhor explicação geral e estrutural do romance. A decisão deve enquadrar-se na prática interpretada. *Compatibilidade por não contradição*,⁶⁶
- b) Dimensão de justificação: Caso mais de uma interpretação seja adequada e se ajuste com o conjunto textual o autor deverá segundo a dimensão de justificação, julgar qual das leituras possíveis possui uma melhor explicação política e moral. Busca nos princípios transpositivos de uma determinada sociedade onde se encontram as tradições políticas, a história e o mundo vivido da comunidade qual a decisão é a mais coerente e ligada à moralidade política do local. *Coerência no sentido jurídico*.⁶⁷

Para o autor uma interpretação deverá satisfazer as duas dimensões para ser considerada plausível a prática legal, portanto deverá enquadrar-se na prática interpretada e mostrar o seu valor moral e político. A base para conferir sentido aos julgamentos, assim como os padrões da interpretação são resultados da interação entre as dimensões de adequação e justificação.

A construção de Dworkin é um modo de impedir a arbitrariedade dos julgadores, pois o juiz decide utilizando-se de princípios de justiça, história doutrinal e objetivos sociais e não valores morais e jurídicos pessoais, tornando assim, o direito um todo coerente e comprometido com a interpretação.

2.3. Juiz Hércules

Hércules é um modelo imaginário e idealizado de juiz com capacidades excepcionais e obstinação e paciência sobre-humanas que aceita o direito como integridade. A denominação

⁶⁶ NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Revista de Legislação e Jurisprudência. p. 38.

⁶⁷ Ibidem. p. 38.

da figura, feita por Dworkin mostra a complexidade que um juiz comum terá de atingir o modelo exposto.

As respostas desse juiz metódico e criterioso as questões jurídicas que lhe ocorrem não definem uma concepção geral do direito e do direito como integridade, são as respostas que no momento lhe parecem ser as melhores.

O Juiz Hércules inicialmente ao decidir um caso seleciona várias possibilidades de hipóteses que possam refletir na melhor interpretação possível os casos precedentes, antes mesmo de ter os lido, esta é chamada de etapa pré-interpretativa. Tais hipóteses são afirmações de concretude relativa do direito e formam uma lista parcial de interpretações que podem ser complexas e até mesmo se contradizerem, cujos princípios intrínsecos já foram discutidos na literatura jurídica.

Após apurar estas hipóteses, ele analisará e verificará o que fizeram os juízes em casos anteriores semelhantes que os mostre agindo da maneira que ele aprova. Verificando se na interpretação de casos anteriores os juízes ajustaram suas decisões aplicando princípios implícitos a cada veredicto. É mister a percepção do juiz que o direito se estrutura por um conjunto de princípios como o da justiça e do devido processo legal, devendo aplica-los aos casos novos que lhe forem apresentados, de forma que o caso de cada indivíduo tenha uma solução equânime, observando os princípios, propósitos e objetivos políticos de diferentes ocasiões de forma igual.

A interpretação que Hércules tem como alvo é a mais iluminada possível, por isso ele leva em conta decisões tomadas por autoridades subjacentes e o modo em que elas foram realizadas. Dworkin salienta que tal procedimento difere a posição do legislador e a do juiz e, portanto, deve tomar suas decisões com base unicamente em princípios.

Finalmente, confrontará as interpretações com as decisões judiciais que o precederam, interrogando se sua compreensão faz parte de uma hipótese coerente que possa ensejar uma série de decisões que sejam compatíveis com a prática judiciária de uma comunidade.

Neste viés, Hércules cria um esquema de princípios concretos e abstratos que configuram uma justificativa de embasamento coesa aplicável a todos os precedentes e disposições legislativas e constitucionais.

Para atingir esse objetivo Hércules organiza uma ordem vertical e uma horizontal. A vertical se representa por diferentes níveis de autoridade, estabelecendo o esclarecimento do princípio de cada um desses níveis, desta forma a justificação da camada superior é coerente

com a da camada inferior. Na ordem horizontal os princípios que ensejam a decisão de uma camada são coerentes com as justificativas dadas por outras decisões nesse mesmo nível.

Portanto, Hércules tem a função de argumentar sobre a o que o legislador fez em determinada ocasião e não de completar o texto legal. A interpretação de um enunciado legal é diferente da interpretação de enunciados judiciais, a primeira interpretação corresponde à linguagem utilizada de determinados argumentos de princípio e política que fornecem uma melhor justificação do texto legal, enquanto a segunda faz corresponder à linguagem utilizada argumentos de princípio. A influência de Hércules sobre casos por qualquer força textual reside na equidade conferida a casos semelhantes para a prática precedente.

2.4. Hard Cases

De acordo com a teoria tradicional de interpretação positivista diante de um caso *sub judice*, em que o problema não pode ser resolvido nem mesmo com a ampliação ou reinterpretção de regras já existentes, o juiz possui o poder de legislar, ou seja, promulgar leis e aplicá-la de forma retroativa.⁶⁸

Casos difíceis ou chamados (*hard cases*) são situações jurídicas que não possuem uma regra clara estabelecida anteriormente que seja abarcada pelo direito. Para Dworkin o Positivismo apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis, pois o juiz teria o poder discricionário de decidir de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito de ganhar a causa através de um direito preexistente, dessa forma o juiz estaria criando novos direitos “*new legal rights*” e aplicando-os retroativamente ao caso objeto da questão litigiosa.

Em sua argumentação Pós-Positivista Dworkin desenvolve uma resposta que segundo ele é a melhor para os hard cases, sem pressupor uma sistematização procedimental que demonstre a resposta aos casos sob análise defendendo que mesmo diante de casos difíceis uma das partes tem o direito de vencer a causa e o juiz tem o dever de descobrir quais são esses direitos sem criá-los e aplicá-los retroativamente. Ficando claro que os juízes e juristas deverão enfrentar essas questões, mas irão divertir frequentemente quanto ao entendimento delas, assim como os homens de Estado divergem quanto aos direitos políticos. Os direitos jurídicos devem ser enfrentados.⁶⁹

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 128-129.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 127-128.

Nesse viés os princípios do direito possuem caráter essencial para que o magistrado orientado pela hermenêutica resolva casos difíceis e dessa forma, encontre um direito preexistente que forneça uma resposta concreta a sua sentença, resolvendo assim os casos obscuros e revelando o que até então se encontrava encoberto.

Encontrar o direito das partes sempre que necessário é característica principal do Juiz Hércules, diante disso analise de casos difíceis do Supremo Tribunal Federal sob a luz da teoria de Dworkin, busca entender como os ministros se comportaram diante dos hard cases: se criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando de forma corajosa e real aos efeitos práticos de suas sentenças.

3. O JUÍZ HÉRCULES E OS CASOS DIFÍCEIS DO STF

A presente análise se debruça sob casos difíceis do Supremo Tribunal Federal referentes à possibilidade da execução da pena ser cumprida após a condenação de segunda instância, casos estes, sob a luz da teoria de Dworkin e através da figura do Juiz Hércules. Buscando entender se os presentes juízes criaram novos direitos e os aplicaram retroativamente ou buscaram através de um trabalho hercúleo e originado a partir da história corrente aplicar em suas decisões o princípio da integridade, olhando com transparência e senso de realidade para as consequências e efeitos colaterais de suas sentenças, aproximando assim suas decisões ao crivo feito por Hércules.

Para Dworkin é possível a aproximação do Direito com a Literatura, pois ambos têm a palavra como matéria prima, além de lidarem com as relações humanas e reflexos culturais e sociais, bem como de seus valores morais, desempenhando papéis de práticas e espelhos sociais através do romance em cadeia (*chain novel*). Partindo desse pressuposto o artigo fez um paralelo entre um caso difícil do STF e o romance em cadeia. Elegeu-se como o primeiro capítulo do romance o Habeas Corpus de número 84.078⁷⁰ passando pelo de número 126.292⁷¹

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Minas Gerais, 05 fev. 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> > Acesso em 27 set. 2018.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 17 fev. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > Acesso em 27 set. 2018.

e como último o capítulo até então o Habeas Corpus 152.752⁷², não significa que este será o fim do romance, mas sim o entendimento mais atual dos magistrados sobre a situação jurídica.

Tanto autores como juristas têm a missão de interpretar textos, nesse viés os juízes estão para os autores, assim como a construção do romance está para a análise dos casos eleitos para a pesquisa. Os votos dos juízes sob análise através da figura do Juiz Hércules foram: Celso de Mello, Rosa Weber e Edson Fachin em seus votos no último capítulo referente ao Habeas Corpus nº 152.752. A escolha dos casos como a escolha dos juízes foi realizada com base nos votos disponíveis no site do STF bem como sua grande repercussão. O critério de escolha dos juízes sob análise foi que o ministro Celso de Mello esteve presente no julgamento dos três Habeas Corpus em análise, a ministra Rosa Weber nos dois últimos e o ministro Edson Fachin somente no último.

3.1. Explicação e cronologia dos casos

Há questionamento recorrente sobre o Art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Diante de tamanha discussão sobre a interpretação do artigo e a dificuldade de resolvê-lo diante de um caso novo - em que a regra se configura insuficiente - pode-se concluir que a celeuma configura-se como um caso difícil, pois é necessária a reinterpretação de regras já existentes, portanto a atuação e os procedimentos utilizados pelos magistrados do STF devem ser fomentadas pelos princípios para que estes atinjam o modelo proposto por Hércules.

Em 05 de Fevereiro de 2009 diante do Habeas Corpus (HC) 84.078 e após diversos debates sobre o tema o Supremo decidiu que o condenado em segunda instância teria o direito de recorrer em liberdade, ressalvando a possibilidade de prisão preventiva, prevaleceu o entendimento de que a prisão do paciente contrariava o Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, apesar do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) ao qual o Brasil faz parte não assegurar o direito de recorrer em liberdade de forma irrestrita até a última instância. Pela concessão do HC votaram os ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Marco

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n. 152.752. Paciente: Luiz Inacio Lula Da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. São Paulo. 09 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em 27 set. 2018.

Aurélio, sendo vencidos os ministros que o negaram Ellen Gracie, Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Em 17 de Fevereiro de 2016 analisando do Habeas Corpus (HC) 126.292 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos entendeu que após a confirmação de sentença em segundo grau a execução de pena condenatória não fere o princípio da presunção da inocência presente no respectivo artigo. Indicando mudança no entendimento da corte e ruptura com a tese anterior do julgamento do HC 84.078 em 2009. Salientando que depois do segundo grau de jurisdição a execução da condenação não ficará suspensa aguardando o julgamento dado pela corte Suprema. Pela denegatória votaram os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Edson Fachin, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber e Marco Aurélio que votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal e concessão do Habeas Corpus.

Em 05 de Abril de 2018 o plenário do Supremo negou o Habeas Corpus (HC) 152.752 por meio do qual a defesa do paciente pleiteava impedir a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo (TRF-4) Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A maioria dos ministros entendeu pela falta de teratologia e ausência de anormalidade na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que seguiu a atual jurisprudência do STF permitindo a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Votaram pela manutenção da jurisprudência os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber e pela concessão do HC votaram os ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes.

3.2. O voto do Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello há quase 29 anos tem julgado sanções penais e defendendo que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória poderá haver a execução da pena. O decano do STF esteve presente e votou neste sentido em todos os Habeas Corpus elencados como formadores da analogia ao romance em cadeia.

No HC 84.078 em 2009 argumentou que decisão contrária a essa não seria juridicamente viável no sistema normativo brasileiro, admitindo que a possibilidade da prisão cautelar processual desde que fundamentada em uma das quatro hipóteses do Art. 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução

criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Tanto em 2016 como em 2018, Celso de Mello manteve o seu voto, sendo vencido pela maioria.

No HC 125.752 afirmou que seu julgamento discute a presunção da inocência que é garantia fundamental da Constituição Federal e que ninguém pode ser presumido culpado sem o trânsito em julgado. Para o ministro a limitação temporal do princípio da presunção da inocência encontra-se no trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando que tal princípio não possui caráter absoluto, pois está sujeito a um limite constitucional de investigação, processamento e julgamento do Estado.

Evidencia-se que Celso de Mello tratou da mesma forma todos os casos referentes ao esse tema, votando a favor do Habeas Corpus mesmo quando seu voto indicou minoria no Plenário. O modelo de julgamento de Hércules não completa o que o legislador disse e sim constrói a sua argumentação e suas teorias o sobre o que o legislador fez nessa ocasião.

O ministro votou pelo entendimento de que a execução provisória da pena em acórdão proferido em segunda instância compromete o princípio da presunção de inocência. Neste caso supõe-se que o voto do ministro seria aceito pelo crivo de Hércules, pois ao impor limites e responsabilidades aos legisladores com o dever de observar os fins coletivos e bem estar comum, oferece a Hércules um teste na resolução de casos difíceis, pois não se trata de elaborar uma hipótese sobre os criadores da norma, mas sim se a norma em questão é juridicamente adequada ao caso concreto. Como o que está em causa é uma lei Hércules poderia considerar tantos argumentos de política como argumentos de princípio, pois nesse viés há argumentos válidos para cada uma das interpretações em concurso.

3.3. O voto da Ministra Rosa Weber

Ronald Dworkin foi citado pela ministra Rosa Weber em dois momentos, justificando seu voto no Habeas Corpus 152.752 em nome da integridade e da coerência delineou suas premissas teóricas invocando ao final o princípio da colegialidade.

A ministra alegou que a integridade do Direito é entendida como consistência das decisões jurídicas em particular e do Direito em geral, não justificando, portanto, a reprodução cega de precedentes jurídicos. Citando ainda a lição de Dworkin em “O Império do Direito”.

medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁷³

A ministra considerou equivocada a compreensão dos precedentes de modo rígido e mecânico, não se impondo com um estatuto ou lei. Nesse viés ela orientou seu juízo com o pensamento de Dworkin, enfatizando que o julgador não pode jamais desistir de buscar a resposta na integridade do Direito (*the right answer thesis*).

Destacou ainda como último ponto de seu voto a compreensão de que o Plenário é o local adequado para revisar temas de forma legítima não se apoiando a preferências pessoais do magistrado, mas sim na melhor interpretação do direito ainda que alteradas algumas jurisprudências e revisitados temas, tal como ocorreu no julgamento dos Habeas Corpus 84.078 em 2009 e no Habeas Corpus 126.292, lembrando ainda que neste último votou pela corrente minoritária.

Por fim pontuou que a interpretação da lei deve levar em conta a Constituição, as leis e ainda as práticas institucionais, as tradições jurídicas e os valores de uma sociedade. Nesse sentido citou novamente Dworkin:

[...] embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.⁷⁴

A ministra votou pelo entendimento de que a execução provisória da pena em acórdão proferido na segunda instância no último HC em análise não compromete a presunção de inocência, mesmo tendo votado de forma diferente anteriormente. O direito como integridade pede que os juízes ao decidirem casos difíceis não apenas interpretem o direito, mas que continuem o interpretando mesmo que acreditem ter o impetrado com sucesso da primeira vez. Há indícios no voto da ministra de ruptura do entendimento anterior e ainda da história institucional justificados pela utilização de princípios. Hércules nesses casos deve ser capaz de apresentar muitos bons argumentos de princípio para romper com a história institucional. Rosa Weber utilizou de princípios para decidir o seu voto.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 405.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 202.

Neste caso supõe-se que a ministra teria seu veredito aceito por Hércules, pois para descobrir a força de um precedente Hércules utiliza suas técnicas de interpretação para decidir se a composição de palavras da regra configura ou não um caso novo. Nesses casos ainda que a regra possua força textual, Hércules poderá entender que a sua influência não é limitada por qualquer força textual e sim na equidade de tratamento conferido a casos semelhantes.

Pode-se destacar que casos semelhantes já estavam sendo tratados da mesma forma pelos tribunais de segunda instância, por súmula dos próprios tribunais, de que execução de pena condenatória não fere o princípio da presunção da inocência do Art. 5º, inciso LVII, uma vez que nas últimas instâncias recursais se analisa apenas matéria de direito e não provas e fatos que fomentaram a condenação.

3.4. O voto do Ministro Edson Fachin

Edson Fachin não verificou teratologia, ilegalidade ou abusividade no caso e votou pela denegatória do Habeas Corpus que buscava garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, ressaltando que ainda não houve revisão da jurisprudência em controle concentrado, portanto ainda não há estabilidade a respeito do entendimento dos tribunais. Para ele não há que se falar em ilegalidade na decisão do Superior Tribunal de Justiça STJ, pois só haverá estabilidade de entendimento da matéria após o julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44⁷⁵.

O ministro evidenciou ainda que não há que se argumentar que decisões recentes do STF sobre a matéria teriam força vinculante sobre o TRF-4, pois este se baseou em súmula própria⁷⁶.

Salientou ainda que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais devido à morosidade judicial nas decisões e soluções de casos criminais decorrentes de violação a direitos humanos e ainda criticado devido à duração excessiva nas investigações, levando o Brasil a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em algumas situações por deficiência de proteção a vítimas criminais.

Para Hércules a melhor interpretação possível deve levar em conta as decisões tomadas por autoridades subjacentes que os mostre agindo da maneira em que ele aprova e verificar se nos casos anteriores os juízes aplicaram princípios implícitos a cada decisão como o da justiça,

⁷⁵ Referentes a execução da pena após condenação em segunda instância.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 122**. In: _____. Súmulas. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4> Acesso em: 27 set. 2018.

do devido processo legal devendo aplicá-los ao caso novo que lhe foi apresentado de forma que cada um possua uma solução equânime na utilização dos princípios, portanto o supõe-se que os argumentos de Fachin estariam em conformidade tanto com os precedentes anteriores, pois observou como expectador o entendimento do STF no HC 126.292 ao qual na ocasião não fazia parte, observou os ministros decidindo da maneira em que ele a prova e quando o caso surgiu de forma nova para ele aplicou a solução observando um conjunto de princípios implícitos à resolução do caso.

4. CONCLUSÃO

As manifestações jurídicas são opiniões interpretativas no direito como integridade, instruídos por princípios como o da justiça da equidade e do devido processo legal a identificar os direitos e deveres legais em coerência com a comunidade personificada, por esse motivo combinam elementos voltados ao passado e ao futuro.

Dworkin em sua proposta pressupõe que em uma questão judicial a decisão do magistrado sobre o que é o direito pode ser comparada a de um crítico literário, fazendo um paralelo entre Direito e Literatura o filósofo criou um gênero literário da *chain novel* em que um coletivo de romancistas como o intuito de desenvolver um romance em cadeia de forma coerente inicia o seu trabalho onde o romancista anterior acabou, vinculando autor/juiz em uma progressão em cadeia, portanto o juiz que toma a última decisão está mais vinculado aos precedentes anteriores do que aqueles que tomaram as decisões iniciais.

Tal construção de Dworkin é uma maneira de impedir a arbitrariedade dos julgadores para que estes decidam utilizando-se de princípios de justiça, história doutrinal e objetivos sociais fazendo do direito um todo coerente e comprometido com a interpretação e não valores morais e jurídicos pessoais do magistrado.

A interpretação jurídica baseada em princípios e característica primordial do juiz Hércules que tem a função de decidir o direito das partes mesmo diante de um caso difícil.

Refletir sobre a realidade de um tribunal sob a proposta do juiz Hércules à luz do direito como integridade é mergulhar em um infinito de possibilidades onde não são suficientes somente as regras, há que se pensar sobre o que é de direito, sobre o que são as regras, sobre o que são os princípios, quais as funções que cada um desempenha e o que cabe a cada parte em um processo. Não bastando apenas os princípios enunciados nos códigos, leis e tratados, mas

outros que possam emergir em uma experiência jurídica do magistrado e em uma interpretação hermenêutica do passado, consciência do presente e perspectivas de futuro.

A demanda cada vez maior de situações jurídicas sobre os mais diversos temas faz refletir se é possível um juiz de carne osso, com tempo limitado e volume absurdo de trabalho possuir tamanha paciência e capacidades sobre-humanas, tais quais as de Hércules.

A análise dos votos dos ministros foi uma forma de ilustrar uma partícula do que seria uma decisão feita por Hércules em cada veredicto, supõe-se que tais precedentes passariam pelo crivo do juiz ideal de Dworkin, pois todos os votos ainda que distintos foram fomentados por princípios legítimos e pela intenção de encontrar a melhor solução, entretanto a prática jurídica contemporânea é interpretada como uma política de processo em desenvolvimento mostrando que as decisões judiciais devem observar a integridade do direito no sentido de que há um trabalho hercúleo sempre em busca da melhor interpretação configurando a resposta mais iluminada e de maior respeito aos valores sociais e aos princípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo. 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**. Paciente: Luiz Inacio Lula Da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. São Paulo. 09 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Minas Gerais, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 122**. In: _____. Súmulas. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4 > Acesso em: 27 set. 2018.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Revista de Legislação e Jurisprudência.