

Sumário

EDITORIAL

EDITORIAL

Jorge Shiguemitsu Fujita

01-02

ARTIGOS

DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Christiane de Fátima Aparecida Souza De Sicco, Irineu Francisco Barreto Junior

03-16

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO JUIZ E A REGRA DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Paulo Dimas de Bellis Mascaretti

17-34

A FORMAÇÃO E A CONCLUSÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Roberto Senise Lisboa, Bruno Ricardo Bioni

35-52

O DIREITO À LIBERDADE

Nivaldo Sebastião Vícola

53-60

DESERDAÇÃO POR FALTA DE VÍNCULO AFETIVO E DE BOA-FÉ FAMILIAR

Tarlei Lemos Pereira

61-77

O BIODIREITO E SUA IMPORTÂNCIA NA PÓS-MODERNIDADE

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf

78-86

O *CROWDFUNDING* E A OFERTA PÚBLICA DE VALORES

Ilene Patrícia de Noronha Najjarian

87-94

A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Amauri Renó do Prado

95-100

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Andréa Patrícia Toledo Távora Niess Kahn, Luciana Toledo Távora Niess, Pedro Henrique Távora Niess

101-107

GARANTIAS INDIVIDUAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Luís Roberto Soares Margato, Marco Antonio Barbosa

108-115

JUSTIÇA SOCIAL NA CONCEPÇÃO DE FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK

Eduardo Tuma

116-127

O DIREITO À SAÚDE E O DANO BIOLÓGICO

Juliana Frauches de Araujo

128-136

PRIVACIDADE E INTIMIDADE NA INTERNET: a legalidade dos *cookies* e *spam*

Cristina Cantú Prates

137-153

DIREITO À SAÚDE: água o bem maior

Ivelise Fonseca da Cruz, Lidiane Duca Silva

154-166

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maria Vitoria Queija Alvar

167-181

EDITORIAL

A presente edição da FMU Direito Revista Eletrônica é comemorativa, porquanto, após um período de não publicação de artigos, estamos retomando a nossa caminhada normal com a aceitação de artigos para submissão.

Nesta Edição Comemorativa, estamos republicando 13 (treze) dos mais importantes artigos referentes ao período de 2009, ocasião em que a nossa revista se tornou eletrônica, até 2015.

A partir deste ano, a FMU Direito Revista Eletrônica passa a ter um perfil inteiramente voltado às linhas de pesquisa que norteiam a Pós-Graduação *stricto sensu* do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, as quais estão classificadas em várias vertentes, a saber: teoria do direito e política na sociedade da informação; sociedade da informação e teoria social; teoria da democracia e positivação do direito; globalização e constitucionalização das relações privadas; antropologia jurídica e revolução tecnológica; direito societário e sua tipologia contemporânea; empresarialidade no ambiente informacional; direitos da personalidade: erosão e proteção nas novas tecnologias; fato jurídico em meio eletrônico; direito do autor e direitos conexos; proteção jurídica do consumidor na sociedade da informação; efetividade da tutela jurisdicional na sociedade da informação; tutela punitiva e tecnologia; concretização dos direitos e ação estatal; jurisdição constitucional democrática; e universalidade da jurisdição e telemática.

Por essa razão agradecemos o apoio recebido do Prof. Dr. Ricardo Libel Waldman, Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU, que também, a partir desta edição, passa a integrar a nossa Comissão Científica. Além do Prof. Waldman, todos os demais docentes do Curso de Mestrado da FMU estarão compondo a nossa revista. Com efeito, como Editores Adjuntos contaremos com a Profa. Dra. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, o Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior e a Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. Na Comissão Editorial, participarão como membros o Prof. Dr. Emerson Malheiro, o Prof. Dr. Fernando Rister de Sousa Lima, o Prof. Dr. Flávio Alberto Galvão, a Profa. Dra. Greice Patrícia Fuller, o Prof. Dr. José Marcelo de Menezes Vigliar, a Profa. Dra. Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo e o Prof. Dr. Luiz Fernando Afonso.

Queremos registrar a nossa homenagem póstuma ao Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa – Coordenador do Curso de Mestrado da FMU até o final de 2019 e grande incentivador desta revista em sua versão eletrônica – que, no dia 02/12/2020, infelizmente faleceu, deixando-nos o seu legado de seriedade pessoal e profissional e grande amizade.

Finalmente, queremos assinalar que a FMU Direito Revista Eletrônica continuará a sua missão de incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científicas, visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia, assim como da criação e difusão da cultura, aprimorando o entendimento do homem e do meio em que ele vive.

PROF. DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
Editor Responsável

RESUMO

Este artigo aborda aspectos relacionados aos direitos da personalidade, em especial, o direito à privacidade do trabalhador na Sociedade da Informação. Enfoca-se o direito à privacidade frente o direito de fiscalização do empregador, no ensejo de elucidar as causas que levam o trabalhador a se submeter, em situações específicas, a abdicar de seus direitos à privacidade e intimidade em nome da preservação do emprego. São analisados ainda aspectos da dicotomia jurídica provocada pela preservação do direito do trabalhador frente à proteção da segurança corporativa.

Palavras-chave: Sociedade da Informação; Direito à Privacidade; Internet.

ABSTRACT

This article covers the important aspects related to personality rights, in particular, the worker's right to privacy in the Information Society. Focuses on the right to privacy against the right of supervision of the employer, the opportunity to elucidate the causes that lead the employee to submit, in specific situations, to renounce their rights to privacy and intimacy in the name of preserving jobs. They are also analyzed legal aspects of the dichotomy caused by preserving the right of the worker against the protection of corporate security.

Keywords: Information Society; Right to Privacy; Internet.

*Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Advogada e Professora do Curso de Graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas

**Doutor em Ciências Sociais pela PUC – SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e dos cursos de graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Analista de Pesquisas da Fundação Seade

1. INTRODUÇÃO

Em um passado, não muito distante, o empregador fiscalizava as conversas telefônicas, mas sem ter acesso ao que o conteúdo dessas conversas. Apenas lhe era possível averiguar o tempo despendido em cada ligação, os números discados ou de onde partiam as chamadas. Posteriormente, o empregador passou a ter acesso à conversa telefônica, e, caso fosse de seu interesse, poderia monitorá-la e até gravá-la. Mas a tecnologia, como cediço, foi se transformando e novas formas de comunicação foram surgindo. Passamos do simples telefonema para mensagens *on line*, *e-mails*, mensagens SMS, enfim, a comunicação é feita por sistemas que permitem a monitoração.

As definições tradicionais possivelmente não sirvam para as novas relações de trabalho surgidas na era da internet, até porque, em regra, o mercado de trabalho que se torna cada vez mais exigente e escasso, facilitará abusos em nome da segurança corporativa, em nome da imagem ou da propriedade da empresa, estando o empregado, por vezes, obrigado a aceitar que sua privacidade seja invadida. O que se espera é que a revolução social, econômica e cultural desencadeada pela internet indique novos rumos com reflexo direto na vida das pessoas em qualquer relação que se estabeleça.

A internet, embora seja uma inovação tecnológica largamente utilizada e necessária nos dias atuais, também acarretou problemas dessa natureza para nossos lares e para dentro do ambiente de trabalho. Uma informação equivocada poderá ser difundida de maneira rápida e atingirá um sem número de pessoas. O que se analisa é a possibilidade de monitoramento tecnológico, com a justificativa da própria segurança corporativa, sem que haja qualquer preocupação com a intimidade e honra do trabalhador, em decorrência da manipulação das informações captadas por meio de programas de monitoramento.

Ressalta-se ainda, que as empresas, atualmente, colocam à disposição e-mails corporativos que disponibilizam aos seus empregados, para o exercício da sua função, podendo dessa maneira facilitar a

comunicação interna e diminuir as distâncias entre filiais e matriz, por exemplo. Há também a possibilidade de que dúvidas sejam dirimidas, acerca de algum produto ou serviço on line, em tempo real, havendo um atendente que, do outro lado, responde às questões de forma prática, rápida e segura, sem que para isso o consumidor/usuário tenha de deslocar-se do seu local de trabalho ou até mesmo de sua residência.

Neste artigo serão abordados assuntos relacionados aos direitos da personalidade, em especial, o direito à privacidade do trabalhador na Sociedade da Informação. Enfoca-se o direito à privacidade frente o direito de fiscalização do empregador, no ensejo de elucidar as causas que levam o trabalhador a se submeter às regras de monitoramento de sua correspondência através do meio eletrônico. São abordados ainda aspectos da dicotomia jurídica provocada pela preservação do direito do trabalhador frente à proteção da segurança corporativa.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

De acordo com a doutrina relacionada à Sociedade da Informação¹, estamos diante de uma nova realidade, cheia de surpreendentes descobertas, no qual a sociedade desperta a cada dia com um número inenarrável de informações. Vivemos, sim, uma revolução, dessas que mudam os rumos da história e que no futuro será alvo de estudos, servirá como um marco histórico dividindo a sociedade pós-modernidade; David Lyon², baseando-se no conceito de Alvin Toffler de “terceira onda”, esclarece que a primeira foi a agrícola, a segunda, a industrial e a terceira há de ser da Sociedade da Informação.

Criou-se no processo um novo modo de desenvolvimento ainda não assistido na evolução histórica do capitalismo, que resultou na reestruturação deste modo de produção e na

¹ PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

² SIMÃO FILHO, Adalberto. in PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

criação de uma nova estrutura social, batizada por Castells (2007) como Informacionalismo.³

Segundo Barreto⁴, ao tratar dessa conceituação de Castells:

Na gênese semântica da expressão, há uma junção conceitual entre informação e modo de produção, como ocorre com o capitalismo e o socialismo, porém, revelando o resultado de inovações históricas promovidas pelo avanço tecnológico que atribuem à informação o *status* de principal mercadoria, ou valor, a ser produzido e perseguido no terceiro milênio, reorganizando as economias capitalistas e esse modo de produção.

Conforme anotado por Castells, a primeira característica do novo paradigma é que a informação é sua matéria prima: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores”.⁵

Desta maneira, a possibilidade de, a partir de uma conexão de computador, pessoas se comunicarem, acessarem bancos de dados, realizarem negócios por todo o globo são demonstrações incontestáveis deste novo modo de produção. A chamada “Sociedade de Informação” propicia um novo passo nas relações entre as nações, influenciando sistemas políticos e econômicos e a própria soberania de cada povo.

Para alguns é desnecessária a reforma ou a edição de novas leis, posto que as existentes se amoldam e servem para solucionar conflitos e dúvidas havidas em razão de questões relacionadas a esse novo panorama social. Porém, muitas vezes, é necessária uma elasticidade muito grande por parte dos nossos tribunais, para encontrar a solução de um

conflito, como ocorre com no âmbito trabalhista. O ferimento de um direito da personalidade, por exemplo, é algo muito mais livre de interpretações do que se imagina, principalmente quando se está diante de situações nas quais os direitos se conflitam, como o direito à fiscalização decorrente do poder diretivo do empregador, e a proteção à intimidade do empregado.

O que se observa em jurisprudência dos nossos tribunais é a tendência preponderante de preservação da intimidade do empregado, como decisão emanada da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em processo movido contra uma empresa de transporte de valores, tendo como relatora a Ministra Ivani Bramante Contini⁶, que em decisão colegiada por votação unânime negou provimento aos recursos interpostos pelas partes, entendendo que a proteção a intimidade sobrepõe ao poder fiscalizador para salvaguardar o patrimônio.

Ao nascer o homem já é detentor de direitos característicos de sua essência, direitos que dizem respeito apenas a si, que devem ser observados e, se não, reparados. Esses direitos são denominados direitos da personalidade, conquanto sua conceituação esteja eivada de dúvidas e discussões doutrinárias, a começar pela conceituação⁷. Castan Tobeñas nomeia como “direitos essenciais da pessoa ou direitos subjetivos essenciais”, já autores mais modernos como Adriano De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria, por exemplo, denominam como direitos da personalidade ou fundamentais da pessoa ou ainda essenciais⁸, denominações que têm sido utilizadas com maior prevalência sobre as demais, tais como direitos personalíssimos, utilizado por Plugliati e Rotondi, ou ainda, direitos pessoais, empregado por Kohler e Gareis⁹.

O que se verifica é que independente da denominação que se escolha, o homem

³ **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Volume I, a sociedade em rede**, p. 32.

⁴ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. A relevância do Conceito Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi. **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, *passim*.

⁵ CASTELLS. Manuel. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I**. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.78.

⁶ Acórdão nº 20090467315, 4ª Turma do TRT-2ª Região, publicado em 19/06/2009.

⁷ BITTAR. Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁸ Idem

⁹ Idem, *ibidem* pág. 2.

cercado de proteção jurídica vem sofrendo agressões ao seu direito, à medida que a tecnologia avança. Basta sair às ruas, ou até mesmo dentro de locais fechados, para visualizarmos as câmaras que nos cercam, pois tudo o que se faz é monitorado, em nome da segurança. Diariamente, o ser, ente de direito e obrigações, abre mão de sua privacidade para sentir-se mais seguro contra violência que também cresce na mesma velocidade da tecnologia.

Por outro lado, em alguns casos o homem busca, escancarar sua vida privada na rede emitindo opiniões, relatando o seu cotidiano, expondo não só a si como entes queridos a público, sem saber para onde estas informações irão e quem serão os seus destinatários. A necessidade de se tornar conhecido, de ser notado, aumentam as agressões à sua vida mais íntima. A sociedade tecnológica, ou simplesmente a sociedade da informação, através da produção em massa das informações absorvem o indivíduo de tal maneira que não há reivindicações veementes quanto à preservação da liberdade interior¹⁰.

O importante é ver e, principalmente ser visto como é o caso das chamadas redes de relacionamento, como Facebook e o mais recente twitter, onde pessoas disponibilizam as mais variadas informações acerca de suas vidas tanto no espectro social como no privado. Todavia, esse procedimento não significa que a partir do momento em que o usuário da rede disponibiliza informações de sua vida privada não faz jus ao direito de reparação, em caso de dano aos direitos da personalidade, haja vista tal direito constituir-se em um limite natural ao direito à informação¹¹.

O direito deve buscar uma metodologia para dirimir conflitos, sendo notório que os direitos da personalidade não deixaram de existir em razão da nova tecnologia que liga as pessoas de todos os lugares do mundo em torno da rede de informações que surgem no espaço virtual de forma rápida e abrangente no sentido do alcance em que são obtidas.

Convém reafirmar que o ser humano não consegue viver isolado, sem se comunicar, e a internet um novo meio de comunicação, e por meio de seu uso disseminado¹² todos os domínios da vida social estão sendo modificados. A internet é mais um meio de comunicação eletrônica, não apenas formada por uma rede mundial de computadores, e sim, por uma rede mundial de indivíduos¹³, o que significa dizer que as pessoas dos mais variados lugares, com as mais diversas realidades, experiências, situações sócio-econômicas terão acesso as informações, especialmente àquelas que são disponibilizadas pelo próprio usuário.

Os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários que se oponham *erga omnes*¹⁴, não é possível, pois, abandonar os direitos da personalidade em razão da rede de computadores. Ademais, não deve haver prevalência do público ao privado, somente em casos previstos no ordenamento jurídico, para atender à bem estar social.

Portanto, há discussões acirradas acerca da continuidade dos direitos à privacidade, em decorrência da exposição a que as pessoas são submetidas por causa da utilização da rede mundial de computadores. Paulo José Costa Junior¹⁵ que nomeia a privacidade como privacidade, diz que frequentemente a privacidade é incompatível com a vida moderna, isto por todas as razões já explicitadas e, principalmente, porque o homem se tornou um ser visível, alvo de olhares constantes da sociedade.

É importante o debate e estudos sobre esse paradoxal problema, advindo com a internet em face aos direitos da personalidade, sobretudo no que tange ao direito à intimidade e privacidade, que está sendo exposto e vilipendiado em razão da quase banalização da vida privada.

¹² CASTELLS. Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

¹³ PINHEIRO. Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁴ GOMES. Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999

¹⁵ COSTA JUNIOR. Paulo José, op. cit.

¹⁰ COSTA JUNIOR. Paulo José. **Agressões à Intimidade. O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹¹ PINHEIRO. Patrícia Peck. **Direito digital**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

3. DO DIREITO À PRIVACIDADE

Estudaremos um tema que ganha maior visibilidade a partir do avanço das tecnologias, muito embora o direito à intimidade tenha sido tratado apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois anteriormente não havia menção a resguardá-los, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, fato que se deu em razão da devassa na vida privada e na intimidade das pessoas ocorridas à época¹⁶.

Com a rede mundial de computadores, pode-se afirmar que aqueles que utilizam a rede deixam a condição de anônimos para se tornarem pessoas públicas, ainda que para um número reduzido de pessoas, o que se admite apenas como hipótese, já que, hoje é incalculável o número de pessoas que acessam a rede.

A privacidade, que vem de privativo, ou ainda de *privacy*¹⁷, vem sofrendo agressões cada vez maiores por seus próprios protagonistas que, como já observado, se despem do direito de estar sós¹⁸, expondo fatos de sua vida cotidiana e privativa, não só sua como também de sua família, conforme mencionado alhures. É nesse cenário que se encontra o mercado de trabalho e a relação entre capital e trabalho, que desde os primórdios tentam equacionar o desequilíbrio, vêm tentando diminuir as dúvidas e conflitos; a nova tecnologia da informação está redefinindo os processos de trabalho e os trabalhadores e, portanto, o emprego e a estrutura ocupacional¹⁹.

Com todo esse aparato tecnológico impera a discussão sobre a possibilidade de monitorar correspondências eletrônicas de domínio da empresa e se acirra em razão do direito à intimidade, porque, se de um lado o empregador tem o direito à fiscalização; assunto que trataremos mais adiante, por outro

lado, o trabalhador tem assegurado constitucionalmente o direito à intimidade.

A liberdade de expressão é um direito humano fundamental e como tal se torna um obstáculo no problema do monitoramento das correspondências eletrônicas dos trabalhadores da empresa. Para Marcelo Oliveira Rocha, a liberdade de expressão é um direito humano fundamental e constitui uma verdadeira pedra angular da democracia²⁰. Já Sérgio Pinto Martins²¹ afirma que não se pode dizer que haveria violação da privacidade do empregado quando o empregador exerce fiscalização sobre equipamentos de computador que lhe pertencem.

Por outro lado, a liberdade é um direito natural, porém, as regras sociais, políticas, jurídicas, enfim, o convívio em sociedade como ser passível de direitos e obrigações o torna preso a amarras. Uma das questões mais difíceis e com diversas interpretações é acerca do que seja a liberdade. Alguns diriam que a liberdade é o direito de fazer ou deixar de fazer aquilo que se quer, quando quiser, se quiser, da forma que melhor, aprover sem qualquer restrição; já outros teriam um conceito mais voltado à coletividade, alegando inexistir liberdade ampla e irrestrita, pois o ser humano, o cidadão, deve observar as regras de conduta e as leis, dentro desse limite é que tudo será possível. Teríamos, ainda, aqueles que defendem que liberdade é um estado de espírito e o homem é livre em suas ideias, em seus sonhos. Seguindo tal conceito, o homem está, sim, adstrito às regras que melhoram a convivência social, sobretudo com o intuito de evitar ferir a liberdade de outrem.

Norberto Bobbio²², em simpósio promovido pelo Institut International de Philosophie sobre o Fundamento dos Direitos do Homem, disse claramente que o problema não consistia em fundamentar os direitos do homem, e sim, em protegê-los. Realmente, a cada minuto se torna mais e mais difícil proteger os direitos do homem por uma série

¹⁶ PINTO FERREIRA apud TEIXEIRA. Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ CASTELLS. Manuel. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I**. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

²⁰ ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do Trabalho e Internet**. Aspectos das novas tendências das Relações de Trabalho na "Era Informatizada". São Paulo: LEUD, 2005.

²¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

²² Op. cit.

de razões, especialmente o fato de que o coletivo, indubitavelmente, hoje, vem se sobrepondo sobre ao privado, ao individual. Como defendia Aristóteles²³, o homem é um ser social.

Destarte, com o advento da tecnologia da informação, o homem passou a ser mais invadido em suas questões privadas, e o seu mundo deixou de ser pequeno para tornar-se gigante, não somente repleto de possibilidades, mas também de armadilhas quanto à sua privacidade. Existe um paradoxo entre a facilidade que a era digital trouxe para a humanidade e os riscos de que a sua vida e sua liberdade se tornem cada vez mais suscetíveis, em decorrência justamente desse novo universo de possibilidades.

Não há como negar os benefícios trazidos com o desenvolvimento que se encontra em constante mudança. Realmente, novas descobertas, novas tecnologias fazem com que o indivíduo nunca esteja sozinho, possa em qualquer lugar, hora e situação, ser encontrado. Então, dificilmente há o isolamento. Ao contrário, lugares aonde a tecnologia ainda não fora implantada se tornou alvo de estudos, preocupações e novas promessas, com a busca pela inclusão nesse mundo novo.

Entretanto, não há como deixar de visualizar nesse arcabouço tecnológico, as constantes agressões que o ser sofre em seu mundo privado. É evidente que a vida social requer certa solidariedade entre as pessoas e que o direito deve ter regras fundamentadas no princípio da solidariedade²⁴, mas, para no caso dos direitos da personalidade, não há como ser aplicado tal princípio²⁵. Nesse contexto, Cunha Gonçalves²⁶ diz que o direito como conjunto de normas voltado para o exterior, isto é, para a convivência humana, tem como fim a vida social do homem.

Adriano De Cupis²⁷ chama de direito ao resguardo pessoal a esfera íntima da pessoa, é a exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere só a ela; compreendendo resguardo em sentido estrito e o segredo.

O segredo é a inacessibilidade ao conhecimento de terceiros de certas manifestações da personalidade, sendo vedadas não apenas divulgá-las como também, delas ter conhecimento²⁸. Pontes de Miranda²⁹ explica que cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros. Assim, todos têm o direito de se preservar e velar a sua intimidade, não deixando que se lhes devasse a vida privada, lhes é facultado fechar o seu lar à curiosidade pública³⁰, mas, em contrapartida, se há o consentimento em que a esfera da vida privada seja revelada, não há qualquer agressão, pois o consentimento atuou como excludente³¹.

O conflito nasce justamente nesse campo, porque, se cada vez mais a tecnologia oferece possibilidades para abrir mão desse direito, também, há possibilidade de afrontar a intimidade e a privacidade de forma mais avassaladora.

Há que se analisar, segundo entendimento de Pontes de Miranda³². Vários aspectos acerca da intimidade como relevância de um bem jurídico maior, mas, que em razão da preservação da coletividade, como ocorre em casos de averiguação de crimes, a questão da intimidade é relegada em plano de inferioridade em decorrência da punibilidade, ou ainda, em razão do consentimento de que são fatos que modificam a relevância do direito à intimidade

²³ Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem.

²⁶ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil**. 2 ed. atual e aum. 1ed. brasileira. Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, idem.

²⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria e Editora Morais, 1961, apud BELMONTE, Alexander Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

²⁸ Idem.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem.

³² Idem.

Silvio Rodrigues³³ diz que ao prejudicado com relação à sua intimidade assiste a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal, como também terá o direito a perceber indenização de ordem material ou moral que tenha experimentado, tratando-se de direito inviolável, muito mais ainda após a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

Conforme Resolução n. 428 do Conselho de Europa, de 23 de janeiro de 1970, parágrafo C, números 2 e 3: O direito ao respeito da vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências³⁴.

Costa Junior³⁵ entende ser o direito à intimidade um prolongamento do direito à honra, porque ambos os direitos têm por objetivo proteger e tutelar o prestígio da pessoa na sociedade. Na verdade, o direito à intimidade precede à proteção da honra, pura e simplesmente.

A honra, se atingida, sem sombra de dúvidas acarretará um grande desconforto para o atingido, contudo a proteção da intimidade nem sempre é relacionada com a proteção à honra. Muitas vezes, atitudes ou segredos sobre nossas ideias, sobre os nossos posicionamentos acerca de assuntos como a religião, política, escolhas de vida, se alcançadas pela coletividade não ferirão a honra, mas agredirão a intimidade. Liberdade da expressão do pensamento, conforme Pontes de Miranda³⁶ seria a liberdade de que se tem em comunicar ou não comunicar seu próprio pensamento, bem como em fazer ou não fazer alguma coisa, quando achar conveniente.

Hoje, conforme dito, a internet é o meio mais eficaz para a transmissão de informações. Porém, a concorrência econômica e a natureza de continuidade perene do jornalismo por meio da internet também contribuem para o sensacionalismo e a intriga, difundindo-se

notícias, quebrando sigilo vida privada do homem, por mera especulação. Então, correto afirmar que a internet, embora seja uma tecnologia largamente utilizada, trouxe consigo problemas, dentre eles, as constantes agressões a vida íntima das pessoas³⁷.

A recente revolução tecnológica diminuiu as distâncias e maneira como as notícias circulam em todos os lugares a todo o tipo de público. Podemos assegurar, pois, que a internet é um mercado global sem limites.

Paulo Bonavides³⁸ afiança que a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Por outro lado, não apenas a tecnologia contribuiu para a invasão da vida privada, reduzindo limites de afirmação da individualidade, como também a própria explosão demográfica³⁹, que fez com que ser humano dispusesse de um espaço reduzido, pois as moradias nos tempos atuais estão se tornando cada vez mais verticais, ou seja, onde morariam dez, moram duzentos.

Segundo René Ariel Dotti⁴⁰, a intimidade caracteriza-se como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais. A doutrina sempre

³⁷ “As facilidades com que se expõem idéias e imagens e sua rápida, ou porque não dizer instantânea transmissão, implica em conseqüências tanto negativas como positivas, no desenvolvimento psicológico, moral e social das pessoas, na estrutura e no funcionamento da sociedade, na partilha de uma cultura com outra, na percepção e na transmissão dos valores, nas percepções do mundo, nas ideologias e nas convicções religiosas.”, in FOLEY, John P. *Ética nas comunicações sociais: Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais*. Transcrição feita do Jornal L'Osservatore Romano ou do site do Vaticano, edição português de Portugal. Disponível em: <[HTTP://www.cleofas.com.br/html/igreja_catolica/jubileu2000/comunicacoesessenciais.htm](http://www.cleofas.com.br/html/igreja_catolica/jubileu2000/comunicacoesessenciais.htm)>

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁹ SOUZA, Nelson Oscar. *Manual de Direito Constitucional*. Apud, BONAVIDES, Paulo, idem.

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 69; DE CUPIS, Adriano. *Diritto a Riservatezza e segreto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 115, apud, BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 101.

³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

³⁴ www.europa.eu.in/eur-lex/pt, consultado em 20.2.2003, apud BELMONTE, Alexander Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

³⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. RT. São Paulo: 1970.

³⁶ Op. cit., pag. 160.

lembra que o Juiz Cooly⁴¹, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *right to be alone*, direito que a pessoa tem de tomar sozinha as decisões acerca de sua vida privada.

Por conseguinte, a privacidade se torna o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder estar legalmente sujeito.⁴²

O direito à intimidade guarda consigo o conceito da dignidade, o qual vem sendo elaborado no decorrer da história e chegou ao início do século XXI como um valor supremo, construído pela razão jurídica⁴³. Diante de todos os conceitos e ideias acerca do que seja o direito à intimidade, temos que enfocar tal direito às relações de trabalho, buscando traçar um limite ao poder diretivo e fiscalizador do empregador, assunto que trataremos mais adiante.

A intimidade não faz parte do contrato de trabalho, na medida em que o trabalhador não poderá se valer desse direito para sobrepujar sobre o poder diretivo do empregador, que poderá estabelecer regras objetivando o sucesso do empreendimento. Vale ressaltar que o direito à intimidade decorre da dignidade da pessoa humana e não há como desrespeitar os limites impostos senão em decorrência da lei como também de outras questões sociais, já que as agressões à intimidade trazem reflexos sociais e comportamentais ao homem. O homem em seu local de trabalho, embora viva em coletividade e esteja subordinado a poder de comando de seu empregador, não devem perder o direito à sua intimidade, sua vida privada, seus assuntos íntimos ainda lhe pertencem, independentemente de onde esteja.

Evidentemente, que em seu local de trabalho assuntos pertinentes à sua vida privada não fazem parte do ambiente, mas isto não quer dizer que em certas situações não seja

instado a solucionar problemas ou mesmo ter conhecimento do que ocorre em seu universo privado. Nesse caso, a intimidade deve ser preservada sobre todos os demais interesses, desde que tais assuntos não sejam ilegais ou impertinentes ao ambiente de trabalho.

No tocante à intimidade, o judiciário alemão trouxe o conceito da autodeterminação da informação⁴⁴, isto é, o poder de acessar e controlar os próprios dados pessoais e o direito de selecionar o que cada indivíduo quer expor de si mesmo. Mas, mesmo assim, com relevância ao consentimento da informação, no caso da intimidade do empregado o problema se torna mais sério e complexo para abrandar os conflitos, pois analisando-se a questão sobre a possibilidade em abdicar da intimidade, o empregado, muitas vezes, se vê compelido a fazê-lo por razões da própria empregabilidade, como já referido.

A Constituição Federal ao proteger a vida privada, está se referindo à vida interior, que para Limongi França⁴⁵ é conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida. Nada obsta que, em face de um direito de monitoramento das comunicações através de e-mail corporativo, o empregador exerça uma espécie de especulação acerca da vida privada do empregado, uma vez que as comunicações monitoradas serão as enviadas e as recebidas, sendo estas últimas não controladas pelo destinatário.

No âmbito da empresa, o empregador deverá assegurar o segredo e as liberdades que dizem respeito à privacidade do empregado⁴⁶, ao contrário se estaria diante de inúmeras possibilidades de violação à privacidade e intimidade do empregado, sob pretexto de supervisão do rendimento ou produtividade do trabalhador⁴⁷. A tecnologia, com a inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de fixação e de difusão de sons, escritos e imagens – inclusive via satélite – contribui

⁴¹ José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

⁴² PEREIRA, J. Matos. **Direito a informação** apud, SILVA, José Afonso da. *idem*

⁴³ NUNES, Luiz Antonio Rizzato Nunes. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁴ PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006

⁴⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

⁴⁷ *Idem*.

para um estreitamento crescente do circuito privado, na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa e do lar⁴⁸.

Com o desenvolvimento da informática, iniciou-se uma séria crise no conceito de privacidade, e a partir dos anos 1980, passamos a ter um novo conceito de privacidade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados. A liberdade de preservar ou não a própria intimidade é um direito do cidadão, confirmado por preceito constitucional cabendo ao Estado a função de tutelar este direito.

Ainda Carlos Alberto Bittar⁴⁹ explica:

Mas o perigo desses avanços pode conduzir a um domínio tecnológico do ser pelo aparato estatal, com consequências sociais e políticas imprevisíveis. Daí por que somos contrários a esse uso, a menos que existam provas contundentes da participação da pessoa visada nessas ações ilícitas. À cautela da autoridade – que deve ser judicial – cabe conduzir a investigação, responsabilizando-se o agente por eventual abuso, nos termos da legislação própria (na Constituição: art. 5º, incl XII).

No caso do monitoramento da correspondência do empregado, a qual encontra outro meio de circular, o meio eletrônico, através de e-mail com o domínio da empresa; há uma interceptação da comunicação. Alice Monteiro de Barros denomina a interceptação: significa escutar, registrar ou tomar, voluntariamente, conhecimento de uma comunicação ou de seu conteúdo⁵⁰. O art. 5, XII da Constituição Federal traz a conclusão de que é vedado a interceptação telegráfica ou de dados, excetuando-se os casos de decisão judicial ou através de lei com o intuito de investigação de crimes ou instrução processual⁵¹. As

crescentes mudanças das tecnologias estão alterando o conceito da vida social e da privacidade. Dito de outro modo, criaram meios poderosos de bisbilhotar⁵².

Os direitos da personalidade, com exceção das hipóteses previstas em lei, não poderão sofrer limitação voluntária⁵³, o que significa dizer que os direitos da personalidade, estando neles contido o direito à intimidade, não podem sofrer agressões a não ser em virtude de lei.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵⁴, a privacidade é o que diz respeito somente a um indivíduo: refere-se a sua vida familiar, seu íntimo, que deve ser guardado por ele discricionariamente. A intimidade possui um caráter muito sigiloso, sendo direito de seu detentor não vê-la revelada a terceiros, o que difere da vida privada, que possui um espectro menos sigiloso, ou seja, não sendo extremamente reservada⁵⁵.

José Cretela Junior⁵⁶ pondera que a intimidade é o status daquilo que é íntimo, isolado, sozinho, pois há uma liberdade ou um direito de não ser importunado, de estar só e não ser visto por estranhos.

Na verdade, a intimidade acaba por se confundir com a privacidade e a esse respeito José Afonso da Silva⁵⁷ considera que a locução direito a privacidade, lato sensu, abarca todas as manifestações da esfera íntima,

⁵² THOMPSON, John B. **A nova visibilidade**.

⁵³ DINIZ, Maria Helena in FIUZA, Ricardo (coords.). **Novo Código Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵⁴ FERRAZ JUNIO, Tércio Sampaio. **Direito de informação**. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, edição do autor, 1980 apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, apud TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

⁵⁵ VIEIRA, Sonia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 apud TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

⁵⁶ CRETELA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990 apud TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

⁵⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. apud TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Op. cit., pag. 604.

⁵¹ Idem.

privada e da personalidade que o art 5º, X, da Constituição Federal trata.

A tecnologia da informação, principalmente a internet, em razão do seu alcance, da sua rapidez, da facilidade com que as informações circulam penetra em todos os setores da vida social⁵⁸. Em consequência, as possibilidades em atingir o âmbito íntimo das pessoas são reais e praticados em larga escala.

Cumprir acrescentar que o desrespeito quanto à intimidade e privacidade dos indivíduos é preocupante, pois de tempos em tempos, as agressões acarretam sérios problemas na vida privada do afetado, que ao olhar da sociedade pode parecer até mesmo insignificante, Santo Agostinho no *De vera religione*⁵⁹, mencionou que no interior do homem reside a verdade (*in interiore hominis habitat veritas*)

Convém ressaltar que existem dois aspectos da vida privada das pessoas que serão valoradas de forma distinta, às condutas encobertas corresponde o eu privado, e às condutas abertas o eu social, que transita na esfera individual⁶⁰. Com o avanço tecnológico, especialmente no campo da informação, a sociedade se viu em um mar de informações advindas de todos os cantos do mundo. Realmente, o que antes demorava imensamente para chegar ao conhecimento, hoje se recebe em poucos minutos, podendo ser acessado por um ilimitado número de pessoas, de povos, de nação; indubitavelmente essa transformação fez as pessoas se ligarem a internet; transmitindo toda tipo de informações. Celulares, computadores de mão, aparelhos sonoros, rádios, MP3, GPS, enfim, as pessoas a todo instante podem ser localizadas, ou quando não, possuem informações imediatas acerca de todos os acontecimentos mundiais. A sociedade da informação deve necessariamente enfrentar

questões éticas, vez que a técnica não pode ficar solta, desprovida de valores⁶¹.

Nas relações de trabalho, as queixas recorrentes dizem respeito à faltas contra a dignidade da pessoa humana por parte do empregador, ofensas, exigências muito além da capacidade laboral, tornando a tão difícil relação entre patrão e empregado, mais e mais complicada. O direito do trabalho, assim como os demais campos de direito, são regidos também por princípios que têm a função informadora e inspiram o legislador fundamentando o ordenamento jurídico⁶². São linhas diretrizes ou postulados básicos da tarefa interpretativa que inspiram o sentido das normas trabalhistas⁶³.

Portanto, à luz dos princípios do direito do trabalho é que se devem refletir as decisões. É cediço que vige no direito do trabalho o princípio da proteção do trabalhador resultante de normas imperativas, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho⁶⁴. As normas cogentes formam a base do contrato de trabalho⁶⁵ que, por razões óbvias, contém regras imutáveis, irrenunciáveis, as quais visam proteger o trabalhador que, nem sempre, ou quase nunca; está em situação de igualdade com o empregador. Para Kaskel⁶⁶, as normas jurídicas públicas e as privadas coexistem nesse ramo de direito, reforçando-se reciprocamente; ambas baseadas no princípio protetor do direito social, o ponto de partida e

⁵⁸ MONTORO, Andre Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2 ed. Saraiva. São Paulo: 1995 apud TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Eletrônico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

⁵⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à Intimidade: O Episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997

⁶⁰ Op. cit., pág. 24

⁶¹ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶² MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶³ GARCIA, Manuel Alonso Garcia. **Curso de Derecho del Trabajo**. 8 ed. apud MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2004.

⁶⁵ “O Direito do Trabalho é um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades” in DEVEALI. **Lineamientos del Derecho del Trabajo**. 3 ed. Ed. Argentina. Buenos Aires: 1956 apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁶⁶ Op. cit., pág. 69.

elemento diretor para o desenvolvimento e interpretação⁶⁷.

Não obstante, na esfera trabalhista o que se busca é a realidade dos fatos. Não que os outros ramos queiram se distanciar do real, porém os documentos por si sós no processo trabalhista, não servem de base única para apreciação e valoração da prova. O princípio da primazia da realidade significa que, em havendo qualquer divergência entre a documentação que comprova a ocorrência de um contrato de trabalho e suas especificidades, e os fatos ocorridos na prática, prevalece o que realmente ocorre no dia a dia do contrato.

4. RENÚNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE EM NOME DA NECESSIDADE DE EMPREGO

As regras contidas no contrato de trabalho, o qual poderá ser escrito, verbal ou tácito, muitas vezes são unilaterais, em razão das condições do empregado diante do poderio do empregador.

Ao analisar a situação daquele trabalhador que para manter o seu emprego, ou ainda para conseguí-lo abdica do seu direito à privacidade, permitindo o monitoramento de sua caixa de mensagem, perceberemos que a situação é desigual, haja vista a impossibilidade da insurgência contra esta situação.

Alice Monteiro de Barros⁶⁸ ressalta que a vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que utilizada de forma humana, ou seja, combatendo-se os abusos em sua utilização, porém permitindo-se ao empregado acesso às informações que lhe diga respeito. Para a autora⁶⁹, nos contratos de trabalho, o consentimento do empregado toma a forma de adesão, portanto, tomando esta forma, é forçoso observar que em situação real, especialmente em razão da situação econômica atual, o empregado aceitará as

condições apresentadas de trabalho sem qualquer poder de negociação, salvo algumas exceções.

Por causa da peculiaridade da relação de trabalho, a par dos direitos envolvidos, em muitos ordenamentos jurídicos, expõe-se a necessidade de o Poder Público criar condições para que sejam respeitados os limites estabelecidos pela Organização Mundial do Trabalho, da qual o Brasil em muitas delas é signatário. É o caso, por exemplo, do Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)⁷⁰, que em cujo artigo 6, Parte III dispõe:

PARTE III

Artículo 6

Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 1948⁷¹, que fora ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 através do Decreto de Promulgação nº 591 de 06.07.92, dispõe em seu artigo XXIII, 1 que “todo homem tem direito ao trabalho, à sua livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego.

O empregado não tem a escolha, de simplesmente, não ser monitorado, ou ainda, ser monitorado apenas durante o horário de trabalho, até mesmo porque, diante da necessidade da manutenção ou obtenção do emprego, fica muito mais fácil para o empregador impingir qualquer regra de monitoramento.

O direito serve para harmonizar as relações sociais, limitar as liberdades, não se tratando apenas de imposição, mas sobretudo porque, tratando-se de homens em igualdade

⁶⁷ KASKEL, Walter. **Derecho de Trabajo**. 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 1961 apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, pág. 87.

⁶⁹ Idem. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009, pág. 252.

⁷⁰ TOBEÑAS, Jose Castan. **Derechos del Hombre**. 4 ed. Madrid: Reus, 1992, pág. 287.

⁷¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 80.

de condições, igualmente livre e igualmente social, a liberdade de um é limitada pela liberdade do outro⁷². Mas, a liberdade inexiste, quando se fala em monitorar a correspondência do empregado que contenha o endereço de domínio da empresa.

Fato é que o poder de estabelecer parâmetros para o monitoramento, assim, como as demais cláusulas contratuais não dependem da vontade as partes e do poder diretivo e organizacional da empresa, ou melhor, do empregador.

Essa forma de contratação, que acreditamos se trata de uma relação acontratualista ou paracontratualista⁷³, isto é, que não afirma e não nega a existência de contrato, tem como consequência que a simples aceitação do empregado de ingressar na empresa basta para a existência da relação empregatícia. Tal teoria pode se verificada no art. 442 da CLT, muito embora a legislação tenha adotado a teoria contratualista.

Em regra, a relação de emprego, ou até a própria relação de trabalho, faz com o que monitoramento do e-mail, de computadores ou do próprio ambiente de trabalho seja prática comum e não questionada, e, até mesmo, sem quaisquer limites.

Segundo Alice Monteiro de Barros⁷⁴, o art. 3º da CLT, ao conceituar a figura do empregado, ou seja, pessoa física que presta serviços sob a dependência do empregador, há uma subordinação jurídica, e tal dependência consente que o empregado renuncie, em parte, à sua liberdade de ação, aceitando, até certo ponto, o controle do empregador.

A importância do emprego para o trabalhador é indiscutível, e, por esse motivo, cede a determinadas violações em sua liberdade, à subordinação e muitas vezes à coação econômica que o empregador exerce. A cada dia, pois, os trabalhadores mais vulneráveis às violações de seus direitos humanos.

⁷² DANTAS, Raimundo Lázaro dos Santos. **O Direito ao Nome na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2007.

⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2009.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a sociedade atual tem sido monitorada em nome da segurança pública, e não diferente tem sido o mundo do trabalho, onde os trabalhadores são monitorados via satélite, através de celulares, de câmeras e de outras tantas formas de fiscalização. No entanto, não se pode negar que a necessidade é um dos motivos ensejadores da violação aos direitos fundamentais, previstos pela Constituição Federal.

A subordinação e o poderio econômico deixam os trabalhadores cidadãos mais vulneráveis às violações de direitos humanos⁷⁵, o que não se olvida, sobretudo nos dias atuais, nos quais as oportunidades de trabalho ainda são escassas e a mão-de-obra está cada vez mais desvalorizada. Tanto o que se expôs é verdadeiro que, quando uma empresa começa a passar por algumas dificuldades financeiras, as consequências são sofridas em primeiro lugar pelo trabalhador que, muitas vezes, deixa de receber corretamente o que lhes é devido. Observe-se, então, que a sombra do desemprego povoa a mente de todos os trabalhadores, portanto se torna um campo fértil para abusos, especialmente no tocante aos direitos individuais. Por outro lado, os trabalhadores passaram a se habituar a câmeras que vigiam diretamente suas atividades, vigilância incansável, sem qualquer restrição.

Não diverge da vigilância sobre os trabalhadores, que muitas vezes não têm conhecimento de quem os vigia, onde estão os “olhos observadores”, e mais, o que é feito das informações captadas durante o período em que estão trabalhando; e pior, qual o sigilo das informações captadas.

Essa possibilidade de observação total, sem a faculdade que se enxergue o observador, torna o empregador mais onipresente, aumentando o seu poder sobre os empregados. Como diz Foucault⁷⁶, o intuito é fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, aumentando o poder sobre o observado.

⁷⁵ RESENDE, José Eduardo. **Monitoramento de E-mails: impossibilidade**. Carta Forense, Setembro/2009

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. 32 ed. Editora Vozes: Petrópolis, 1987.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. São Paulo: Forense, 2004.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. A relevância do Conceito Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi. **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROS, Washington Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008
- BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.
- BENTHAM, Jeremy. Thomaz Tadeu (trad.) **O Panóptico**. 2 ed. Autêntica Editora: Belo Horizonte, 2007
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- CABRAL, Antonio do Passo. **A eficácia probatória das mensagens eletrônicas**. Revista de Processo, p. 97-131, Ano 31, n.135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet**. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura**, 6 ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.
- _____. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- CESARIO, João Humberto (coord.). **Justiça do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: LTr, 2007.
- COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à Intimidade. O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997
- CUNHA, Maria Inês Moura S. A. **Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, Raimundo Lázaro dos Santos Dantas. **O Direito ao Nome na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DINIZ, Maria Helena in FIUZA, Ricardo (coords.). **Novo Código Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. 2 ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- DWORKIN, Ronald. Marcelo Brandão Cipolla (trad.). **O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio Eletrônico – versão 2.0**. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.
- FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão - Direito na Sociedade da Informação - Mídia, Globalização e Regulação**. São Paulo: Pillares, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. 32 ed. Editora Vozes: Petrópolis, 1987.

- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999
- GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. São Paulo: LTr, 2007.
- GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- LIMA, Amarildo Carlos. PEREIRA, Simone. **Aferição do Assédio Moral nas Relações de Trabalho. Desafios e Possibilidades**. São Paulo: LTr, 2009.
- LUCCA, Newton de (coord.). **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARTINS, Adalberto. **Manual de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e Rogério Vidal Gandra da Silva. **Privacidade na comunicação eletrônica**. Disponível em Ci. Inf., Brasília, v. 30, n. 1, p. 13-18, jan/abr. 2001
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2007
- MILL, John Stuart. **A liberdade. Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Tradução BINI, Eduardo. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: EDIPRO, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato Nunes. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007
- PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007
- _____, **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000
- ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do Trabalho e Internet**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SARTORI, Giovanni. Antonio Angonese (trad.). **Homo videns. Televisão e pós-pensamento**. Bauru: EDUSC, 2001.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000.
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revnovar, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 641
- TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O Assédio Moral no Trabalho. Conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção**. São Paulo, LTr, 2009.
- TESSARO, Ivan José. In: CESÁRIO, João Humberto (coord). **Justiça do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: LTr, 2007
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.
- TOBEÑAS, Jose Castan. **Derechos del Hombre**. 4 ed. Madrid: Reus, 1992, pág. 287.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **CLT Interpretada**. São Paulo: Manole, 2007.

RESUMO

Num verdadeiro Estado Democrático de Direito é indispensável que a função típica do Poder Judiciário, a função jurisdicional, seja exercida por quem ostente condições de atuar com independência e imparcialidade.

E para que o juiz possa se valer de seu livre convencimento, em consonância com o princípio adotado no artigo 131 do Código de Processo Civil, não pode pesar sobre ele a responsabilidade de um ressarcimento a cada decisão proferida.

Logo, a disciplina da responsabilização civil por atos judiciais reclama tratamento diferenciado em relação aos demais agentes públicos, como garantia dos próprios jurisdicionados.

Não se trata de defender a irresponsabilidade absoluta do juiz pelos danos oriundos da sua atividade típica, mas de delimitar o cabimento das demandas pleiteando eventual reparação.

O tema é complexo e controvertido, devendo ser cumpridamente definidos os pressupostos e limites da responsabilidade civil por prejuízos conseqüentes ao exercício da função judicante.

ABSTRACT

In a real Democratic State of Law, it is deemed necessary that the main function of the Judicial Power, i.e., the jurisdictional function, be accomplished by someone able to act with independence and impartiality.

To a judge acts with his/her free understanding, in accordance with the principle described in article 131 of the Civil Process Code, a judge can not stand on his/her shoulders the responsibility of an indemnization in which and every decision issued.

Thus the civil responsibility for judicial acts must have a different treatment in relation to that from other public agents, as a manner of preserving the people who have claimed for judicial support themselves.

It does not mean that this will prevent the total responsibility from a judge for a loss caused by his/her judgment, but it should limit the border of the pleas which claim for repairing such losses.

This subject is very complex and controversial and the civil responsibility premises shall be very well defined and limited in order not to cause damages to the judge function itself.

* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Professor da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (Cadeira de Processo Civil). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrante da Oitava Câmara de Direito Público. Presidente da Associação Paulista de Magistrados - APAMAGIS (biênio 2010-2011). Membro da Academia Paulista de Magistrados.

1. INTRODUÇÃO

Não mais subsiste na doutrina e jurisprudência contemporâneas a tese da irresponsabilidade do Estado pelo ato judicial lesivo.

O artigo 37, §6º, da Constituição Federal vigente empenha a responsabilidade objetiva da Administração pelos danos ocasionados a terceiros por seus agentes, admitindo, desse modo, a teoria do risco administrativo.

Bem de ver que ocorreu modificação no texto em relação à Carta anterior, substituindo-se a expressão funcionários por outra mais abrangente: “agentes”.

Logo, ficou assente que a conduta lesiva de todo e qualquer servidor estatal, quando age nessa condição, induz à responsabilização civil da pessoa jurídica de direito público a qual esteja vinculada, incluindo-se, aí, os chamados agentes políticos, dentre os quais se encontram os magistrados.

Essa responsabilização, à evidência, não interfere com a independência funcional, empenhando-se a responsabilidade estatal em decorrência do chamado princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.

E não se pode associar a responsabilidade civil do Estado em todos os casos à responsabilidade pessoal do juiz, tendo lugar então o estudo dessa questão no presente trabalho, de modo a perquirir, à luz do sistema jurídico brasileiro, em que circunstâncias o fato jurisdicional desborda, para o seu autor, a nível pessoal, no dever de indenizar.

De outro lado, discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se o juiz, que agiu como representante do Poder Judiciário, no soberano exercício da jurisdição, é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória, à luz do disposto no § 6º do artigo 37 da Carta Magna.

Já tive oportunidade de apreciar situação concreta em que era imputada a magistrado atuação dolosa no exercício da atividade jurisdicional, que representaria investida contra a honorabilidade do autor.

E o tema mostrou-se controvertido, anotando-se, de um lado, a impertinência da ação direta contra o agente político, haja vista o seu efeito intimidatório altamente pernicioso

ao Estado de Direito, e, de outro, a impossibilidade de restringir e limitar o direito de demandar, ao fundamento de que o preceito constitucional em tela visa apenas proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos.

É de se ponderar, portanto, se a responsabilidade substitutiva do Estado absorve a responsabilidade pessoal do juiz, abrindo espaço apenas à ação regressiva do Estado contra seu agente político, ou se o suposto ofendido pode reclamar a reparação diretamente do ofensor, assumindo o ônus de provar dolo ou fraude.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO JUIZ POR ATOS JUDICIAIS

2.1. Responsabilização pelo Exercício da Atividade Jurisdicional e a Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 não trata da responsabilidade direta do magistrado em razão de danos ocasionados no exercício da função judicante, empenhando apenas a responsabilidade objetiva do Estado pelas consequências lesivas do erro judiciário, em hipótese específica, ou de conduta comissiva ou omissiva de qualquer agente público.

De acordo com o artigo 5º, inciso LXXV, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A hipótese envolve, em princípio, o exercício da atividade jurisdicional, que desborda em condenação criminal injusta ou em encarceramento do condenado além do tempo devido.

Segundo a doutrina, a finalidade do dispositivo é proteger a dignidade humana diante dos danos oriundos da atividade jurisdicional penal.

Comentando o dispositivo, Oreste Nestor de Souza Laspro dá conta que:

a primeira parte trata das hipóteses em que o juiz proferiu uma decisão, interlocutória ou definitiva, que constitui erro judiciário e causa dano à vítima.

De se notar que o direito ao ressarcimento não nasce da prisão injusta, mas sim do decreto de condenação, isto é, ainda que a vítima não tenha sido presa, caso a condenação criminal considerada injusta produza danos na esfera patrimonial ou moral, terá direito à indenização.

Já a segunda parte relaciona-se à responsabilidade por omissão, ou seja, nesta hipótese, o réu foi condenado e, no momento da execução, esta se estendeu além dos limites previstos pela sentença.

Mencionado dispositivo merece inclusive uma interpretação extensiva, na medida em que o Estado deve responder não somente nas hipóteses em que a pena já foi cumprida, mas que, pelo anormal funcionamento da justiça, o indivíduo não foi libertado, como também nos casos em que o condenado já tinha direito à progressão da pena ou ao livramento condicional não tendo, entretanto, tal provimento sido proferido ou o foi fora de um prazo razoável, isto é, a segunda parte traz a responsabilidade do Estado em toda e qualquer situação de anormal funcionamento da justiça na execução penal.

Aliás, o objetivo desse dispositivo é ampliar as hipóteses e elevar a nível constitucional a regra insculpida no artigo 630 do Código de Processo Penal.¹

Quando em exercício na 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo participei de julgamento envolvendo justamente a responsabilidade reparatória perseguida com supedâneo nos artigos 5º, LXXV, da Constituição Federal e 630 do Código de Processo Penal, proferindo o seguinte voto na **Apelação Cível nº 060.259.5/9-00:**

“Incensurável o desate condenatório.

A realidade fática é incontroversa, ficando evidenciado, à saciedade, que o autor foi condenado à pena

reclusiva pela prática de crime de roubo, vindo a ser preso em meados de outubro de 1995, quando, em verdade, era menor de 18 anos à época dos fatos.

Como salientado pelo magistrado *a quo*, a falta de controle estatal no tocante à verificação da menoridade do autor, quando da imputação da prática delitiva, constituiu omissão injustificável a causar, como no caso, constrangimento ilegal.

Realmente, se era ele inimputável, nada justificava que fosse preso e mantido no cárcere por um mês.

Segue-se, daí, a inafastável responsabilização patrimonial do Estado, diante da causação de um dano e a imputação deste a um comportamento omissivo ou comissivo no exercício de função pública.

Bem de ver que na atualidade o próprio texto constitucional encerra a aceitação da responsabilidade objetiva da Administração nos casos específicos de condenação injusta ou prisão indevida (v. art. 5º, LXXV).

Se há razões que recomendam a não extensão do dever de indenizar a toda e qualquer decisão judicial, de modo a não tolher a distribuição da justiça, a hipótese dos autos se amolda perfeitamente ao preceito da Lei Maior supra mencionado, inserindo-se dentre os casos expressamente previstos de responsabilização do Estado por ato jurisdicional.

Aliás, a responsabilidade reparatória aqui perseguida encontra também supedâneo na regra específica do artigo 630 do Código de Processo Penal, a qual autoriza ‘aquele que tenha obtido uma decisão judicial determinando a cassação de uma sentença condenatória, a requerer uma justa indenização pelos prejuízos sofridos’.

In casu, a nulidade da ação penal movida ao autor veio a ser reconhecida em sede de *habeas corpus*, coarctando-se, então, o constrangimento ilegal mediante concessão da ordem (v. fls. 104/106).

¹ *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 256/257.

De qualquer modo, consoante entendimento esposado por Yussef Said Cahali, *'impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados'* (v. 'Responsabilidade Civil do Estado', ed. RT, 1982, p. 204)."

Destarte, não há como negar que o Estado, por injunção constitucional, é responsável pela reparação do erro judiciário típico e por ofensa à liberdade pessoal, devendo a indenização cobrir, a princípio, os danos materiais e morais ocasionados pelo exercício da atividade jurisdicional penal.

Já o artigo 37, § 6º, da Carta Magna dispõe que:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Esse dispositivo consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos que seus agentes, nessa qualidade, ocasionaram a terceiros.

Inexistindo qualquer ressalva, possível concluir que a expressão "agentes" compreende os políticos.

Em consonância com o sistema jurídico brasileiro assim insculpido, o Prof. Cretella Júnior, referido por Yussef Said Cahali, dá como válidas as seguintes proposições:

a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível); ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer

no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de conseqüências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão julgante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão julgante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.²

Como se vê, mesmo o ato judicial típico que não se enquadra na regra do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, pode empenhar a responsabilidade civil do Estado, sem que isto comprometa a soberania do Poder Judiciário.

No entanto, lembra Oreste Nestor de Souza Laspro que, "na defesa da natureza soberana da atividade jurisdicional o Supremo Tribunal Federal sempre que se manifestou acerca do tema entendeu inaplicável a responsabilidade objetiva constitucional a essa função."³

De qualquer modo, o Estado responde pelos danos conseqüentes ao anormal

² *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 215/216.

³ *Op. cit.*, p. 258.

funcionamento da justiça diante da simples presença da culpa de seus agentes.

2.2. Responsabilidade Civil do Juiz na Legislação Infraconstitucional

Temos, a partir daí, por força da legislação infraconstitucional, as hipóteses em que pode ocorrer a responsabilização civil do próprio magistrado.

Segundo o artigo 133 do Código de Processo Civil, “responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.”

Preceito praticamente idêntico contém a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura):

“Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”

Bem de ver que o mais importante e razão essencial para que o dispositivo fosse repetido na Lei Orgânica da Magistratura é que dessa forma se estende, inequivocamente, a responsabilidade do juiz a todo e qualquer tipo de demanda, bastando tão somente que se trate de atividade jurisdicional, não se aceitando uma limitação somente àquelas que desenvolvem pelo processo penal. Além disso, por se tratar de lei complementar,

hierarquicamente, esta norma está abaixo somente da Constituição Federal.⁴

Nesse passo, há responsabilidade pessoal do magistrado desde que identificado proceder doloso ou fraudulento no exercício da atividade jurisdicional (penal ou não penal) e quando ele se omitir, deixando de praticar o ato que lhe competia por expressa disposição legal.

A propósito do tema, leciona José Roberto dos Santos Bedaque que:

Como qualquer pessoa, o juiz pode ser autor de ato ilícito, agindo no exercício de suas funções. Se o fizer, responderá pelas respectivas perdas e danos. Mas aqui verifica-se uma peculiaridade. A responsabilidade aquiliana do juiz somente ocorre se ele agir com dolo ou fraude, isto é, com intenção de prejudicar alguém.

O termo fraude é utilizado para identificar o comportamento do julgador, que se vale do processo para iludir, enganar. Não deixa de ser forma de dolo, pois constitui-se de manobras destinadas a enganar.

Não importa, todavia, a forma utilizada para causar dano. Desde que caracterizado o intuito, a vontade deliberada de prejudicar, para obter vantagem indevida ou por qualquer outra razão, está ele obrigado a reparar os danos suportados pela parte do processo.

Nessa medida, o ato culposo não gera obrigação de indenizar.

Observa-se que o artigo trata da responsabilidade pessoal do juiz, o que não obsta eventual obrigação do Estado, independentemente do elemento subjetivo (CF, art. 37, § 6º).

Também responde por perdas e danos o juiz que se omite ou retarda, sem motivo justificado, providência requerida pela parte ou cuja determinação lhe competia de ofício. Nesse caso, a caracterização do ilícito está condicionada ao não-atendimento, em 10 dias, de prévio requerimento da parte, dirigido ao juiz por intermédio do escrivão.

⁴LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 250.

Aqui não é necessário o comportamento doloso. Basta a culpa para surgir o dever de indenizar, que fica afastado, todavia, se o juiz demonstrar a existência de justificativa para a omissão. Em síntese, também não existe a responsabilidade se ausente a culpa.

Tanto o dolo quanto o retardamento somente configuram ato ilícito se acompanhados do dano e da relação de causalidade entre eles. O direito à indenização não nasce simplesmente da conduta inadequada do julgador, mas das conseqüências materiais ou morais causadas à parte.

A pretensão deve ser deduzida em processo cognitivo autônomo, de natureza condenatória. Não pode a parte formular o pedido no mesmo processo em que se verificou o ilícito.⁵

Anote-se, aqui, que o uso concomitante da expressão “fraude” não pode ser considerado supérfluo, pois, como admite Giovanni Ettore Nanni, “o dolo vincula-se à idéia geral de violação de um dever de ofício, ao passo que a fraude conecta-se ao comportamento malicioso do juiz, com intuito de fraudar a lei ou as partes, mediante engano.”⁶

Daí as palavras de Arruda Alvim, transcritas pelo citado autor, distinguindo as figuras típicas:

O dolo se configura como sendo a deliberação do juiz, exteriorizada através de ato praticado no processo e no exercício de suas funções, que tem o objetivo – bem sucedido – de prejudicar uma das partes ou eventualmente a ambas as partes. À idéia de dolo não se liga, necessariamente, à idéia de um proveito pessoal a ser auferido pelo juiz, como resultado de sua ação ou omissão dolosa. Será motivado, dito dolo, exemplificativamente, por

antipatia do juiz, relativamente a uma parte.

A idéia de fraude, ao reverso, já envolve a ligação do juiz com uma das partes, ou, eventualmente, com pessoa estranha ao processo, fraude esta que se exteriorizará e materializará, também no exercício das funções praticadas pelo juiz. Os atos através dos quais se possam exteriorizar a responsabilidade, por dolo ou fraude, poderão ser atos materiais, meros despachos, decisões interlocutórias ou também as sentenças, em que se decidam, ou não, o mérito da causa.⁷

Registre-se, ainda, que as expressões “dolo ou fraude”, por interpretação extensiva, devem abranger a hipótese de “simulação”, haja vista a possibilidade do juiz, em conluio com a parte, vir a praticar ato voltado a prejudicar ou beneficiar o outro litigante ou terceiros.

Logo, em princípio, a culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje ao juiz o dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público.⁸

Comentando o dispositivo específico do estatuto processual civil, Arruda Alvim dá conta, na justa medida, que:

Se, de uma parte, é bastante restrita a responsabilidade pessoal dos juízes, o que não exclui a responsabilidade civil do Estado, naquelas hipóteses em que se configure a responsabilidade dos juízes, devemos observar, por outro lado, que a responsabilidade do Estado, prescindindo-se da responsabilidade do juiz, “de índole pessoal”, é algo mais ampla.⁹

Coexistem, ademais, com os artigos 133 do Código de Processo Civil e 49 da LOMAN, regras especiais do Código Civil, que autorizam a responsabilização civil do juiz:

⁵ *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenador Antonio Carlos Marcato, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 407/408.

⁶ *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 227.

⁷ *Op. cit.*, p. 227.

⁸ v. art. 37, § 6º, da CF.

⁹ *Código de Processo Civil Comentado*. Vol. 5, p. 308.

Art. 43 do CC. “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

A respeito do tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva – com base no risco administrativo – e ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sobre o fundamento de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao CF 37 § 6º. RE conhecido e provido (STF, 2ª Turma, RE 178.806-RJ, relator Ministro Carlos Velloso).

Art. 1.744 do CC. “A responsabilidade do juiz será:

I – direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;

II – subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.”¹⁰

O dispositivo alberga situação que reclama atuação particular do magistrado, no sentido de salvaguardar o patrimônio de menores postos sob o regime de tutela.

¹⁰ correspondência parcial com o arts. 420 e 421 do CC de 1916.

A mesma responsabilidade pode ser empenhada no que toca à curatela (v. arts. 1.774 e 1.781 do CC).

2.3. Erro Judiciário

Questão tormentosa é definir a responsabilidade civil do Estado por conta do erro ou equívoco técnico-jurídico na outorga da tutela jurisdicional, haja vista que envolve normalmente a independência do julgador na formação do seu convencimento.

Para Augusto do Amaral Dergint:

o ato jurisdicional, como qualquer ato jurídico, pode conter vícios na manifestação da vontade do Estado-juiz, que podem ser intencionais, provocados ou acidentais. Podem decorrer de culpa, de erro (de fato ou de direito) ou mesmo de ignorância do magistrado.

Logo, o erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo portanto inerente a possibilidade de cometer equívocos.¹¹

No particular, diante do que dispõe o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, anota Oreste Laspro que:

a doutrina tradicional relaciona diretamente o erro judiciário ao erro penal, ou seja, segundo esse entendimento, não existe a possibilidade de erro judiciário na chamada jurisdição civil ou, se existe, não deve assim ser denominado.

O surgimento dessa restritiva posição está na origem do cabimento do ressarcimento pelo erro judiciário. Com efeito, as primeiras legislações que trataram do tema regulamentaram-no justamente em razão de erros ocorridos em processos penais.

¹¹ ETTORE, Giovanni Nanni. *Op. cit.*, p. 122.

E nem poderia ser diferente, pois os casos em que o indivíduo é preso injustamente, em especial, por um crime que não cometeu, sempre tiveram muito maior repercussão, na medida em que envolve o conceito de liberdade, do que eventual erro no âmbito do processo civil.

Contudo, isso não significa que não possa ocorrer um erro judiciário no âmbito do processo civil, o qual também deve ser ressarcido.¹²

Mas, como adverte Joel Dias Figueira

Júnior:

a hipótese pressupõe uma averiguação e comprovação por intermédio de ação apropriada do erro judiciário, que não pode ser confundido com avaliação e valoração das provas e interpretação da norma jurídica pelo julgador. Se assim não for, a independência, a segurança e a auto-confiança que deve ter o magistrado, além da formação do seu livre convencimento, estarão colocadas em xeque e, conseqüentemente, a garantia das partes na obtenção de um julgamento justo, sem contar com a certíssima “quebra” da Fazenda Pública.

“A conclusão pela irresponsabilidade do Estado na atividade jurisdicional, ressalvados os casos expressamente previstos em lei e, agora, na própria Constituição, tão fortemente defendida na doutrina e na jurisprudência soa paradoxal, diante da relevância deste setor da atuação pública e de seus efeitos sobre os jurisdicionados. Mas há razões significativas para tal orientação. Se fosse ampla a responsabilização do Estado por todos os atos jurisdicionais supostamente defeituosos ou equivocados, haveria um tolhimento e um retardamento ainda maior na administração da Justiça e na própria formação da convicção íntima do magistrado. Tal conseqüência seria ainda mais nefasta se levado em conta que as decisões, aventadamente erradas, são muito mais fruto de descuido

processual das partes ou por insuficiência probatória e não, propriamente, de negligência culposa ou dolo do julgador”.¹³

Bem por isso argumenta Rui Stoco que:

o erro há de ser causa eficiente do dano sofrido, que há de ser declarado em ação rescisória do julgado, sob pena de negar-se o valor e alcance da coisa julgada, estabelecido nas leis processuais, e instalar-se a insegurança jurídica das decisões definitivas, posto, também, que a prevaricação, concussão, corrupção, impedimento, incompetência ou erro do juiz apresentam-se como causas rescindendas de julgado (CPC, art. 485, I, II e IX). Desse modo, rescindida a sentença pelo Tribunal competente, o interessado deveria ingressar com a ação de indenização contra a Fazenda Pública.¹⁴

É certo, ademais, que mero erro técnico, inocorrente má-fé do julgador, não empenha a responsabilidade solidária ou subsidiária deste, mas apenas do Estado, desde que evidenciado o resultado danoso.

Na verdade, não se pode responsabilizar o magistrado diretamente por simples equívoco de apreciação ou interpretação, sendo admissível apenas essa responsabilização diante de falta muito grave, na forma do artigo 133 do Código de Processo Civil.

De qualquer modo, assenta o Egrégio Supremo Tribunal Federal que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei, definindo-se, então, que a atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos reguladores da espécie (v. RE nº 219.117-4 – Paraná, relator o Ministro Ilmar Galvão).

¹³ *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 60/61.

¹⁴ *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.026.

¹² *Op. cit.*, p. 214/215.

2.4. Responsabilidade Estatal decorrente do Mau Funcionamento do Aparelhamento Judiciário

Impende considerar que o serviço estatal falho, ineficiente, inoperante, pode induzir à responsabilidade civil do Estado, haja vista a regra geral do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

E nesse aspecto, o prejuízo conseqüente ao mau funcionamento do aparelhamento judiciário impõe o dever de indenizar, não se afigurando imprescindível a ocorrência de culpa ou dolo de juízes e funcionários.

A propósito, registra Joel Dias Figueira Júnior que:

o problema da disfunção da máquina administrativa judiciária não se restringe ao âmbito criminal, como dissemos anteriormente; difundiu-se em todas as instâncias, não poupando qualquer área de atuação do Poder Judiciário. O volume de processos é inversamente proporcional ao número de juízes e serventuários e, como se não bastasse, não é raro encontrarmos togados negligentes, relapsos, pouco cautelosos no seu *myster*, morosos em impulsionar o processo e lentos a oferecer a tutela estatal definitiva, desinformados das doutrinas e orientações pretorianas atuais e dominantes, despreparados cientificamente, omissos na prática correicional de seus cartórios, etc.¹⁵

Aliás, já tive oportunidade de apreciar casos concretos em que o funcionamento insatisfatório dos serviços judiciários acarretou a responsabilização civil da Fazenda Estatal, tendo lugar a transcrição das seguintes ementas:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Prisão em flagrante do autor que se prolongou além do tempo devido – Controle jurisdicional da necessidade da custódia provisória do indiciado que não foi executado adequada e

oportunamente, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça – Feito que tramitou sem a prioridade que lhe deveria ser conferida – Prestação defeituosa do serviço assumido pelo ente estatal, dando causa ao resultado danoso, que se positivou na espécie – Sentença de improcedência do pedido que não merece subsistir – Recurso provido (**Apelação Cível nº 159.527.5/9-00, da Comarca de São Paulo**).

RESPONSABILIDADE CIVIL – Pretensão indenizatória fundada em prisão indevida – Procedência parcial da demanda bem decretada em primeiro grau – Realidade fática incontroversa, ficando evidenciada a expedição errônea de ordem de captura em face da autora Sueli Gabriel que, embora condenada em ação penal à pena reclusiva, fazia jus ao benefício da suspensão condicional – Inafastabilidade da responsabilização patrimonial do Estado diante do abalo psíquico experimentado pela promovente Sueli, privada da liberdade de locomoção sem causa legítima – Impossibilidade, todavia, da falha técnica do aparelhamento Judiciário desbordar da pessoa diretamente atingida e alcançar outros sujeitos vinculados a ela por laços de parentesco – Reexame necessário e apelos das partes não providos (**Apelação Cível nº 061.404.5/9-00, da Comarca de São Paulo**).

Temos, portanto, que a tese da ampla responsabilidade civil do Estado pela sua função judicial e jurisdicional pode ser acolhida, empenhando-se, no entanto, a responsabilidade pessoal do magistrado tão somente diante de dolo, fraude e eventualmente culpa grave.

Nos dois casos concretos acima expostos, delineou-se perfeitamente fato lesivo da Administração, ou seja, prestação defeituosa do serviço assumido pelo ente estatal, não se tratando de erro judiciário em sentido estrito, o que desborda no dever de indenizar do Estado, com base na regra geral do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 75.

Entende-se, até mesmo, que a demora do processo, ou seja, a tardia entrega da prestação jurisdicional definitiva pode desbordar na responsabilização civil do Estado, quando decorrente de falha ou falta do serviço judiciário.

Ao discorrer sobre o tema, Paulo Modesto anota que:

Não é simples tratar da responsabilidade do Estado por demora na prestação jurisdicional. O tema impõe a consideração de dois problemas polêmicos: de um lado, a questão preliminar e geral sobre os limites da responsabilidade do Estado por dano decorrente da prestação jurisdicional e, por outro lado, a questão da responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos dos seus agentes, sede em que pode ser incluído o tema específico do dano resultante da demora na prestação jurisdicional. A dificuldade cresce de nível, sobremais, quando acrescentamos os dois problemas anteriores a demanda por “atualidades” ou por “novos aspectos” no tratamento do tema.¹⁶

Mas, na verdade, como bem conclui Rui Stoco,

o retardamento, o não julgamento no prazo e tempo devidos constitui a chamada *faute du service* dos franceses, a falha ou falta anônima da atividade estatal, que empenha responsabilidade subjetiva, escorada no dolo ou culpa.

... Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso – e não em face da atuação das partes ou pela demora decorrente de circunstâncias absolutamente alheias à vontade de quem preside o processo -, mas até mesmo pelo retardamento injustificado do juízo, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos jurisdicionados.¹⁷

¹⁶ *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. Revista de Direito Administrativo, nº 227, p. 291, jan.-mar./2002.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 1.023/1.024.

2.5. Responsabilidade Civil do Juiz pelo Descumprimento de seus Deveres Legais

Aponta Orlando Gomes que “o dever jurídico é a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer numa sanção”.¹⁸

Partindo dessa premissa, forçoso reconhecer que o magistrado encontra-se submetido a deveres prescritos na Carta Magna, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e outros textos legais, tendo então sua atuação demarcada, incorrendo em sanções disciplinares e de caráter civil caso venha a praticar transgressão de relevo.

Pondera Giovanni Ettore Nanni que:

na sua atividade típica, no exercício do labor jurisdicional, reportou-se que o juiz pode ser responsabilizado nos casos legalmente tipificados, ou seja, *verbi gratia*, nos pronunciamentos que profere, na direção dos trabalhos de audiência, na apreciação dos pedidos das partes, etc., ou ainda omitindo-se a praticar quaisquer atos.

Essa possibilidade decorre do fato de que o juiz é elemento integrante do Poder Judiciário, como ressalta o art. 92 da Constituição Federal, inserido em sua carreira, admitido por concurso público de provas e títulos.

No decorrer de sua carreira, pratica os atos peculiares a essa função, sujeito inclusive a responsabilização.

A peculiaridade da atividade jurisdicional, a independência e demais atributos indissociáveis dessa função, em nosso ver, não justificam a isenção de responsabilidade na transgressão de um dever jurídico.

O dever jurídico decorre da lei ou da vontade das partes, trazendo sempre no seu bojo uma sanção, no caso de descumprimento. E essa sanção não pode ser limitada, excluindo-

¹⁸ *Das Obrigações em Geral*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, p. 52/53.

se a responsabilidade civil, porque é inadmissível que dano experimentado em virtude da violação de um dever jurídico não fique ressarcido.

No caso do juiz, o dever jurídico nasce *ex vi legis*, desde o ingresso na carreira.¹⁹

Penso, no entanto, ao contrário do que sustenta o eminente doutrinador, que a responsabilização civil pessoal do juiz só pode ser admitida quando presente o dolo, a fraude ou a culpa grave na violação dos seus deveres legais.

Não se pode olvidar que o juiz está submetido a um regime diferenciado de responsabilidade, haja vista as peculiaridades da função desempenhada, razão pela qual a mera infringência de um dever jurídico não desborda na sua imputabilidade, sob pena de minar-se por completo a sua liberdade de decidir e conduzir os feitos que lhe estão afetos.

Na verdade, a violação flagrante, injustificada, de um dever jurídico, como a inércia, a indolência ou a recusa imotivada a prática de atos, é que desborda na responsabilidade direta do juiz, sem prejuízo do dever de indenizar do Estado.

Não se discute, aqui, a liberdade de julgar, mas a recusa, a omissão ou o retardamento, sem justo motivo, de providência que deveria ser ordenada de ofício ou a requerimento das partes, configurada então culpa grave em razão da denegação de justiça.

Há elucidativo precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, citado por Rui Stoco, que envolveu justamente a responsabilidade do Estado por omissão do magistrado na prática dos atos de sua competência, valendo a transcrição de sua ementa:

Ação de indenização de perdas e danos proposta contra o Estado do Rio de Janeiro fundada no art. 37, XXI, § 6º, da CF, c/c os artigos 14, II e 159 do CC (atuais arts. 41, II, e 186) e 275, I, do CPC. Procedência da ação. Danos causados por omissão do Juiz,

deixando de decidir requerimento de remoção de bens penhorados. – “No concernente à atividade jurisdicional do Magistrado, embora não possa ser ele responsabilizado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem (art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), é, todavia, seu dever cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício (art. 35, I, da citada lei)” (RT 689/207).²⁰

Nessa linha, pode também configurar a responsabilidade do juiz o descumprimento deliberado do dever de tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, funcionários e auxiliares da justiça (v. art. 35, IV, da LOMAN).

Logo, se o magistrado ofende moralmente qualquer dessas pessoas no exercício das suas funções, pode ocorrer sua responsabilização civil pela causação de lesão extrapatrimonial.

À evidência, consoante observa Giovanni Ettore Nanni, “a honra, a imagem, a intimidade, a dignidade e demais atributos que compõem a moral dos figurantes do processo devem ser respeitados pelo juiz, pois a sua liberdade de manifestação nos pronunciamentos encontra limites na própria lei, que proíbe o tratamento descortês”.

E acrescenta referido autor que:

O juiz tem o dever de dispensar um tratamento digno aos sujeitos do processo, não podendo fazer qualquer alusão pessoal, seja quanto às suas qualidades, defeitos, atitudes, etc., que ultrapassem o necessário para desempenhar sua função.

Consoante anota José Raimundo Gomes da Cruz, não pode existir animosidade ou descortesia no trato com as partes, advogados, promotores de justiça, testemunhas, auxiliares da justiça, enfim, com o público em geral.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 263.

²⁰ *Op. cit.*, p. 1.027.

A culpa grave manifesta-se quando o juiz viola o mínimo de diligência que deve ter ao judiciar. Se o juiz, dirigindo-se pessoalmente a uma das partes ou ao advogado, ofende-os moralmente, extravasando o mínimo exigido em sua conduta e deixando de atribuir um tratamento urbano, cortês, dá azo à sua responsabilização.

Nessa hipótese não é necessário o dano material, mas o dano moral basta para demandar a responsabilidade do juiz, por não agir com civilidade.

Ou ainda, se o julgador ofender moralmente o advogado de uma das partes, seja em audiência, seja por meio de uma decisão ou despacho, provocando um dano moral no constituído, ante o abalo de sua imagem, deverá o juiz reparar o dano.²¹

3. FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

3.1. A Legitimidade Passiva *Ad Causam* da Pessoa do Juiz

Nas hipóteses em que é admitida a responsabilização civil da pessoa do juiz, cumpre perquirir se o sedizente ofendido está obrigado a voltar-se exclusivamente contra o Estado, que acionará o seu agente político regressivamente se for o caso, ou se pode ele optar pelo acionamento direto da autoridade judiciária que teria ocasionado o dano.

A questão é controvertida na doutrina e na jurisprudência, alinhando-se ponderáveis argumentos nos dois sentidos.

Cumpre assentar, de início, que evidentemente, na escolha de quem ocupará o pólo passivo, deverá ser levada em consideração a causa de pedir, ou seja, o fundamento jurídico para o direito ao ressarcimento ou indenização.

Segundo Oreste Laspro, “nos casos de responsabilidade em razão de ato lícito ou ilícito, fundado em responsabilidade objetiva ou na má administração da justiça por causas

estruturais, a demanda somente poderá ser interposta em face do Estado. Naturalmente, neste caso, não existirá nem mesmo o direito de regresso, pois, no mínimo, a responsabilidade do juiz é a aquiliana. Já nas hipóteses de demanda em que se alega dolo ou culpa, se o sistema jurídico permitir a responsabilização do juiz nessas hipóteses, aquela poderá ser proposta em face dele e do Estado (que poderá responder objetivamente).”²²

Pois bem.

O autor aludido, a partir dessas considerações, sustenta que se deve permitir à parte demandar em face do Estado e do juiz, solidariamente.

Explicita que as críticas a esse sistema são as seguintes: exposição do juiz a demandas fundadas em mera vingança; a desnecessidade de propositura da demanda em face do juiz diretamente, na medida em que, em última análise, o Estado sempre é responsável e este tem indubitavelmente condições econômicas mais favoráveis ao adimplemento; a inutilidade da parte buscar a prova da responsabilidade aquiliana (no mínimo), quando o Estado responde objetivamente.

Conclui, no entanto, que essas críticas não merecem aceitação.

No tocante à possibilidade de propositura de demandas com mero espírito vingativo, como já afirmado, essa prática deve ser coibida não somente quando o juiz figura no pólo passivo, mas em qualquer tipo de demanda.

... No tocante às condições econômicas mais favoráveis do Estado, em princípio, o argumento é correto sob o prisma da estratégia processual, mas não pode tornar-se óbice ao exercício do direito de ação. Assim, em uma demanda visando a cobrança de alugueres, normalmente o locador se volta em face do fiador, na medida em que a experiência demonstra que este tem condições de cumprir a obrigação mais rapidamente que o locatário. Isso não significa que se deva proibir o locador de demandar em face do locatário. Por outro lado, no caso

²¹ *Op. cit.*, p. 274/276.

²² *Op. cit.*, p. 167.

do Brasil, exemplificando, sabe-se que as demandas em face do Estado, além de, normalmente, terem uma duração muito superior àquelas envolvendo particulares, a execução por precatório é, reiteradamente, descumprida ou o pagamento é feito em parcelas anuais que vão se arrastando, muito além do que ocorre na execução por quantia certa contra devedor solvente de procedimento comum.

Da mesma forma, o último argumento, inutilidade da interposição, diante da necessidade de se comprovar a responsabilidade aquiliana, enquanto o Estado responde objetivamente, não deve ser aceito, pois esbarra na tática processual e novamente não pode constituir óbice à própria ação. Se mais não fora, existem fortes correntes, doutrinária e jurisprudencial, contrárias à responsabilidade objetiva do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional, posição que, se for adotada, coloca o ônus da prova em face do Estado e do juiz, em princípio, nas mesmas condições. Nos sistemas que permitem, a parte pode pleitear o ressarcimento do Estado com base na responsabilidade objetiva, e do juiz, naquela subjetiva.

Finalmente, e conforme já afirmado, a propositura da demanda também em face do juiz, gera uma fiscalização disciplinar e penal, de modo indireto, o que não deve ser obstaculizado por mecanismos que não são justificáveis. Se mais não foram, não se deve esquecer ainda o aspecto punitivo e ideológico.²³

Na mesma linha, Joel Figueira Júnior dá conta que:

Nos termos do quadro classificatório que esboçamos no item nº VI, que tem por base a distinção da responsabilidade civil do Estado decorrente da função ou atividade judiciária, poderíamos sintetizar a matéria da legitimidade passiva da seguinte forma: a) responsabilidade solidária

autônoma (direta ou indireta) da Fazenda Pública e do Estado-juiz, nas hipóteses de: a1) ato ilícito (omissivo ou comissivo), por dolo ou fraude; a2) culpa grave (recusa, omissão ou retardamento de providência que deva tomar de ofício ou a requerimento da parte), sem justo motivo; b) responsabilidade direta e exclusiva da Fazenda Pública, nos casos de: b1) disfunção da máquina administrativa da Justiça; b2) erro judiciário ou erro *stricto sensu* (erro técnico no oferecimento da tutela estatal).

Em outras palavras, as duas primeiras hipóteses admitem tanto a responsabilidade concorrente passiva do Estado como a do julgador, nada obstando que o prejudicado dirija a ação contra ambos, ou, direta e tão-somente contra o magistrado, não havendo espaço para a responsabilidade civil subsidiária ou indireta, em face da gravidade das circunstâncias ensejadoras da pretensão, ou seja, responsabilidade civil pessoal do juiz.

Diversamente, no terceiro e quarto caso (disfunção da administração da Justiça e erro técnico jurisdicional), estamos frente a uma situação de responsabilidade civil do Estado pelo risco social (a própria culpa na prestação do serviço configura o pressuposto da responsabilidade, à medida que a atividade jurisdicional existe para funcionar bem e não causar dano aos que necessitarem dela), não sendo imputável ao magistrado, nem mesmo regressivamente, qualquer tipo de ônus.²⁴

Giovanni Ettore Nanni também sustenta que a melhor posição é aquela que admite ser possível acionar-se o Estado e o juiz conjuntamente, ou somente este.

Refere que:

o lesado pode acionar o juiz diretamente, sem qualquer limitação, mesmo face ao dispositivo constitucional (v. art. 37, § 6º), com supedâneo inclusive

²³ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 168/169.

²⁴ *Op. cit.*, p. 77/78.

jurisprudencial, emanado do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu reiteradas vezes a possibilidade da ação de reparação de danos ser movida contra o ente público e o funcionário causador do dano, conforme, *verbi gratia*, o Recurso Extraordinário nº 90.071-3/SC, relatado pelo Ministro Cunha Peixoto (RT 544/260), cuja conclusão, frente ao art. 107 do EC 1/69, foi de que a norma visa à proteção do lesado, pois propondo a ação somente contra a Administração, compete-lhe provar apenas a materialidade do fato e o nexo de causalidade, isto é, que do ato praticado pelo funcionário lhe adveio dano. Se dirigir o pleito contra o funcionário, terá de demonstrar também a culpa ou dolo do autor do dano. Segundo o relator, essa possibilidade é a que mais se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria.

Embora a decisão tenha sido proferida antes do advento da Constituição Federal de 1988, seus fundamentos possuem atualmente plena aplicabilidade, pois o novo texto não alterou essa possibilidade de acionar o agente estatal.²⁵

Em que pese a ponderável argumentação deduzida pelos ilustres doutrinadores, penso que a melhor interpretação da regra contida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, leva a inadmissibilidade do ingresso da demanda em face do juiz, que deverá ser endereçada originária e exclusivamente contra o Estado.

É certo que o magistrado é um agente público, exercendo função da soberania do Estado, razão pela qual não se pode lançar nos seus ombros, originariamente, a responsabilidade por eventual fato danoso na atividade judiciária, sob pena de ficar comprometida, em detrimento da sociedade, sua independência e autonomia.

No dizer de Mário Moacyr Porto:

o juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um

funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através de sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública.²⁶

Nesse passo, leciona Arruda Alvim, na justa medida, que:

a irresponsabilidade pessoal do juiz, significa uma defesa do magistrado, que, em si mesma, leva a um engrandecimento da própria independência do juiz, e, portanto, do Judiciário. Se o juiz, além dos casos apontados, se sentisse ameaçado, é certo que passaria a ser um juiz timorato, a todo momento, com medo de errar; quando mais não fosse, a sua intensa responsabilidade, faria com que a máquina judiciária emperrasse. Disto tudo, pois, deflui que a pessoa do juiz e seu patrimônio, salvo casos gravíssimos, deverão ficar a salvo de responsabilidade, por atos jurisdicionais ou mesmo materiais que pratique.²⁷

À evidência, a soberania do Poder Judiciário e a necessidade de afastar qualquer influência ilegítima no exercício funcional dos magistrados não significa imunidade.

Doutrina e jurisprudência de há muito vêm assentando que os atos jurisdicionais geram a responsabilidade objetiva do Estado, quando ocasionam prejuízos materiais e morais.

A Carta Magna vigente, em seu artigo 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva sem ressalva ou discriminação.

De outro lado, empenhada a responsabilidade civil do Estado, o juiz, cujo comportamento se mostre maculado por dolo ou fraude, pode ser alcançado pelo mecanismo da regressividade, igualmente previsto no preceito constitucional.

Como se vê, há um sistema de responsabilização civil aplicável a atos

²⁵ *Op. cit.*, p. 297/298.

²⁶ *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 146.

²⁷ *Op. cit.*, p. 302.

judiciais em geral, plenamente eficaz, que arreda a pertinência da ação direta contra o agente político, haja vista o seu efeito intimidatório altamente pernicioso no Estado de Direito.

A propósito do tema, Mauro Cappelletti já ponderava que:

em vários países a responsabilidade substitutiva do Estado, por atos conexos às funções judiciárias, absorve totalmente a responsabilidade pessoal do juiz, deixando espaço apenas à ação regressiva do Estado contra o juiz. Indiquei essa solução como a mais avançada e sofisticada, pois conjuga e concilia as duas finalidades vitais nesta matéria: a finalidade de garantir à vítima remédio seguro – uma maneira, seria o caso de dizer, de ‘socialização’, ou, se se prefere, de ‘fiscalização’ do risco – e a ‘finalidade-escudo’, de proteger, dessa forma, o juiz contra ações vexatórias.²⁸

Tal posicionamento é compartilhado por eminentes doutrinadores pátrios, à luz do que dispõe o citado artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

José Afonso da Silva dá conta justamente que:

a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também. O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja,

é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.²⁹

Celso Bastos, a seu turno, anota que:

a vítima não pode acionar diretamente os servidores, embora existam autores de tomo que sustentem o contrário. Em primeiro lugar, porque a Constituição diz claramente que as pessoas acionáveis pela vítima são as de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos. O servidor só surge como responsável pelo ressarcimento à Administração do que houver esta desembolsado. Não importa discutir aqui se seria mais moralizador permitir uma ação direta contra o funcionário. O fato é que a Lei Maior optou nitidamente pela solução contrária. Aliás, nunca chegamos a entender muito bem como possa a vítima preferir acionar uma pessoa física, muito provavelmente não detentora de um patrimônio suficiente para fazer face aos altos montantes normalmente assumidos nesse tipo de responsabilização, a uma pessoa jurídica de direito público ou mesmo a um concessionário. Além do mais, escolhendo estes últimos, a ação torna-se mais fácil, já que independe de demonstração de dolo ou culpa.³⁰

De igual modo, Edmir Netto de Araújo conclui que:

o sistema da responsabilização estatal aplicável

²⁸ *Juízes Irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 62.

²⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 620.

³⁰ **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 3, tomo III, arts. 37 a 43, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 181/182.

a atos judiciais em geral, inclusive os praticados por funcionários públicos juízes, é o da responsabilidade objetiva do Estado, fundado no risco integral, cabendo ação regressiva contra o agente público causador do dano, em caso de dolo ou culpa, mas jamais a ação direta.³¹

E, na linha desses pronunciamentos doutrinários, a 2ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.977-2, relator Ministro Néri da Silveira, definiu que efetivamente não pode ser perseguida, pelo sedizente ofendido, a responsabilidade direta da autoridade judiciária.

Oportuna, aqui, a transcrição de sua ementa:

Recurso extraordinário – Responsabilidade objetiva – Ação reparatória de dano por ato ilícito – Ilegitimidade de parte passiva – Responsabilidade exclusiva do Estado – A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados – Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica – Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual (responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições), a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa – Legitimidade passiva reservada ao Estado – Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88 – Recurso extraordinário conhecido e provido.

Destaca-se no voto do ilustre Ministro Néri da Silveira parecer da Procuradoria da República, nos seguintes termos:

a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. É que, embora seja considerada um agente público – que são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório –, os magistrados se enquadram na espécie de agente político. Estes são investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, requisitos, aliás, indispensáveis ao exercício de suas funções decisórias. É o que elucida o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro” (18ª ed. pág. 72):

“Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Nesta categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder

³¹ **Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 68 e 181.

Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)...”

Tais agentes, portanto, não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções. Com efeito, o magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atuou em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe fora imposta constitucionalmente.

Do mesmo modo, ao presidir a solenidade de diplomação dos candidatos eleitos em 1992, o MM. Juiz de Direito se manifestou como autoridade pública (agente político), razão pela qual não poderia ter sido diretamente acionado pelo postulante.

Ora, o § 6º do art. 37 é expresso ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente – gênero do qual é espécie o agente político, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos.

Desse modo, em consonância com o comando constitucional, o postulante deveria ter ajuizado a ação em face da Fazenda Estadual – responsável pelos eventuais danos causados pela autoridade ao exercer as suas atribuições –, a qual, posteriormente, teria assegurado o direito de regresso contra o responsável nas hipóteses de dolo ou culpa.

4. CONCLUSÃO

Impende considerar que é bastante restrita a possibilidade de responsabilização pessoal dos juízes pelos danos conseqüentes ao exercício da função jurisdicional, existindo uma grande preocupação em resguardar sua imprescindível independência.

Um certo grau de imunidade acaba se prestando a garantir ao magistrado o desempenho de suas funções com plena autonomia, em proveito dos jurisdicionados.

Mas há de se buscar um equilíbrio entre essa independência e a chamada responsabilidade-controle e sanção perante a sociedade, de modo a impedir, ao mesmo tempo, a sujeição do juiz a interesses subalternos e a imunidade absoluta.

Nesse contexto, o nosso ordenamento jurídico preconiza que a responsabilidade, de índole pessoal, decorre de proceder doloso ou mediante fraude, além da indolência, da omissão ou da recusa imotivada na prática dos atos funcionais (v. arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN).

Logo, a responsabilidade pessoal do juiz é posta a lume em dois estatutos fundamentais, em situações específicas, enquanto a responsabilidade estatal é mais ampla, encontrando supedâneo nos artigos 5º, LXXV e 37, § 6º, da Constituição Federal.

Por injunção constitucional, o ato jurisdicional típico, se lesivo, pode empenhar a responsabilidade civil do Estado, prescindindo-se da configuração da responsabilidade pessoal do magistrado, que é mais restrita.

Além disso, à luz do que dispõe o citado artigo 37, § 6º, da Carta Magna, o Estado deve servir como escudo protetor para o juiz e, desse modo, o ofendido somente pode se voltar contra aquele para reclamar a reparação que entende pertinente, invocando, em princípio, a sua responsabilidade objetiva.

Ao Estado, a seu turno, caberá exercer o direito de regresso, em procedimento ulterior, desde que identifique dolo ou culpa grave do magistrado.

Evita-se, nesse passo, a exposição do julgador a pretensões deduzidas por mero espírito de emulação, voltadas muitas vezes a simplesmente afastá-lo do processo.

De outro lado, possível concluir, nessa linha de raciocínio, que o exercício do direito de regresso pelo Estado tem lugar após eventual condenação, em ação autônoma, não sendo o caso de denunciação da lide, até porque muitas vezes a instauração da lide

regressiva incidente induz à ampliação do objeto da demanda, em razão de fundar-se em responsabilidade subjetiva, conspirando contra a economia processual, em detrimento do sedizente lesado.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. 5.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 3, tomo 3, São Paulo, Saraiva, 1992.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- ETTORE, Giovanni Nanni. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade Civil do Estado Juiz**. Curitiba, Juruá, 1995.
- GOMES, Orlando. **Das Obrigações em Geral**. Vol. 1, Rio de Janeiro, Forense.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.
- PORTO, Mario Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- SANCHES, SIDNEY. **Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª ed., São Paulo, Malheiros.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

RESUMO

O presente artigo trata da formação e conclusão dos contratos eletrônicos, definindo-o, primeiramente, e abordando a questão terminológica de tal figura, para, posteriormente, discorrer sobre as manifestações de vontade no ambiente eletrônico, notadamente a respeito da proposta, aceitação, oferta ao público, publicidade e, por derradeiro, classificando o consentimento eletrônico.

Palavras-chave: Contrato Eletrônico. Policitação. Proposta. Oferta. Aceitação. Consentimento Eletrônico.

ABSTRACT

This article discusses the formation and conclusion of electronic contracts, defining it first, and addressing terminology in such a figure, to then discuss the manifestations in the electronic environment, especially regarding the proposal, acceptance, offer the public, advertising and, last, classifying electronic consent.

Keywords: Electronic Contract. Proposal. Acceptance. Electronic Consent.

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Membro do Ministério Público em São Paulo.

** Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Congressista do 8º e 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica/CONIC.

1. O Contrato Eletrônico

A primeira questão que se coloca é se o contrato eletrônico consistiria em um novo tipo de contrato (contrato inominado) ou apenas um novo meio, isto é, uma nova roupagem para celebrar contratos em geral.

Com efeito, trata-se apenas de um novo instrumento para que seja manifestado o ajuste entre duas manifestações de vontades convergentes para criar, modificar (regular) ou extinguir direitos.¹

Pouco importa, assim, o objeto contratual - se contrato típico ou atípico -,² o que caracteriza o contrato eletrônico é o meio³ de exteriorização das manifestações de vontade.

Assim, contrato eletrônico é aquele em que o ajuste das partes contratantes efetiva-se através do uso da informática,⁴ o que engloba desde a utilização do bom e velho *fax* à assinatura digital (criptografada).⁵

¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51; ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. Barueri: Manole, 2004, p. 31; MARQUES. Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112.

² BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 44

³ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Eletrônico: Contratos Eletrônico e Informáticos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 73.

⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Op. cit. p. 55: “O contrato eletrônico é o acordo de vontades entre uma oferta de bens ou serviços que se manifesta por meio de recursos audiovisuais de uma rede de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de uma interatividade eletrônica. Para nós, nesse pensamento, os contratos eletrônicos são aqueles em que a manifestação da vontade seja feita necessariamente pelo uso da informática”.

⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Ob cit., p. 31: “Na nossa proposição, contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (*Electronic Data*

Utiliza-se da terminologia informática, pois é a mais abrangente, abordando toda a ciência da computação e seu maquinário eletrônico, cingindo-se o conceito alhures ao estado atual da tecnologia.

Por isso, desde já, destaca-se que nada impede em um futuro próximo ou distante sobrevenha outra tecnologia eletrônica que substitua a informática, de modo que, o conceito mais genérico, e até prolixo, em vista de tal suposição, seria o de que o contrato eletrônico é aquele em que as manifestações da vontade exteriorizam-se por qualquer meio de interação eletrônica.

Portanto, o *novo*, no que tange à contratação eletrônica, é a forma de contratar que se dá, necessariamente, sem a presença física das partes, de forma não presencial ou à distância, o que fez com que a doutrina italiana os denominasse como contratos “desumanizados”.⁶

Mas, observa-se que, de desumanizados os contratos eletrônicos “não têm nada”. Com efeito, as vontades exteriorizadas no ambiente eletrônico, inclusive, nos contratos intersistêmicos⁷ em que o computador é programado para que apenas a exteriorize de forma automática, ainda assim, pressupõe uma conduta humana. O ser humano é quem manuseia a máquina, a qual exprimirá a sua vontade, e não o contrário.

Logo, no final, o que prevalece é a vontade humana, servindo, como dito, a informática e seu maquinário eletrônico, apenas como instrumento para a sua exteriorização.

Até porque, caso assim não fosse, não haveria contrato, pois o *consensus* é indispensável para a existência do contrato,⁸ razão pela qual não se adota a nomenclatura

Interchange) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo.”

⁶ OPPO, Giorgio. Apud MARQUES, Cláudia Lima.

Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.65

⁷ Esta forma de contratação é analisada de forma detalhada no item infra 4.1.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.009, p. 27.

contratos desumanizados, mas, tão somente, contratos eletrônicos.

1.1. Terminologia: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos Ou Contratos Eletrônicos?

De início, importante destacar que, pelo menos na bibliografia consultada, há uma pequena divergência quanto à conceituação das nomenclaturas *contratos informáticos*, *contratos telemáticos* ou *contratos eletrônicos*.

Para CÍNTIA ROSA PEREIRA NUNES DE LIMA, com escólio na lição de Newton de Lucca, contrato eletrônico seria o gênero, do qual haveria duas subespécies: contratos informáticos e contratos telemáticos.⁹

O seu entendimento é de que os contratos informáticos seriam os contratos que, independentemente da forma de contratação, teriam como objeto um bem ou serviço da informática, enquanto que os contratos telemáticos caracterizar-se-iam pelo meio em que se dá a contratação – “algum meio que conjugue telecomunicação e informática” –, pouco importando, assim, o bem mediato da operação jurídica.

Enquanto que para o professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, os três substantivos compostos teriam suas diferenças, acolhendo integralmente o conceito alhures de contratos informáticos, divergindo apenas quanto à definição de contratos telemáticos e eletrônicos.

Acrescenta referido autor que, os contratos telemáticos também se caracterizariam pelo objeto da contratação – “bens informatizados” –, sendo que a contratação também teria que se dar pela utilização da informática, o que denotaria a diferença em relação aos contratos eletrônicos, que se caracterizariam pela forma da contratação, mas não pelo objeto da operação econômica.¹⁰

⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009, p. 443

¹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Ob cit., p. 55/57.

Portanto, para este doutrinador não haveria gênero e sub-espécie, mas sim três figuras distintas.

Com todo respeito, os contratos telemáticos não precisam, necessariamente, ter como objeto bens informáticos.

Ora, o vernáculo telemática, como bem observado pelo próprio professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, com base nos ensinamento de Aurélio Buarque de Holanda, trata-se, apenas, de uma ciência que conjuga o uso do computador e da telecomunicação, o que, portanto, não se restringe à operações econômicas sobre bens de consumo informáticos.

Por outro lado, o vernáculo eletrônico é abrangente, a ponto de acobertar bens informáticos e a telecomunicação através do uso do computador, já que ambos derivam de tal ramo da ciência.

Acontece que, a terminologia contratos eletrônicos encontra-se já consagrada, como sinônimo de contrato telemático.

Por isso que, sem tomar partido, tal como sem preciosismo terminológico exacerbado, ousa-se divergir de tais ensinamentos, para fins de terminologia deste trabalho.

Assim, contratos eletrônicos ou telemáticos seriam as avenças formadas através do uso da informática, por interação eletrônica, sendo, portanto, expressões equivalentes. Enquanto que, os contratos informáticos caracterizar-se-iam pelo objeto da avença – bens de consumo da informática, independente da forma de contratação utilizada.¹¹

2. A Formação e a Conclusão dos Contratos Eletrônicos

2.1 As Declarações de Vontade e sua Exteriorização no Ambiente Eletrônico

Como ensina DARCY BESSONE “a formação de todo o contrato se baseia no

¹¹ O mesmo entendimento foi adotado por MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor.** Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009, p. 15 e 48.

consentimento”,¹² confirmando, assim, como assevera a professora Maria Helena Diniz,¹³ de que, realmente, o *consensus* é elemento de existência dos contratos.

É o encontro de vontades, isto é o fusional de vontades conjugadas a respeito de um fim desejado, que irá formar o vínculo contratual.¹⁴ Trata-se, nada mais, nada menos, do denominado princípio do consensualismo¹⁵ ou do consentimento,¹⁶ pelo qual é suficiente, tão somente, o acerto de vontades para a deflagração do nexo contratual.

E, por assim ser, óbvio que deve haver a vontade de duas ou mais pessoas para fins de contratação, mas, mais do que isso, este “fenômeno psíquico” deve ser exteriorizado, “tem de ganhar corpo e vulto”,¹⁷ exprimindo-se este ânimo de contratação, que são as declarações de vontade.

Somente assim leva-se à outra parte ciência ou conhecimento a respeito da intenção de contratação e, por conseguinte, do pretendido ajuste para se alcançarem efeitos jurídicos. Enquanto, a intenção de contratação fizer parte, apenas, do mundo das “idéias” é um nada jurídico, por isso essencial que seja exteriorizada, a fim de que cumpra o seu papel de nascedouro de uma relação jurídica.

¹² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 147.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 36: Todo o contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55.

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 3: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38: “De acordo com o princípio do consensualismo, apenas há contrato mediante a declaração de convergente de vontades acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo”.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37: “No Direito hodierno vigora o princípio do consentimento, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato”.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 125.

Diversos podem ser os meios de materialização da indigitada manifestação de vontade, devendo esta, apenas, ser *inteligível*, de tal modo que, a parte a quem ela é dirigida possa interpretá-la adequadamente.

Pouco importa, destarte, se tal manifestação dar-se-á verbalmente, por escrito, por telefone, por correspondência epistolar ou, ainda, por meio de *interação eletrônica*, através do uso da informática, de modo que necessária, somente, a sua *identificação e absorção*.

Assim sendo, diante da multiplicidade dos recursos tecnológicos, torna-se imprescindível a existência de “compatibilidade técnica entre os sistemas computacionais utilizados para a transmissão e recepção das declarações”.¹⁸

Logo, as declarações de vontade no ambiente eletrônico, com força no princípio do consensualismo,¹⁹ são plenamente válidas para a formação do vínculo contratual, desde que sejam, ao menos, *inteligíveis*, pressupondo, assim, uma compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados para a troca de informações.²⁰

2.2 Proposta no Código Civil

Este ato é o que dá impulso para o processo de formação dos contratos. A própria experiência cotidiana mostra-nos que, primeiro, deve haver uma provocação (ato unilateral) para que, *a posteriori*, sobrevenha um ato bilateral.

¹⁸ BARBAGALO. BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 57.

¹⁹ Não se ignora os contratos reais, pelos quais somente com a entrega da coisa é que se reputa concluído o contrato, o que, entretanto, configura exceção, pois a regra, pelo princípio do consensualismo, é de que o simples ajuste ou acerto de vontades já deflagra o nexo contratual.

²⁰ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. Ob cit., p. 77: “Fundamental para a validade da manifestação de vontade emitida por meios eletrônicos, é a compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados. O destinatário da declaração de vontade tem de possuir os meios capazes para receber e entender a declaração enviada.”

Como assevera PAULO NADER, “o acordo de vontades, dado fundamental ao contrato, não se alcança sem um *iter*”.²¹ Necessário, como *conditio sine qua non*, que alguém tome a iniciativa para originar o *diálogo contratual*, o que se dá por meio da *proposta* ou da *policitação*, pelos menos conforme disposição legal.²²

A depender dos elementos dessa provocação, este ato configurar-se-á como uma proposta ou apenas negociação preliminar.

Será proposta, se a provocação detiver todos os elementos essenciais²³ da visada avença, sendo precisa e completa²⁴ e, ainda, tendo esta manifestação de vontade, séria intenção de contratar.²⁵

Caso contrário, se o ato não se revestir dos elementos essenciais do contrato projetado²⁶ e, ainda, se a sua intenção revelar-se, apenas, com o intuito de sondagem, de discussão,²⁷ enfim, de “entendimentos destinados à sua melhor formulação”,²⁸ caracterizar-se-á como negociação preliminar.

Esta fase de “pontuação”,²⁹ no mais das vezes, sempre precede a formulação da proposta, haja vista a complexidade das relações contratuais, que reclamam uma fase-prévia de discussões a respeito do programa obrigacional, para daí ser formulada a proposta de contratação que reunirá todos os elementos da avença.

Em vista, justamente, desses elementos que diferenciam a proposta da tratativa preliminar, é que decorre o efeito *vinculante* presente na primeira, que é o “divisor de águas” para a segunda.

Cabe ressaltar que o artigo 427 do Código Civil utiliza o tempo verbal “obriga” e não o “vincula”. Contudo, a doutrina, a qual se filia o presente estudo, critica tal terminologia, ante o próprio conceito de contrato e de policitação.

Ora, como visto, contrato é oriundo de consentimento e, assim sendo, impossível, apenas, uma declaração de vontade obrigar,³⁰ criando, por exemplo, um dever de dar uma coisa, de fazer ou não fazer algo (*interpretação strictu sensu do vernáculo obrigar de acordo com título I – Modalidades das Obrigações, do Livro I – Obrigações do Código Civil*).

Se assim fosse, como bem pondera DARCY BESSONE “a única fonte das obrigações voluntárias passaria a ser a declaração unilateral. E seria contraditório falar-se em formação de contrato, quando a tese propugnada a excluiria, para dar lugar a declarações unilaterais paralelas, das quais nasceriam todas as obrigações dos declarantes”.³¹

Até por isso, define-se proposta como sendo uma declaração de vontade unilateral *receptícia*,³² a qual depende de uma declaração posterior para, enfim, surgir uma

²¹ NADER. Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52.

²² A seção II do Código Civil, que trata a respeito da Formação dos Contratos, tem como seu primeiro dispositivo, o artigo 427 que regulamenta, justamente, a proposta, não havendo previsão a respeito das negociações preliminares.

²³ NADER. Op. Cit., p.54

²⁴ GOMES. Op. Cit., p. 73: “Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da *aceitação*, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato”

²⁵ ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163: “Por outro lado, a proposta a proposta deve se revelar séria, revelando o inequívoco propósito de contratar em seus termos. Acompanhado de protesto geral e específico, e de restrições à força vinculativa prevista no artigo 427, se transmutará em simples convite à oferta (*invitatione ad offerendum*).”

²⁶ Esta expressão é utilizada ao inverso, “projetado contrato”, por ARAKEN. Op. cit., p. 161.

²⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 285.”(...) como as negociações pressupõem ainda uma situação imatura, na medida em que as partes discutem eventual e o contrato, as mesmas não são movidas por uma vontade de contratar, mas apenas por uma vontade de discutir”.

²⁸ GOMES. Op. Cit., p. 72.

²⁹ NADER. Op. Cit., p.52

³⁰ ASSIS. Op. Cit., p. 168: “De acordo com o artigo 429, a proposta “obriga” o proponente. O verbo “obrigar” é altamente impróprio. O proponente ainda não deve e, portanto, tampouco se encontra obrigado em razão de simples oferecimento de proposta ao destinatário. Na verdade, o proponente fica vinculado à sua manifestação de vontade de contratar, ou seja, a manter a proposta.”

³¹ BESSONE. Op. Cit., p. 168.

³² GOMES. Op. Cit., p. 73; DINIZ. Op. cit., p. 49.

obrigação,³³ de sorte a formar o vínculo contratual, que corresponde à aceitação do policitado à policitização.

O efeito vinculante da proposta está adstrito, assim, não por sua obrigatoriedade, isto é firmar o contrato, tanto que a policitização poderá ser objeto de retratação, mas à sujeição do policitante a se responsabilizar por eventuais perdas e danos a serem suportadas pelo oblato que tinha “fundada expectativa de realização de negócio”.³⁴

Nesse sentido, é a definição de vinculação da proposta, pois, como visto, nunca será o proponente obrigado a contratar e, do mesmo modo, a proposta nunca será irrevogável,³⁵ salvo os casos em que a proposta já venha acompanhada de cláusula de irrevogabilidade.

Por isso que, salvo a única hipótese alhures, a proposta será sempre revogável, podendo ou não acarretar a responsabilização do proponente pelo prejuízo suportado pelo policitado, a depender do enquadramento legal da retratação (vide: 2ª parte do artigo 427 e os incisos do artigo 428, ambos do Código Civil).

Desta feita, necessário delimitar o momento em que a proposta vincula seu proponente.

Por ser uma declaração receptícia, óbvio, que a policitização só vinculará seu emissor, no momento em que esta for de *conhecimento*³⁶ do seu destinatário, criando-lhe, assim, uma justa expectativa de contração.

Ora, o fundamento que embasa o efeito vinculativo da proposta é a “estabilidade das

relações sociais”³⁷ e, assim, a relação contratual só terá seu nascedouro, quando a proposta chegar ao conhecimento do oblato, momento no qual a semente da bilateralidade estará semeada.³⁸

Pois bem. Pouco importa assim, o meio utilizado para iniciar o diálogo contratual, necessário apenas que seu destinatário compreenda a intenção de contratar, o que poderá ocorrer por meio dos recursos tecnológicos da informática (*e-mail, chats, skype* etc...), caracterizando-se, assim, como uma *proposta eletrônica*.

O projeto de Lei 4.906/2001, que visa regulamentar o comércio eletrônico, prevê em seu artigo 11³⁹ que a oferta pode ser expressa por “mensagens eletrônicas”.

A problemática da proposta eletrônica cinge-se, ao momento de sua eficácia e, por conseguinte, do seu efeito vinculante.

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA tratou do assunto. Para a jurista há de se verificar as seguintes variáveis da proposta: se é ou não corpórea⁴⁰ e, por conseguinte, se é ou não instantânea.⁴¹

Sendo instantânea e corpórea, como, por exemplo, na utilização do MSN, a proposta seria vinculativa, desde a sua exteriorização, pouco importando, o efetivo conhecimento pelo destinatário.⁴²

³⁷ DINIZ. Op. Cit., p. 53.

³⁸ Como visto a expedição da policitização configura apenas uma manifestação unilateral de vontade, de modo que, apenas, quando é recebida pelo seu destinatário é que, enfim, poderá haver bilateralidade no que concerne a tal ato jurídico.

³⁹ Art. 11: Na celebração de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagem eletrônica.

⁴⁰ Corpórea seria a materialização da vontade de contratar, como, por exemplo, ocorre nos chats, em que os caracteres da exteriorização da vontade podem ser armazenados. A *contrarium sensu*, não corpórea seria em relação àqueles casos em que a exteriorização de vontade não pode ser armazenada, materializada, como ocorre nos casos de conversação de voz, *skype*.

⁴¹ O vernáculo já é auto-explicativo. Proposta instantânea seria aquela em que o contato com o oblato é imediato, isto é súbito, como no MSN. Enquanto que não instantânea, seria o caso em que o contato é intervalado, necessitando de um espaço de tempo não só para a comunicação da policitização, como também para a própria contratação. Veja: LIMA. Op. Cit., p. 412-414.

⁴² LIMA. Op. Cit., p. 475.

³³ Em sentido análogo: MARQUES. *Contratos*. Op. Cit., p. 721: “O que significaria exatamente esta vinculação: seria sinônimo de obrigação contratual principal? Não: apesar de o art. 427 do CC/2002 utilizar o verbo obrigar, não podemos confundir os efeitos da proposta clássica com os efeitos do contrato em si. O proponente não fica obrigado a efetuar a prestação principal. Esta obrigação contratual principal só nascerá após a aceitação, quando da formação do contrato.”

³⁴ GONÇALVES. Op. Cit., p. 74.

³⁵ BESSONE. Op. Cit., p. 165: “O proponente poderá revogá-la, ainda que respondendo pelo prejuízo decorrente da revogação, e, revogando-se, impedirá a formação do contrato, porque o acordo de vontades deve ser atual e não se poderá realizar quando, ao ser manifestada a aceitação, a proposta já houver sido destruída pela revogação.”

³⁶ GOMES. Op. Cit., p. 75.

Não sendo corpórea, mas instantânea, como na utilização de conversação de voz, seria necessário o efetivo conhecimento do oblato.⁴³

E, ainda, quando fosse corpórea, mas não instantânea, *verbi gratia*, por e-mail, o seu efeito vinculante dar-se-ia, desde o momento em que a proposta ingressasse no sistema de informação do oblato, não sendo assim, necessário seu conhecimento, mas, apenas, a sua acessibilidade.⁴⁴

De modo diverso, ao que parece, o Projeto de Lei 4.906/2001 adotou de forma indistinta, para qualquer “tipo” de mensagem eletrônica (entenda-se proposta eletrônica), que seus efeitos valerão a partir do aviso de seu *recebimento*.

Pelo que se depreende da análise dos artigos constantes do capítulo III, da seção V do Projeto – Do Aviso de Recebimento –, toda a eficácia das mensagens eletrônicas e, até, a sua própria *existência* (vide: artigos 19, inciso II, e 20 do projeto de Lei 4.906/2001)⁴⁵ estão condicionadas ao aviso de recebimento a ser informado pelo destinatário.

Não obstante a terminologia “aviso de recebimento”, a qual induz, em uma primeira análise, atrelar-se a eficácia da proposta apenas a sua acessibilidade, a verdade é que, na prática, a aludida “ferramenta” está mais em consonância com efetivo conhecimento da mensagem do que à sua acessibilidade.

Ora, como sabido, o aviso de recebimento só é expedido no momento em que o destinatário visualiza a mensagem,

oportunidade na qual, por exemplo, em sede da utilização do Microsoft Outlook, é facultado ao destinatário optar pelo o envio ou não de tal confirmação.

Até por isso, seria mais adequado falar-se em confirmação de leitura e, não de aviso de recebimento, pois tal confirmação ocorre posteriormente à acessibilidade da mensagem eletrônica, notadamente quando o seu destinatário a visualiza, razão pela qual o efeito vinculativo da proposta eletrônica está condicionado, ao que parece, para as disposições do anteprojeto, ao seu efetivo conhecimento.

Vale destacar, entretanto, que o regramento acima estabelecido é *supletivo*, eis que, o artigo 10⁴⁶ da mencionada lei, prevê que as partes poderão, mediante comum acordo, alterar as disposições da lei a respeito da comunicação eletrônica, de modo a prevalecer a autonomia privada.

À guisa de conclusão comunga-se, das disposições do citado anteprojeto, tal como da posição de Orlando Gomes⁴⁷, de que a eficácia da proposta, pelo seu próprio conceito, está condicionada ao efetivo conhecimento da mesma, isto é da sua *real recepção*.⁴⁸

Contraditório seria suscitar tese diferente, quando a própria natureza do efeito vinculante da proposta está entrelaçada à *confiança*⁴⁹ despendida no oblato a respeito da contração, o que só acontece, por óbvio, quando este tem o conhecimento efetivo da proposta.

⁴³ *Idem*. Op. Cit., p. 476.

⁴⁴ *Idem*. *Ibidem*. Op. Cit., p. 477.

⁴⁵ Art. 19. No caso de o remetente não declarar que os efeitos da mensagem eletrônica estão condicionadas à recepção de um aviso de recebimento e tal aviso não for recebido pelo remetente dentro do prazo estabelecido ou pactuado, ou, inexistindo este, o remetente poderá, em um prazo razoável: I – notificar o destinatário declarado que nenhum aviso de recebimento foi recebido e estipulando um prazo adequado à efetivação dessa providência; II – caso o aviso de recebimento não seja recebido dentro do prazo a que se refere o inciso I, o remetente poderá, notificando o destinatário, tratar a mensagem como se ela nunca tivesse existido.

Art. 20. A recepção, pelo remetente, do aviso de recebimento enviado pelo destinatário gera a presunção de que aquele que tenha recebido a mensagem eletrônica pertinente.

⁴⁶ Art. 10. Nas relações entre as partes que geram, enviam, recebem, armazenam ou, de qualquer outro modo, processam mensagens eletrônicas, as disposições deste capítulo poderão ser alteradas, mediante comum acordo.

⁴⁷ GOMES. Op. Cit., p. 75.

⁴⁸ Poder-se-ia cogitar que *recepção* seria equivalente à acessibilidade. Por isso que, fala-se em real recepção, sendo necessário que a proposta adentre na esfera de conhecimento e não apenas na sua esfera de controle, o que difere, portanto, de acessibilidade.

⁴⁹ ASSIS. Op. Cit., p. 169: “O princípio da força vinculativa da proposta se entrosa com o princípio da boa-fé. É a solução preferível, *de lege data*, e bem fez o art. 427 em adotá-la. A oferta instiga uma legítima expectativa no destinatário. Sua retirada arbitrária e inopinada, no correto alvitre de Silvio Rodrigues, “representaria uma fonte insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro... que de boa-fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada.”

Imagina-se, suscitar a responsabilização pelos danos decorrentes da revogação da proposta, quando esta, embora tenha se mostrado acessível, não tenha chegado ao conhecimento do policitado, seria afrontar toda a estrutura da força vinculativa da proposta.

Por isso que, não obstante a mudança dos meios intimativos de contratação, ainda assim, prevalece toda a estrutura da formação dos contratos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da proposta, até, pelo menos, que sobrevenha legislação específica a tratar de maneira díspare a matéria, o que, observe-se, efetivamente, não decorre do anteprojeto de Lei 4.906/2001.

2.3 A Oferta ao Público no Código Civil

O elemento inicial do contrato pode ser direcionado a um número determinado de pessoas, configurando-se como proposta, ou a um número indeterminado de pessoas, caracterizando-se como oferta ao público.

Frisa-se que, a distinção não está atrelada à quantidade de pessoas que são atingidas pela policitação, um número reduzido ou massificado, mas, mais precisamente, quanto ao aspecto de os policitados serem determinados ou indeterminados.

Assim, *verbi gratia*, será considerada proposta o envio de uma série de e-mails para um *mailing list*,⁵⁰ enquanto que será considerado como oferta, um anúncio em uma revista ou em jornal.⁵¹

A referida diferenciação, entre proposta e oferta, é fruto da inovação do Código Civil, eis que, em relação ao artigo 429⁵² do Código Civil não havia dispositivo correspondente no diploma civil de 1916.

E, ao contrário de outras legislações, a oferta ao público, desde que revestida dos elementos essenciais do contrato e, do

contrário não resultar de suas circunstâncias e dos usos e costumes, vincula o ofertante, não sendo apenas um mero convite a contratar.⁵³

A *contrarium sensu*, se a manifestação ao público não contiver todos os elementos essenciais do contrato, haverá verdadeira *invitatio ad offerendum*, como acontece com um anúncio publicitário que não está, na grande maioria das vezes, acompanhado de tais questões pontuais contratuais.

Vale dizer que, este regramento não engloba as relações de consumo que, como veremos no tópico infra, dispõem de regulamento especial.

A oferta, assim como a proposta, também poderá ser revogada, desde que tal ressalva conste da oferta realizada e, ainda, seja veiculada pelos mesmos meios da veiculação da oferta (*exegese* do artigo 429, p. único, do Código Civil).

Posto tal panorama, cabe realizar o enquadramento geral da oferta eletrônica.

Pois bem. Assim como na proposta, o conceito do instituto jurídico sob análise é o mesmo, sendo que a sua peculiaridade consiste no meio em que é propagada a intenção de contratar.

Assim, os meios eletrônicos que possibilitam uma divulgação a um número indeterminado de pessoas serão considerados como meio de envio de oferta eletrônica, como por exemplo, os *webs sites*, as revistas digitais ou virtuais.

A questão importante a que se coloca é que, como já destacado acima, eventual revogação da proposta deve ser concretizada pelo mesmo meio de veiculação da proposta.

Assim, se feita por meio de um determinado *web site*, o aviso de retratação deve ser concretizado naquele mesmo sítio da *internet* e, o mais importante, a possibilidade de tal retratação tem que constar na própria oferta, sob pena de a revogação ser ilegítima.

Caso contrário, estar-se-á despendendo uma legítima confiança nos destinatários da

⁵⁰ Consiste no envio de um grande número de mensagens eletrônicas ou mesmo correspondências, oferecendo um bem, produto ou serviço.

⁵¹ ASSIS. Op. Cit., p. 184.

⁵² “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra em os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

⁵³ No Canadá, por exemplo, a policitação a um número indeterminado de pessoas não vincula o ofertante, eis que, trata-se apenas de um “*invitation to treat*”, de sorte que a pessoa que é atingida pela oferta é que será o proponente na contratação, já que, repita-se, trata-se apenas de um convite à contratação. Vide: LIMA. Op. Cit., p. 391.

oferta pela conclusão do contrato, de sorte que, a retratação resultará em perdas e danos, podendo o ofertante ser responsabilizado nesse tocante.

Conclusivo mais uma vez, é o princípio da confiança. Se, na própria oferta ressalva-se a possibilidade de sua revogação fica, por conseguinte, maculada uma justa expectativa de contratação, pois o destinatário sabe, desde logo, tal possibilidade. Entretanto, vale observar, que a revogação da oferta deve ser veiculada pelo mesmo mecanismo de sua divulgação, devendo ter um alcance igual ou maior do citado ato do início do contrato, sob pena de ser ilegítima.

2.4 A Oferta no Código de Defesa do Consumidor

Ab initio, importante destacar que o diploma consumerista não estabeleceu a exposta diferença entre proposta e oferta, equivalendo tais expressões.

Assim, no termos do Código de Defesa do Consumidor, não haverá diferença se o movimento inaugural do contrato é direcionado a um número indeterminado ou determinado de pessoas, pois em ambos os casos haverá oferta.

E, o Código Civil difere ainda mais do Código de Defesa do Consumidor no tocante à abordagem da formação dos contratos.

Assim, observa-se do artigo 30 do diploma consumerista, que acaba por *ampliar* o conceito de oferta, já que a trata como toda e qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa que veiculada *obriga* o fornecedor e *integrará* o contrato a ser celebrado.⁵⁴

Pouco importa, assim, se a oferta, no âmbito das relações consumeristas, trará os elementos essenciais do contrato, já que toda e qualquer informação ou publicidade vincula o ofertante, bastando ser precisa sobre algum elemento da contratação.

A própria figura da publicidade reclamava um regramento no sentido alhures,

eis que, como sabido, a propagação de idéias que se estabelece na sociedade atual alcança um nível de massificação enorme, de sorte que, cada vez mais, a divulgação de um produto ou um serviço representa uma linguagem concisa e rápida, a qual impede encerrar todos os elementos da contratação.⁵⁵

Tal constatação é de fácil percepção, eis que, a aventada publicidade caracteriza-se, na verdade, mais por um *marketing*, que visa inculcar a idéia no consumidor a adquirir um bem de consumo, do que pela “preocupação em evidenciar todos os elementos essenciais do contrato”.⁵⁶

Por isso que, toda e qualquer publicidade representará uma oferta e, por consequência, integrará o futuro contrato a ser celebrado.

Assim, o consumidor poderá exigir aquilo que foi publicizado no momento da conclusão do contrato e, ainda, mesmo que não ressalvado no instrumento contratual, também poderá dela se beneficiar durante a execução do contrato.⁵⁷

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 154: “Por outro lado, a oferta ao público apenas obriga quando encerra os requisitos essenciais do contrato. Esta exigência, embora obedeça o lógica contratual do direito civil tradicional, naturalmente que não aparece adequada à realidade dos contratos de massa, assim como o fenômeno da publicidade e sua linguagem às vezes muito fluída, de duplo sentido, sem precisão e caráter determinável inerentes à noção da proposta contratual formal e determinada. Daí porque, nos contratos de consumo, a definição de oferta não mais exigirá a determinação de um ato específico com informações precisas sobre todos os elementos do contrato.”

⁵⁶ LIMA. Op. Cit., p. 384.

⁵⁷ Esclarecedor é o exemplo de NUNES, Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396: “Suponhamos que uma construtora faça anúncio de venda de apartamentos, que já são entregues com armários embutidos no quarto. Atraído o consumidor, ele adquire o imóvel mediante escritura pública da qual não consta que o bem está sendo entregue com os armários embutidos. E, de fato, recebendo as chaves e tomando posse, o consumidor percebe a falta de armários. Como fica a relação?”

O outro sentido disposto no art. 30, ao expressar “integra o contrato que vier a ser celebrado”, é o de que, uma vez feita a oferta, todos os elementos que a compõem, desde já, integram o contrato a ser celebrado,

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Como bem observado pela professora Cláudia Lima Marques⁵⁸, já era chegada a hora em que o ordenamento jurídico daria relevância para o fenômeno, tão difundido, da publicidade, a ponto de proteger a confiança que dela deriva.

O fato social da contratação já não está, há muito tempo, atrelado ao modelo da contratação previsto pelo Código Civil em que, necessariamente, o elemento inicial do contrato, para vincular o ofertante ou proponente, deveria encerrar todos os elementos essenciais do contrato.

Ainda que não estejam previstos todos os elementos do contrato, o *marketing*, a publicidade, ou somente uma informação prestada pelo vendedor, divulgando, de modo suficiente e preciso, algumas ou alguma condição contratual, por si só, já dependem confiança no policitado, pelo menos no que tange a aquele aspecto *pontual* do contrato.

Deste modo, por ser de rigor, deve haver um alargamento do efeito vinculante da proposta ou da oferta, para que toda e qualquer confiança incutida a alguém, por mais que seja advinda de um simples contato social e/ou negocial, seja protegida, já que é apta a deflagrar um vínculo jurídico, aquele da justa expectativa quanto aquele elemento precisamente divulgado.

Tal inovação, vale dizer, é digna de aplausos e está em consonância com os métodos atuais de contratação, notadamente aqueles utilizados em sede do ambiente eletrônico, no qual a comunicação e os contatos sociais são tão *fluidos*.

Atualmente, os *e-mails*, os *links*, as “janelas” que, automaticamente, abrem-se ao acessar um domínio na internet, representam a atual linguagem da publicidade e que, portanto, devem ser tidos como ofertas, de

mesmo que quando de sua assinatura, o fornecedor omite algum ou alguns elementos que dele constavam. Não resta dúvida de que, no caso do exemplo, a construtora está obrigada a cumprir a oferta, instalando os armários embutidos, exatamente como fora anunciado.”

⁵⁸ A Autora, de forma brilhante, traça todo o panorama do alargamento do campo obrigacional, o que o faz, com base, na construção doutrinária alemã, notadamente a do catedrático da Universidade de Tubigen, Johannes Koendgen. MARQUES. *Contratos*. Op. Cit., 729 e seguintes.

sorte que as informações suficientes e precisas ali veiculadas vincularão o ofertante.

Se no passado com maior intensidade eram os anúncios na rede de televisão aberta e no rádio, hodiernamente, de forma mais incisiva, são as apontadas técnicas em que consiste o novo modelo de publicidade.

Esta atuação dos fornecedores de bens de consumo acarreta, invariavelmente, confiança nos consumidores, frente à *aparência*⁵⁹ criada que representarão ofertas de consumo, sendo, portanto, elemento decisivo para a formação dos contratos eletrônicos.

Neste cenário, mais do que nunca, é imprescindível a aplicação do regime jurídico consumerista para regular a formação dos contratos eletrônicos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da publicidade propagada nos ambientes eletrônicos, a fim de proteger a confiança⁶⁰ despendida nos consumidores, viabilizando, assim, o próprio comércio eletrônico.

Sob esta premissa é que devem ser visualizados os contatos sociais no âmbito da contratação eletrônica. Especialmente as publicidades e informações veiculadas que consistirão, nos termos do artigo 30 do código de Defesa do Consumidor, uma oferta a que estará vinculado o prestador de serviços ou de produtos.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 375-376: “A confiança é necessária porquanto ela está na base do funcionamento do sistema especializado, indestrinçável e anônimo, consistindo no lubrificante das relações sociais. Em virtude disso, deve ter respaldo jurídico, tanto por meio de presunções quanto mediante imputações de responsabilidade, utilizando para isso a regra da aparência jurídica.

Por esta razão, sustentamos que no plano conceitual é necessário utilizar a noção de aparência jurídica para justificar a existência de oferta contratual de bens e serviços e a noção de confiança para aferir a aceitação. Esses instrumentos têm importância decisiva no momento da formação do consentimento contratual em matéria de responsabilidade por danos e no plano da lei aplicável.”

⁶⁰ Esta é a conclusão de Cláudia Lima Marques que já é perceptível na introdução de sua obra tão festejada: MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos do consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-50.

E, as conseqüências do efeito vinculante da oferta também são díspares. Enquanto que, no Código Civil a recusa indevida em dar cumprimento à oferta resulta em perdas e danos, no Código de do Consumidor é facultado ao consumidor optar entre o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou serviço equivalente ou, ainda, rescindir o contrato com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, mais perdas e danos.⁶¹

Percebe-se, ante o exposto, que há dois regimes jurídicos bem distintos sobre a oferta ao público, aquele para as relações de consumo e aquele para as relações privadas civis e empresariais, regulados, respectivamente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.⁶²

Logo, no caso concreto, deverá ser auferido se a relação jurídica encampa uma relação de consumo ou não, para daí proceder ao regramento da formação do contrato eletrônico.⁶³

⁶¹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *In: Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010, p. 342.

⁶² SENISE. Manual. Op. Cit., p. 123.

⁶³ Verifica-se uma classificação das relações jurídicas formadas no ambiente eletrônico que auxilia a respeito da investigação de sua natureza jurídica e, por conseguinte, do regramento a ser a ela aplicado. SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet**. In **Direito dos Contratos II**. Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008: i) B2B Business to business: Trata-se de negócio jurídico praticado entre empresários na sua linha ou cadeia de produção específica. Utiliza-se o site como meio para a compra e venda de produtos ou serviços específicos da linha da empresa prestadora, comercializadora ou fabricante ou para o relacionamento entre o distribuidor e a sua rede de representantes ou agentes empresariais. ii) B2C Business to Consumer: São negócios jurídicos de escopo diverso que efetivamente envolvem um consumidor como destinatário final do produto ou dos serviços. Estes sites são voltados para a venda ou prestação de serviços no varejo. iii) C2C Consumer to consumer: São sites que envolvem tão-só a relação de consumidor para consumidor. Em alguns destes sites, se possibilita a conversação entre pessoas (*chat*) ou a exposição de imagens e vídeos entre pessoas consumidoras (*Orkut-youtube*) e, em outros, são praticados negócios jurídicos por consumidores e para consumidores. Há quem discipline e ordene estes sites e disponibilize os serviços organizatórias aos

2.5 A Publicidade

A publicidade como uma forma de oferta, tal como de um contato social negocial, já foi abordada no item supra, cabendo, agora, discorrê-la sob a ótica dos deveres alocados nos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁴

Por isso que, como bem salientado por PAULO VASCONCELOS JACOBINA, o controle da publicidade “tem uma característica muito forte na tutela de direitos difusos”,⁶⁵ visto que deixa ter seus reflexos no que pertine às partes contratuais, passando a ter seus reflexos sobre pessoas indeterminadas, a uma pluralidade de consumidores.

O próprio conceito de publicidade induz à conclusão acima tecida.

Como nos ensina a doutrina, a publicidade é uma forma de comunicação para o fim de estimular ou influenciar o público ao ato de consumir.⁶⁶

Ocorre que, essa estimulação não pode ser concretizada de maneira a ferir valores éticos e morais, notadamente aqueles elencados no Código de Defesa do Consumidor, para que, a todo e qualquer

consumidores. Esta é outra relação jurídica (...) Estas são algumas das operações realizadas em ambiente virtual e, originariamente, para que se possa detectar a aplicabilidade do código de consumidor, tem-se operações B2C como destinatários finais. Para qualquer outro tipo de operação, há que se investigar a sua natureza jurídica e se está presente o conjunto de elementos autorizadores da relação de consumo com vistas à adoção de normas de natureza consumerista.”

⁶⁴ A abordagem metodológica é de MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 160-161: “Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância basicamente em três situações. A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola os deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira, quando se apresenta como espécie de contato social de consumo”

⁶⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 89.

⁶⁶ MIRAGEM. Op. Cit., p. 159; PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

custo, cumpra seu desiderato econômico, em prejuízo da vulnerabilidade do consumidor.

Preceitua o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Trata-se do princípio da identificação da publicidade que consiste em assegurar ao consumidor o direito de percepção de que aquela comunicação promove o ato de consumo, não estando isenta da sua finalidade de influenciá-lo a consumir.⁶⁷

Como bem salienta BRUNO MIRAGEM, nada mais é do que uma “norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes”.⁶⁸

Refuta-se, assim, a chamada publicidade clandestina que se efetua, no exemplo clássico das novelas, em que um personagem utiliza-se de um serviço ou produto, associando este bem de consumo aquele personagem idealizado.⁶⁹

Veda-se, com isso, também a denominada publicidade dissimulada consubstanciada em reportagens, textos redacionais travestidos⁷⁰ de publicidade, em que não se tem a imparcialidade que se espera de uma abordagem jornalística ou crítica.

No ambiente da sociedade da informação, com toda certeza, é muito difícil o controle desta última prática ilícita de publicidade, visto que diversos são os *sites* que divulgam, diariamente, as experiências da utilização de um serviço ou de um produto.

LORENZETTI identifica, além desses textos redacionais ou jornalísticos, outra espécie ilícita de publicidade, a denominada publicidade oculta. Em *chats*, comunidades de redes sociais, enfim, em um grupo de notícias, pode-se infiltrar como um consumidor um

titular de um produto ou serviço, opinando bem sobre seu produto e mal sobre o da concorrência.⁷¹

Percebe-se que, também, especialmente no ambiente eletrônico, as opiniões e críticas tecidas sobre bens de consumo poderão ser objeto de uma publicidade ilícita, visto que a análise daquele produto ou serviço não será imparcial e, principalmente, terá o desiderato de influenciar o ato de consumir.

Tudo isto se agrava, quando se tem na *internet* o auxílio do anonimato, o que só propiciará ainda mais o desafeto pelo princípio da identificação da atividade publicitária.

O Código de Defesa do Consumidor, ainda no seu artigo 37,⁷² também estabelece limitações sobre a publicidade, proibindo a enganosa e abusiva.

A publicidade enganosa é aquela que tem como característica principal ser suscetível de induzir⁷³ ao erro o consumidor, de modo que esta publicidade, seja por comissão ou omissão, deixa de observar o direito básico do consumidor ao acesso à informações claras, precisas e adequadas.

Assim, exemplificativamente, o consumidor poderá ter uma percepção errônea acerca das características, quantidades, propriedades, origem ou preço, sobre os produtos e serviços.

Toda vez que o anúncio publicitário tiver capacidade de indução em erro a respeito de

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. Op. Cit., p. 396-396.

⁷² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que se incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 737.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 728: “A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.

⁶⁸ MIRAGEM. Op. Cit., p. 163.

⁶⁹ *Idem*. Op. Cit., 165.

⁷⁰ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 86.

dado essencial ⁷⁴ sobre o produto ou serviço será considerado como uma publicidade enganosa.

Vale esclarecer que, é desnecessário que a publicidade leve o consumidor efetivamente a erro. Ou seja, é necessário, tão somente, que seja apta para tal fim, o que se ajuíza mediante um juízo abstrato e não concreto, sendo o dano ao consumidor um *mero plus*.⁷⁵

É proibida, ainda, a denominada propaganda abusiva que “fere os valores sociais, que fere a própria sociedade como um todo”,⁷⁶ já que a incitação à violência, ou qualquer tipo de discriminação, afronta a solidariedade e a harmonia de um grupo de pessoas.

Em sede do ambiente eletrônico este último tipo de publicidade ilícita ganha uma periculosidade ainda maior, visto que a disseminação da comunicação e das informações abusivas é muito rápida e de abrangência global.

Ademais, o acesso é facilitado, já que, por mais que as autoridades tentem inibir a sua exposição, diversos são os mecanismos para sua divulgação (*sites, redes sociais, chats, messenger, e-mail etc...*), tornado praticamente impossível o seu controle no que toca a acessibilidade.

Conclui-se, destarte, que, mais do que nunca, a publicidade ganha papel de destaque na sociedade atual, visto que a sua difusão alarga-se no ambiente eletrônico, mantendo-se *in totum* a proteção estabelecida pelos artigos 36 e 37 do *Codex consumerista*, já que se acredita até que as publicidades ilícitas terão maior frequência.

3. A Aceitação e os Comportamentos Conclusivos no Ambiente Eletrônico

Como já assinalado, imprescindível para a formação dos contratos o consentimento.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 243: “É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

⁷⁵ *Idem*. p. 240.

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 738.

Logo, a proposta, por si só, não dá ensejo ao aludido negócio jurídico, razão pela qual se conceitua como uma declaração de vontade receptícia.

Nessa ordem dos fatores é que surge a aceitação, como verdadeira *reação* do policitado, para que, enfim, conclua-se ou não o contrato.

A reação do policitado pode ser negativa, isto é uma recusa, o que fulminará, por óbvio, a formação do vínculo jurídico contratual, haja vista a inexistência de consenso.

Todavia, pode ser uma reação positiva,⁷⁷ aderindo o policitado às condições explanadas na policitação, o que deve ocorrer de maneira integral,⁷⁸ pois uma aceitação parcial ou condicional,⁷⁹ que não a equivalha ou a reflita por completo, será considerada uma contraproposta, nos termos do artigo 431 do Código Civil.

Assim, a aceitação, é o ato jurídico que gerará a conclusão do contrato, reunindo as vontades das partes contratantes, respectivamente, proposta e aceitação, que fusionadas transparecerão o consentimento.

A aceitação, tal como a proposta, é declaração receptícia de vontade, visto que, somente com seu efetivo conhecimento pelo ofertante é que estará *lacrado* o liame contratual.

Até porque, assim como na proposta, quando se trata de contração entre ausentes, possível será a retratação, desde que chegue antes ou simultaneamente ao conhecimento do proponente ou ofertante.

Por isso, entenda-se que, o efetivo conhecimento, e não apenas a chegada ou a acessibilidade da proposta da aceitação, é que não empregará legitimidade à retratação, notadamente no ambiente eletrônico, quando tal exercício seria estéril, caso considerada a segunda assertiva, ante a fluidez com que se efetivam as relações negociais.

⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 123.

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 97

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 54.

E, a aceitação, assim como a proposta, também poderá se efetivar por meio da *linguagem da sociedade da informação*, notadamente por meio eletrônico, hipótese na qual se caracterizará *aceitação eletrônica*.

A aquisição do oblato, isto é a aceitação, não precisa ser, literalmente falando-se, uma declaração de vontade, mas, como dito, uma reação positiva à policaçãoção, como por exemplo, qualquer comportamento conclusivo da contratação.⁸⁰

Por exemplo, no comércio eletrônico o consumidor pode, por simples atos, tais como os de “tocar símbolos, ícones, fazer clicks – *point and click agreements*”,⁸¹ que são os famosos “concordo”, “aceito”, exteriorizar a sua aceitação à policaçãoção.

Do mesmo modo, o início da execução do contrato, como por exemplo, no caso de uma compra e venda, em que o consumidor já efetua o pagamento pela aquisição do bem, colocando o número do seu cartão de crédito na página da eletrônica,⁸² ou ainda, já usufruindo o bem ou o serviço, como nos casos dos programas de computadores – objeto dos *downloads*, são todos estes comportamentos sociais, atos conclusivos que revelam a aceitação da policaçãoção.

Nestes casos não há declaração de vontade dirigida ao oblato,⁸³ mas, tão somente, como dito, um comportamento ou um ato conclusivo que representa a concordância do oblato frente à policaçãoção, permitindo, assim, a formação do liame contratual.⁸⁴

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança**. Op. Cit., p. 71

⁸¹ Idem., p. 271.

⁸² RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003, p. 138.

⁸³ GOMES. Op. Cit., p. 77: “Dentre as modalidades de aceitação da oferta ao público sem declaração de vontade destinada à conclusão de um contrato, destaca Larenz o ato da utilização efetiva da prestação prometida genericamente, que conduz à constituição da relação contratual, por ele mesmo denominado do comportamento social típico.

⁸⁴ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 43: A declaração de vontade é vista como ato de autodeterminação privada, capaz de produzir efeitos jurídicos. Esses efeitos, porém, podem ser atingidos igualmente por comportamentos concludentes segundo as concepções gerais, destituídos de consciência da declaração, mas animados por uma vontade natural. Tais

Creia-se que, no atual estágio da sociedade, em que, como dito, as relações procedem-se de maneira mais *fluída*, será mais rotineira a formação do vínculo contratual tornar-se concretizada por um comportamento ou um ato conclusivo, posto que o ambiente eletrônico assim induz.

À guisa de conclusão cabe, assim, destacar que, a formação dos contratos engloba, ante o todo exposto neste capítulo, uma seqüência de atos complexos que possibilitam, ao final, o consentimento das partes e, por conseguinte, a celebração do contrato, o que não é diferente na contratação eletrônica, sendo díspare apenas quanto aos meios utilizados.

4. O Consentimento Eletrônico e sua Classificação

Os contratos eletrônicos, como visto, nada mais são do que um novo modelo de contratação, em que as partes utilizam-se dos meios eletrônicos para reunir suas respectivas vontades.

Posta tal prática, pode-se qualificar o consentimento, assim como se fez aos contratos, como eletrônico – consentimento eletrônico.

As variações como se sucedem, nesse segmento – o consentimento –, tornam possível classificá-lo em subespécies, o que se passa a fazer.

4.1. Consentimento Eletrônico Intersistêmico

A prática contratual pode se efetivar por meio de sistemas pré-programados, pelos quais as partes utilizam-se do computador apenas como um ponto convergente de vontades preexistentes.⁸⁵

O ambiente eletrônico serve, assim, para explicar um consentimento já preteritamente consolidado, o qual é executado *a posteriori*.⁸⁶

comportamentos, objetivamente considerados, suscitam a proteção da confiança que para o declarante gera a sua própria declaração, correspondendo a uma vontade negocial.

⁸⁵ BARBAGALO. Erica Brandini. Op. Cit., p. 47.

⁸⁶ BOIAGO JÚNIOR. José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010,

O maior exemplo, desta prática, é a utilização do *Electronic Data Interchange* – EDI, como salienta SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS LEAL, em que se opera:

a troca de dados estandarizados entre sistemas computacionais de informações estruturadas e acordadas previamente pelos usuários (geralmente empresas).

(...)

Com sua utilização permite-se às empresas desenvolver um processo automatizado de dados que gera, transmite, recebe e processa informação comercialmente estruturada, tudo eletronicamente, em substituição aos tradicionais documentos em papel.⁸⁷

Esse tipo de contratação é, normalmente, utilizada entre empresas para relações comerciais de atacado,⁸⁸ por serem situações em que os sistemas pré-programados, automaticamente, processam os pedidos de compra e de saída das mercadorias, enviando ainda, a fatura da operação comercial, encerrando, enfim, um verdadeiro “gerenciamento de produção e distribuição dos bens.”⁸⁹

Tal prática, sem dúvida, faz com que a operação comercial seja mais veloz e, ainda, os custos operacionais sejam diminuídos,⁹⁰ tornando-se assim um modelo atrativo de contratação.

À guisa de conclusão, a proposta e aceitação da operação contratual são, não obstante frutos de uma atividade humana pretérita, executadas e levada a efeito por *sistemas computacionais*, razão pela qual, sem dúvida, o consentimento pode ser qualificado como *intersistêmico*.

p. 88: “Nesses contratos, os computadores são apenas utilizados como um ponto para integralizar e convergir as vontades dos contratantes previamente estipuladas, geralmente em contratos escritos, e os agentes limitam-se apenas a executar o que ficou anteriormente pactuado entre ambos.”

⁸⁷ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

⁸⁸ *Idem*. Op. Cit., p. 82.

⁸⁹ LIMA. Cíntia Rosa Pereira de. Op. Cit., p. 462.

⁹⁰ BOIAGO JÚNIOR. José Wilson. Op. Cit., p 89.

4.2. Consentimento Eletrônico Interpessoal

Neste modelo de contratação o ambiente eletrônico não é utilizado como “forma de comunicação de vontade já concebida”,⁹¹ mas como um meio para que as partes interajam e acabem por formar o consentimento contratual.

O vínculo contratual não é “lacrado” ou executado pela interação de dois sistemas pré-programados, mas pela própria atuação da vontade humana, sendo que, todo o *iter*⁹² contratual perpetra-se pelos meios eletrônicos e não apenas a sua exteriorização e/ou execução, diferindo-se, portanto, substancialmente, do consentimento eletrônico intersistêmico.

O maior exemplo é a contratação por meio do correio eletrônico, dos *real chats*, ferramentas estas que podem ser utilizadas desde as negociações preliminares à efetiva formulação da proposta e aceitação.

Por assim ser, o consentimento eletrônico é interpessoal, posto que o ambiente eletrônico é manuseado com um meio para a formação do consentimento e, não, apenas, para a sua execução.

4.3. Consentimento Eletrônico Interativo

A contratação, nesta hipótese, deriva de uma interação “entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado”⁹³ e, não como abordado alhures, entre os sistemas – consentimento intersistêmico – ou a interação entre duas pessoas.

Na prática, este modelo de contratação funciona como uma oferta ao público, haja vista que o computador oferece continuamente, através da *world wide web*,

⁹¹ BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 48.

⁹² MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 44: “Nesse caso, as partes se utilizam dos meios eletrônicos em toda a tratativa do início ao fim, e se o objetivo for também referente ao envio do *software*, até mesmo a execução poderá ser via comunicação eletrônica, embora não seja obrigatória que isso ocorra.”

⁹³ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86

produtos ou serviços a pessoas indeterminadas.⁹⁴

Assim, quem tem interesse no bem ofertado acessa a página eletrônica, seguindo as instruções por ela fornecidas,⁹⁵ estabelecendo a comunicação necessária para o acesso às condições contratuais e, porventura, para a concretização da formação do vínculo contratual.

Como conclui ERICA BRANDINI BARBAGALO:

Dessa forma, através da interação com um sistema computacional, a parte que o acessou tem conhecimento da disposição do proprietário deste sistema em se vincular, originando na pessoa que acessa a vontade de integrar o vínculo. Portanto, o computador interligado à rede, utilizado desse modo, atua como auxiliar no processo de formação de vontade.⁹⁶

Fala-se em auxiliar no processo de formação de vontades, pois, é por meio da aludida interação que o programa computacional irá indicar os campos a serem preenchidos, os dados a serem informados, onde o internauta deve “clique” para que, enfim, manifeste a sua aceitação.

A um só tempo o programa computacional, portanto, não só exterioriza a vontade de contratar do ofertante, como também, interage com o ofertado para que seja estabelecido o vínculo contratual, razão pela qual só poderia o consentimento, sob análise, ser qualificado como interativo.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar como se efetiva a formação e a conclusão dos contratos eletrônicos, tentando trazer aspectos pontuais e peculiares deste novo iter da contratação, mas, sem o preciosismo de esgotar o tema, o qual, vale dizer, tem guarida em nosso ordenamento jurídico, cabendo ao interprete e aplicador da lei, tão somente, amoldar este novo fato social às normas existentes que permitam regrá-lo, notadamente em vista dos princípios contratuais do consensualismo e da confiança.

94 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 51: “Esse é o mais peculiar dos modos de contratar via computador. Por esse meio de utilização, uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem, que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contrato foi efetuado. Esse é o exemplo mais comum de conclusão de contrato via Internet, através do *World Wide Web*, do qual derivam as compras de produtos ou contratação de serviços pela rede de computadores, mediante acesso aos chamados *Web sites*, que se compõem do que se usou denominar “páginas eletrônicas”

95 MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 4

96 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit. p. 51

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Barueri: Manole, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva: 2009.
- FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, v. 3: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.
- LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor**. Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NUNES, Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Electrónico: Contratos Electrónico e Informáticos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet**. *In: Direito dos Contratos II*. Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOBRINHO, Mário de Camargo. *In: Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o direito à liberdade, mais especificamente, a proteção da liberdade do homem em suas diferentes manifestações, especialmente enquanto direito da personalidade, já que, consagrada na Constituição Federal de 1988 entre os direitos e garantias individuais, a liberdade encontrou também a proteção juscivilística no direito pátrio, ao ser elevada à categoria de direito da personalidade, conforme preceitua o Código Civil vigente.

Palavras-chave: Liberdade. Direito. Personalidade. Faculdade. Agir.

ABSTRACT

The work herein aims to study the right to freedom, more specifically, the protection of human being's freedom in its distinct manifestations, particularly as a personality right, whereas it is in the Federal Constitution of 1988 among the individual rights and guarantees, freedom has found the protection also in the patriotic law, when was put in the category of right to personality, in accordance to the current Civil Law.

Keywords: Freedom. Right. Personality. Faculty. To Act.

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP.

1. Introdução

O direito à liberdade, ou às liberdades, como preferem alguns, envolve, como ensina BITTAR (2003, p. 105)¹, diferentes manifestações em função das atividades desenvolvidas pelo homem, nos níveis pessoais, negociais e espirituais e, enquanto direito da personalidade, encontra sua tutela, tanto na legislação civil, quanto na legislação constitucional.

Enquanto direito da personalidade, o direito à liberdade encontra, no direito pátrio, sua proteção juscivilística geral na norma do art. 11 do Código Civil, enquanto a Constituição Federal o consagra entre os direitos e garantias individuais.

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, “o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes aos ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais”.²

Em que pese a ausência de enumeração taxativa, parece não haver dúvidas quanto à inserção do direito à liberdade entre os direitos da personalidade protegidos pelo Código Civil. E, como consequência dessa inserção entre os direitos da personalidade, está o reconhecimento do direito à liberdade como direito subjetivo. E não poderia ser de outro modo, pois, como ensina BITTAR (2003, p. 105)³, no direito à liberdade o “bem jurídico protegido é a liberdade, que se pode definir como a faculdade de fazer, ou deixar de fazer aquilo que à ordem jurídica se coadune”.

Da lição de ABBAGNANO (2000, p. 289)⁴, aprendemos que foi Pufendorf um dos primeiros a expressar com clareza a distinção (que se mantém até hoje), entre direito em sentido objetivo, como complexo de leis, e direito em sentido subjetivo, como faculdade de fazer algo, concedida ou permitida pelas leis. Assim como o homem tem o poder de fazer tudo o que promane de suas faculdades naturais, contanto que não seja proibido expressamente por uma lei, costuma-se dizer que a lei atribui o direito de fazer tudo o que não é proibido por nenhum tipo de lei.

E, como lembra DE CUPIS (1961, p. 95-96)⁵, o complexo dos direitos subjetivos criadores de posições de proeminência realizáveis mediante o arbítrio individual não é senão um complexo de posições de liberdade e, entre os vários direitos subjetivos, alguns constituem posições de liberdade com o atributo de imprescindibilidade.

Ainda segundo De Cupis, embora sendo vinculados, como todos os direitos subjetivos, ao ordenamento jurídico positivo, alguns direitos subjetivos representam, no entanto, uma esfera de liberdade, a qual deve ser salvaguardada ao indivíduo sob pena de se despojar completamente de valor a sua personalidade. Entre estes, existe um que, além de constituir uma posição imprescindível de liberdade, tem por ponto objetivo de referência a própria liberdade – *é o direito à liberdade*.

No mesmo sentido é a posição de Goffredo Telles Jr., citado por Maria Helena Diniz⁶, para quem os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v. 1. p. 123.

³ Idem, ibidem.

⁴ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵ DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade. Lisboa: Moraes Editora, 1961.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v.1, p. 119.

2. Conceito

Sendo a liberdade o próprio objeto do direito à liberdade, somente será possível definir este, se encontrarmos a definição daquela.

Mas o que é a liberdade? Ausência de impedimentos, parece ser a resposta usualmente encontrada pela doutrina para tal indagação, como ocorre, por exemplo, com DE CUPIS (1961, p. 95)⁷.

Entretanto, conforme veremos a seguir, encontrar um conceito único para definir a liberdade não tem sido tarefa fácil para os estudiosos do assunto. Conforme ensina Nicola Abbagnano (2000, p. 606)⁸, a liberdade “tem três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuseram ao longo de sua história e que podem ser caracterizadas: a) como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a liberdade é ausência de condições e de limites; b) como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substância, Estado); e c) como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é limitada e condicionada, isto é, finita.”

Ainda com Abbagnano⁹, aprendemos que, na primeira das concepções, a liberdade é absoluta, incondicional e, portanto, sem limitações nem graus - é livre aquilo que é causa de si mesmo. Tal ideia encontra-se em Aristóteles, como definição de voluntário, ou seja, de que o homem é o princípio e o pai de seus atos. Daí deriva que o agir ou o não agir depende de si mesmo. Esta noção de liberdade incondicionada, que foi admitida durante toda a Idade Média (está presente no pensamento de Santo Agostinho e de São Tomás) alcança o pensamento do século XVIII, especialmente com Kant (a causa livre em seus estados, não pode ser submetida a determinações de tempo, não deve ser um fenômeno, deve ser uma coisa em si e só os seus efeitos devem ser julgados fenômenos), culminando, no século XX, com Sartre, para quem a liberdade é a escolha que o homem faz de seu próprio ser e do mundo.

Mais uma vez com Abbagnano é possível constatar que a segunda concepção de liberdade (liberdade como necessidade), também é autodeterminação, mas atribuída à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substância, Estado). Embora essa concepção de liberdade tenha se originado com os estoicos, encontra-se também presente nos pensamentos de Espinosa e Hegel, para quem a liberdade real - ou realidade mesma do homem - é o Estado, onde a liberdade é realizada objetiva e positivamente. Para Hegel, lembra o mestre italiano, o Direito, a Moral e o Estado, e somente eles, são positiva liberdade e satisfação da liberdade. O arbítrio do indivíduo não é liberdade. A liberdade que é limitada é o arbítrio, referente ao momento particular das necessidades. Encontra-se, portanto, nesse pensamento, uma coincidência entre liberdade e necessidade.

A terceira concepção de liberdade, diferentemente das duas primeiras, não coloca o problema da liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, mas como medida de possibilidade, portanto, como escolha motivada ou condicionada. Segundo tal concepção, lembra Abbagnano¹⁰, a liberdade não é autodeterminação absoluta (não é um todo ou um nada). Aqui surge um problema: qual a determinação da medida, a condição ou a modalidade de escolha que pode garanti-la. Livre, nesse sentido, não é quem possui o livre arbítrio, mas quem possui, em determinado grau ou medida, determinadas possibilidades.

Não se olvide, porém, que esta concepção finita da liberdade, ou seja, de liberdade como escolha entre possibilidades determinadas, condicionadas, já estava presente no pensamento platônico (as almas poderiam escolher o modelo de vida ao qual, posteriormente, ficariam presas). Tal escolha, entretanto, como lembra Abbagnano, não era atribuída à divindade, pois é limitada pelas possibilidades objetivas, ou seja, pelos modelos de vida disponíveis, de acordo com os costumes da vida anterior.

Este conceito de liberdade, que foi esquecido na Idade Média, pois naquele período prevalecia o conceito de liberdade

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem, p. 610.

como livre-arbítrio, reaparece nos primórdios da Idade Moderna, como afirmação da liberdade de fazer, em oposição à liberdade de querer. Esta concepção de liberdade finita é a proposta de Hobbes, que identifica a vontade como o apetite (*não se pode não ter fome quando se tem fome, mas pode-se comer ou não comer quando se tem fome*)¹¹.

O mesmo conceito de liberdade finita foi adotado por Locke, para quem a liberdade é caracterizada como o fato de se estar em condições de agir ou de não agir segundo se escolha ou se queira. Como ensina Abbagnano¹², o que está em jogo é, por um lado, garantir o determinismo dos motivos, negando o livre-arbítrio como autocausalidade da vontade e, por outro, garantir a liberdade do homem contra o determinismo rigoroso.

Assim, encontramos em Locke uma liberdade natural, que consiste, em última análise, em possuir como norma própria apenas à lei natural e uma liberdade do homem, em sociedade, que consiste em não estar sujeito a outro poder legislativo além do estabelecido *por consenso no Estado*, nem ao domínio de outra vontade ou à limitação de outra lei além da que esse poder legislativo tiver estabelecido de acordo com a confiança nele depositada¹³.

É a partir dessa última concepção, ou seja, da liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é limitada e condicionada, ou seja, finita, que encontramos o conceito moderno de liberdade, enquanto direito da pessoa frente o Estado, que, conforme BITTAR (2003, p. 108)¹⁴ se desenvolve a partir das Constituições do século XIX e das Declarações de Direitos, encontrando-se expresso em todas as Constituições, inclusive no Brasil.

3. Liberdades Públicas

É consenso entre os autores que tratam da matéria, que o conceito de liberdades públicas deve ser definido sob os planos político e jurídico. Consoante ALMEIDA

(2001, p. 31)¹⁵ as liberdades públicas, no seu sentido político, nasceram como limites aos poderes estatais, como a garantia de uma área de ação exclusiva dos indivíduos, e de meios pelos quais os indivíduos possam impedir ações abusivas dos órgãos do Estado.

Ainda Almeida¹⁶, citando Duverger, ensina que o conceito de liberdades públicas, no seu sentido político, deve ser compreendido em duas esferas, como liberdade-limite, que consiste na existência de um domínio privado vedado aos governantes e como liberdade-oposição, que seriam os meios pelos quais os indivíduos podem agir mesmo dentro da área de atuação estatal, a fim de evitar ação abusiva de seus órgãos.

É a tese sustentada por Locke, para quem a liberdade política supõe tanto a existência de normas que circunscrevam as possibilidades de escolha dos cidadãos, quanto a possibilidade dos próprios cidadãos fiscalizarem, em determinada medida, o estabelecimento dessas normas.

Aliás, conforme Abbagnano¹⁷, o problema das liberdades públicas confunde-se com o problema do liberalismo pois, em ambos, há um problema a ser resolvido, ou seja, “a medida na qual os cidadãos devem participar da fiscalização das leis e a medida na qual tais leis devem restringir as possibilidades de escolha dos cidadãos”.

É oportuno, neste ponto, lembrar, com BITTAR (2003, p. 107)¹⁸, que a liberdade aparece como disciplina jurídica (direito à liberdade) em todas as Constituições do século XIX, “inclusive no Brasil, onde, a par de menção geral, como um dos quatro direitos fundamentais, tem sido particularizado em diferentes pontos do elenco próprio, dentre as liberdades públicas (liberdade de locomoção; liberdade de consciência; liberdade de expressão; liberdade de associação etc.: art. 5º e parágrafos, que no *caput* se refere a *vida, liberdade, segurança e propriedade* como os direitos básicos, descrevendo a seguir alguns de seus aspectos.”

¹¹ Idem, p.611)

¹² idem, ibidem.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ Os Direitos da Personalidade.

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Liberdade de Reunião. São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹⁶ Idem, p. 31.

¹⁷ Ob. cit., p. 611.

¹⁸ Os Direitos da Personalidade.

Isto nos remete a Rousseau, para quem, através do contrato social, o homem, ao mesmo tempo em que perde a liberdade ilimitada, ganha a liberdade civil.

É esta liberdade civil que continua, ainda hoje, merecendo a tutela do Estado. Veja-se, por oportuno, a esclarecedora lição de CAPELO DE SOUSA (1995, p. 259)¹⁹ que, ao analisar o conceito de liberdade estabelecido pela norma do art. 70º do Código Civil Português, conclui: “nosso direito civil protege o poder de autodeterminação do homem em duas vertentes já clássicas: por um lado, de um prisma de tutela da chamada *liberdade negativa*, proíbe que qualquer um possa ser constrangido por outrem a praticar ou a deixar de praticar qualquer facto, mesmo que seja para a satisfação de um direito alheio; por outro, agora numa perspectiva não menos importante de defesa da *liberdade positiva*, permite a cada um praticar ou deixar de praticar qualquer fato que não seja proibido ou prejudicado por seus superiores direitos ou interesses jurídicos de outrem, pela boa fé, pelos bons costumes, pelos princípios da ordem pública e pelo próprio fim social ou econômico do exercício da liberdade”.

Assim, mais uma vez com Abbagnano²⁰, é possível afirmar que, hoje, a liberdade é uma questão de medida, de condições e de limites e isto em qualquer campo. Portanto, no sentido político pode-se afirmar que a liberdade está presente em todas as atividades humanas organizadas e eficazes. É uma possibilidade de escolha, sempre ao alcance de qualquer um que se encontre nas condições oportunas.

Ou seja, o mesmo direito que limita o poder do governante limita as possibilidades de escolha do cidadão. Assim, parece razoável admitir, com ALMEIDA (2001, p. 35)²¹, “que as liberdades públicas apenas existem no Direito positivo e, dentro dele, sua sede por excelência é a constituição”.

4. Direito à Liberdade

Consoante a lição de BITTAR (2003, p. 108), o direito à liberdade encontra-se, no

plano civil, “implícita ou explicitamente inserido, constituindo-se em um dos princípios ordenadores do direito privado, ante a doutrina do *Iluminismo*, que inspirou a edificação dos Códigos. A liberdade da pessoa de agir, de contratar, de consorciar-se, de associar-se está apregoada em todo o sistema privado, temperada, em nossos dias, pelos avanços do neoliberalismo, que têm imposto limites à autonomia da vontade em todas as suas esferas de atuação.”²²

Ainda segundo a lição de BITTAR (2003, p. 105)²³ no direito à liberdade, “o bem jurídico protegido é a liberdade, que se pode definir como a faculdade de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune.”

À mesma ideia filia-se DE CUPIS (1961, p. 100)²⁴, para quem o direito à liberdade consiste no “direito de cada um se manifestar consoante a sua vontade, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, o poder de fazer ou não fazer tudo o que se queira, no âmbito das limitações fixadas pelo ordenamento jurídico”.

As duas definições acima apontadas sustentam uma concepção de liberdade finita, como possibilidade ou escolha, liberdade condicionada e limitada pelo ordenamento jurídico.

Já CAPELO DE SOUSA (1995, p. 258), partindo da análise da norma da cláusula do art. 70º do Código Civil Português entende como liberdade, “todo o poder de autodeterminação do homem, todo o poder que o homem exerce sobre si mesmo, auto-regulando o seu corpo, o seu pensamento, a sua inteligência, a sua vontade, os seus sentimentos e o seu comportamento, tanto na ação quanto na omissão, nomeadamente auto-regulando-se como ser livre, criando, aspirando e aderindo aos valores que reputa válidos para si mesmo, escolhendo as suas finalidades, ativando as suas forças e agindo, ou não agindo, por si mesmo”²⁵.

É preciso notar, entretanto, que liberdade e livre-arbítrio não se confundem, pois, embora o conceito de liberdade contenha o de livre-arbítrio numa acepção restrita, a

¹⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito Geral da Personalidade. Coimbra: 1995.

²⁰ Idem, p. 612.

²¹ Liberdade de Reunião.

²² Os Direitos da Personalidade

²³ Idem.

²⁴ Os Direitos da Personalidade.

²⁵ O Direito Geral de Personalidade.

liberdade move-se dentro de coordenadas mais gerais, nomeadamente, dentro de pressupostos de um prudente juízo do respectivo titular sobre o teor da conexão entre a liberdade e a realização de valores ético-sociais e de uma ajustada representação pelo mesmo das forças da necessidade, conforme ensina CAPELO DE SOUSA (1995, p. 259)²⁶.

Portanto, seja qual for a amplitude que se queira dar ao conceito de liberdade, o objeto sobre o qual recai o direito é sempre um bem, o bem da liberdade que, segundo a opinião dominante, deriva da norma geral que limita o ordenamento jurídico do Estado e, dada a natureza da necessidade que satisfaz, tal bem pode ser definido como o modo de ser da pessoa, tanto físico quanto moral.

Referido bem se apresenta, portanto, como ausência de obstáculos ao desenvolvimento da atividade do sujeito. Um bem juridicamente tutelado na sua natureza e direções próprias, individualizado e protegido na sua íntima e exclusiva ligação ao respectivo titular.

5. Características

O bem da liberdade, embora se situe na esfera não patrimonial, diz respeito tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas.

Quanto ao gozo do direito à liberdade, é usualmente aceite que o bem da liberdade constitui-se numa atividade jurídica tal qual o gozo, em geral, dos bens jurídicos. No dizer de DE CUPIS (1961, p. 101)²⁷ “o gozo adquire carácter jurídico em virtude da armadura protetora de que está munido e que o defende contra todos os outros sujeitos. Tanto assim é, que, geralmente, a faculdade de gozo, que legitima a atividade do sujeito dentro dos limites da extensão dela, ou é incluída no conteúdo do direito subjetivo, ou é elevada a núcleo essencial desse mesmo direito”.

Enquanto direito da personalidade, o direito à liberdade apresenta todas as características daquele, ou seja, é absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável, apesar de que “o art. 11 do Código Civil apenas reconhece expressamente

dois dele, a o prescrever: *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*²⁸”.

É a tese sustentada por BITTAR (2003, p. 106), quando afirma que o direito à liberdade “desfruta *in totum* das características básicas dos direitos da personalidade, apresentando-se, em sua inteireza, como indisponível. Por outras palavras, não se lhe pode determinar a perda, salvo sob sancionamento estatal, por sentença judicial em ação própria. Pode-se, no entanto, sob certas cautelas, ser objeto de disposição, exatamente para possibilitar-se a inserção da pessoa no contexto social, que, por natureza, exige o sacrifício da liberdade. Mas a disponibilidade tem como limite obstativo absoluto a perda – somente possível em condenação criminal: daí por que o comum é a restrição ou a redução da liberdade para o ajuste da pessoa aos diferentes mecanismos de relação existentes na sociedade.”²⁹

6. Classificação

Tem sido usual, tanto na doutrina pátria, quanto na estrangeira, o estabelecimento de uma divisão do conceito geral do direito à liberdade. Assim, costuma-se falar em liberdades interiores (pensar, sentir, querer, agir, omitir etc) e em liberdades exteriores, como é o caso das liberdades ditas socioeconômicas.

Para efeito deste estudo, tomaremos por base a subdivisão utilizada por CAPELO DE SOUSA (1995, p. 262-287)³⁰ que, a nosso ver, é bem ampla e esclarecedora. Segundo aquele autor, o direito geral de liberdade comporta os seguintes subgrupos de manifestações: as liberdades físicas, as liberdades espirituais, as liberdades socioculturais, as liberdades socioeconômicas e as liberdades sociopolíticas.

Dentre as liberdades físicas, o autor aponta as liberdades de movimentação corporal; de circulação e de disposição

²⁶ O Direito Geral de Personalidade.

²⁷ Idem.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v.1, p. 120.

²⁹ Os Direitos da Personalidade.

³⁰ O Direito Geral da Personalidade.

corporal. As duas primeiras, que denomina liberdades juridicamente subjetivadas, foram das primeiras reivindicações do homem como direito fundamental. Implicam que ninguém possa ser escravizado, reduzido ou mantido em servidão, constringido a trabalhos forçados ou obrigatórios, raptado, sequestrado, impedido de movimentar-se, exilado, extraditado, expulso, nem sujeito a internamento psiquiátrico fora de seu próprio interesse. A liberdade de disposição do próprio corpo é reconhecida como a liberdade de consentir atividades lícitas, como são exemplos, as internações médico-cirúrgicas, a liberdade de promover mutações corporais, de submeter-se a transplantes, de praticar jogos ou atividades com elevado risco físico etc.

Na modalidade de liberdades socioeconômicas são especificadas pelo autor, entre outras, as liberdades relativas ao exercício de atividades relacionadas à força de trabalho, à escolha da própria profissão, ao acesso e condições igualitárias à iniciativa de produção econômica; à concorrência; à apropriação e transmissão de bens; à livre contratação.

No tocante às liberdades sócio-políticas, é relacionada a liberdade de participação na vida política e na direção dos assuntos públicos do país: votar e ser eleito e de ter acesso a cargos públicos.

Como liberdades espirituais são relacionadas às liberdades de sentir, de pensar, de decidir, de agir ou de omitir-se, de criar e de consciência.

Entre as liberdades socioculturais são relacionadas pelo citado autor, entre outras, as liberdades de estado: casar-se, divorciar-se, mudar a nacionalidade etc; de proibição: redução à escravidão, privação arbitrária da nacionalidade, redução ou privação do gozo de direito etc; de religião e de culto; de reunião e de manifestação; de associação; de educação; e de expressão e de informação.

Este último subgrupo se caracteriza como liberdade de pensamento pela palavra, pela escrita, pela imagem ou por qualquer outro meio, ou seja, pela liberdade de informar e ser informado, típicas do estado democrático de direito e da denominada sociedade da informação.

7. Conclusão

Sendo atributo da pessoa humana, a liberdade se caracteriza como o direito de cada um manifestar-se segundo a própria vontade. Tal livre arbítrio, por certo, pode ser apontado como responsável direito no sentido de impulsionar o Direito, especialmente a partir da doutrina do “Iluminismo”, no sentido de encontrar e estabelecer um sistema de freios com o objetivo de conter o exercício dessa liberdade, visando, especialmente, a conservação do homem e da sociedade.

Não é sem razão que Kant, adepto do movimento Iluminista, conceitua o direito como o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um coexiste com o arbítrio dos outros, de acordo com uma lei geral de liberdade, ou seja, o conjunto das condições que permitem a coexistência das liberdades individuais. Sendo livre, a razão necessita do Direito como um imperativo que condicione e iniba seus excessos, visando possibilitar sua “coexistência” no mundo.

Assim, além das garantias à liberdade, estabelecidas em quase todas as Constituições elaboradas a partir do século XIX, houve, também, a necessidade de, no plano civil, fixar-se os limites à autonomia da vontade, limitando-se, em consequência, a liberdade de ação do homem em sociedade, fixando-se, a partir de então, o direito à liberdade como a faculdade atribuída a cada um de fazer ou não fazer tudo o que queira, bem como de se manifestar consoante a sua vontade, desde que tal fazer ou manifestação se coadune aos limites impostos pela ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003;
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes Editora, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 2002, v. 1.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 1, 1990.
- _____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.
- GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. Dissertação de Mestrado.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: 1995.
- WALD, Arnoldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. 9. ed., Saraiva: São Paulo, 2003.

RESUMO

O presente ensaio direciona-se ao estudo da possibilidade de se deserdar herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, a despeito de tais hipóteses não estarem expressamente previstas nos róis dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Ausência. Deserdação. Sucessão Testamentária.

ABSTRACT

This essay aims to study the possibility of disinheritance forced heirs due to a lack of emotional relationship and good faith in the family, in spite of the fact that these assumptions are not expressly provided for in Articles 1,962 and 1,963 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Family. Affectivity. Absence. Disinheritance. Testate succession.

* Especialista em Direito de Família e das Sucessões, Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, membro fundador da Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos – APEJUR, advogado em São Paulo.

1. Introdução

A ideia de redigir o presente ensaio nasceu a partir de uma consulta que nos foi endereçada por uma de nossas clientes, a qual se dizia interessada em preservar o quinhão hereditário de seu filho menor impúbere, bem como o seu próprio.

Segundo a narrativa que nos foi apresentada, a consulente vive há mais de dez anos em união estável com o seu companheiro quinquagenário, tendo nascido desse relacionamento um filho que presentemente tem sete anos de idade. Além disso, registra-se a existência de dois outros filhos, maiores de idade, exclusivos do companheiro, advindos de anterior casamento.¹

Ocorre que, às vésperas de completar quarenta e cinco anos de idade, o companheiro foi surpreendido com o recebimento de um oficial de justiça em sua residência, que o citou para responder aos termos de uma ação investigatória de paternidade movida por uma jovem de então vinte e oito anos de idade, supostamente sua filha primogênita.

Realizado o exame de DNA, o companheiro foi, de fato, apontado como sendo o pai da autora da ação de investigação, com percentual de acerto de praticamente cem por cento. Até onde é dado saber, os pais da jovem teriam tido um antigo relacionamento afetivo, acompanhado evidentemente de congresso carnal, durante o período em que frequentaram juntos o mesmo colégio em uma cidade do interior paulista.²

A surpresa da paternidade causou profunda indignação ao companheiro da consulente, pois jamais havia sido sequer informado acerca da gravidez da mãe da jovem, tampouco esta o procurou nesses anos todos com o fito de estreitar os laços de afetividade, de modo a constituírem uma família, ainda que monoparental.

A atitude inusitada e repentina da filha ao buscar solução pela via do Poder Judiciário

deixa transparecer, em verdade, que almeja “preparar o terreno” para, futuramente, pleitear parte ideal do acervo hereditário a ser deixado em virtude do decesso de seu pai, em concorrência sucessória com os outros três filhos – seus meio-irmãos –, além da companheira-consulente. Tal suspeita ganha força na medida em que o pai – réu na ação de investigação de paternidade³ – é conhecido empresário na cidade em que tem residência e domicílio, sendo proprietário de diversos terrenos e politicamente influente no meio social em que vive.

Obviamente, não se está aqui a questionar, a princípio, a qualidade de filha da autora da investigação de paternidade, mormente tendo sido a ação julgada procedente à luz do enorme grau de certeza que o exame de DNA hodiernamente proporciona⁴. Aliás, todos conhecem o dito popular que preconiza: “Filho é filho e ponto final!”. Contudo, pensamos que, atualmente, possa não ser bem assim. De fato, filho é filho, mas daí a colocar um “ponto final” vai longa distância.

Esse nosso modo de refletir encontra fundamento no fato de a afetividade ter sido elevada à importante categoria de princípio do Direito das Famílias. Por conseguinte, onde não houver afetividade não haverá uma família verdadeiramente formada para cumprir o seu primordial papel de possibilitar aos seus integrantes o desenvolvimento das suas melhores potencialidades humanas. É que no atual período pós-positivista vem prevalecendo na doutrina e nos pretórios o entendimento de que não bastam os laços de sangue para a constituição de uma família dita nuclear⁵, mas

3.A referida ação de investigação de paternidade não foi cumulada com pedido de alimentos. Tampouco a filha pretendeu passar a assinar o sobrenome do pai.

4.A medicina moderna reconhece que o exame de DNA tem um grau de confiabilidade de 99,999% e o risco de falha humana no laboratório é controlado com a realização de perícia em 3 etapas. (Disponível em <<http://laboratoriogene.info/Paternidade/Index.htm>>. Acesso em 10.11.2011)

5. “O estudo da família pós-moderna tem a família nuclear como alvo de aprimoramento, ao contrário da era da modernidade, na qual a família era descrita e valorizada sob seu enfoque extenso, como grupo gerador de recursos econômicos, daí seu aspecto patrimonial. Trazendo o aporte da psicologia aplicada ao campo da terapia familiar, pode-se acentuar que a

1.Trata-se, portanto, da denominada “filiação híbrida”, na feliz expressão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

2.Pelo cálculo que é possível efetuar, o pai da jovem contava com 17 anos de idade quando ela nasceu (45 – 28 = 17).

sim a capacidade de se estabelecer um vínculo de afeto, carinho e amor, é que deve prevalecer em todos os sentidos.

Assim delineada a *quaestio iuris* que envolve a consulente, seu companheiro e os filhos dele exclusivos, bem como o filho único comum do casal, indaga-se se, ao menos teoricamente, a filha primogênita do companheiro poderia ser afastada (*rectius*: deserda) da concorrência sucessória pelo fato de nunca ter tido qualquer tipo de aproximação do seu pai, mesmo isso lhe sendo possível, de modo a evidenciar um absoluto desinteresse afetivo relativamente à figura de seu genitor.

Acresça-se a informação de que, ao optar por ingressar no Judiciário, a autora da ação de investigação de paternidade deixa ainda mais evidenciada a falta de entrosamento com seu pai que, frise-se, muito tardiamente veio saber de sua existência. A propósito, nem mesmo durante grave cirurgia a que se submeteu mais recentemente, o pai pôde contar com a presença carinhosa e auxílio da filha, pois ambos apenas se cruzaram – sem se falarem – nos corredores da clínica médica onde foi colhido material para a realização do exame de DNA.

Por tudo isso, sabendo-se que o contrário do amor é a indiferença – e não o ódio como se poderia eventualmente supor⁶ –, passaremos a analisar a seguir a possibilidade de a referida filha (herdeira necessária⁷) ser deserda por seu genitor, pela via testamentária, por falta de afetividade e de boa-fé familiar, hipóteses estas não contempladas expressamente nos

família contemporânea é essencialmente relacional, constituída, progressivamente, como um espaço privado, no qual os membros experimentam um interesse crescente de manter o convívio íntimo e de compartilhar esta intimidade, tornando-se cada vez mais sensíveis à qualidade de suas relações, que serão projetadas nos relacionamentos externos à família. As pautas relacionais humanas são oriundas da família.” (BARBOSA, Águeda Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 26)

6. “O ódio nada mais é senão o amor que adoeceu gravemente.” (Chico Xavier)

7. Código Civil, artigo 1.845 – “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro⁸, que são considerados taxativos, ou seja, *numerus clausus*. Dita deserdação, é óbvio, teria o condão de resguardar os nacos da herança que tocariam aos demais herdeiros do falecido – que com ele conviveram, prestaram auxílio mútuo e foram afetuosos –, sem nenhum decréscimo patrimonial.

A mudança de paradigma ocorrida no direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais, afastando o sistema da responsabilidade subjetiva de outrora, demonstra a preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade que decorre da função parental, ou seja, do poder familiar, verdadeiro *munus público*, e que, segundo sustenta Pontes de Miranda,⁹ corresponde ao conjunto de direitos concedidos aos pais, “a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem por finalidade a análise da responsabilidade civil dos pais à luz do direito civil constitucional, na busca por soluções que se mostrem mais condignas aos problemas enfrentados pela sociedade hodierna.

2. Breve Esboço Histórico e Legislação Alienígena

No Direito Romano, primeiro surgiu a deserdação para, depois, passar a serem reconhecidos os casos de indignidade. O pai de família, segundo Eugene Petit¹⁰, estava sempre obrigado a instituir ou deserdar seus herdeiros, não podendo omiti-los. Se o testador não se referisse a um dos filhos o testamento era anulado. Mas, se se tratasse de omissão de filhas ou herdeiros mais distantes, valia o

8. Os artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, tratam das causas que autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes pelos descendentes, respectivamente. (v. apêndice – item 12)

9 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-10.

10. Aut. cit. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970. p. 682.

testamento, atribuindo-se parte da herança aos herdeiros omitidos.

A denominada *exheredatio* foi o primeiro ato solene de despojamento da herança do filho, imposto como castigo pelo pai. Posteriormente, essa forma de deserdação se converteu em uma declaração testamentária com o fito de excluir determinados herdeiros da sucessão.¹¹

Sílvio de Salvo Venosa¹² relata que “as formas e consequências da deserdação eram diversas se dirigidas a um filho, ou uma filha, ou a outros herdeiros. Pelas fontes parece que podemos concluir que as deserdações abusivas eram raras e, nesse caso, cabia ao pretor deixar intacta a ordem legítima da herança. Havia grande margem de decisão para o pretor decidir no caso concreto. Somente na época imperial é que se concede ação contra a deserdação injusta (*querela inofficiosi testamenti*), numa época em que Roma já vivia na corrupção e dissolução de costumes. Não se consegue fixar corretamente a origem dessa ação, parecendo ter sido trazida dos costumes gregos. Já por essa ‘querela’ não se colocava o herdeiro como beneficiário do testamento, mas anulava-se todo o testamento”.

No direito justinianeu (Novela 115), já estava criada uma herança legítima, sendo que a deserdação devia ser feita nominalmente, com base na lei, pautando-se na ideia de ingratidão. O exercício da querela ficava restrito aos descendentes e ascendentes, aos irmãos e irmãs, quando eram excluídos em benefício de pessoa torpe. Nessa época, então, a deserdação só era possível quando colocada no testamento e justificada por motivos expressos e plausíveis, cuja discussão ficava sempre aberta ao herdeiro legítimo. A expressão moderna da indignidade e deserdação já estava desde essa época desenhada¹³, mas sabe-se que, historicamente, a deserdação é uma instituição que vem de remotas eras, pois se encontra no Código de

Hammurabi, que data de 2000 anos antes de Cristo.¹⁴

Hodiernamente, embora a deserdação constitua instituto jurídico bastante polêmico, não admitido em diversas legislações, é, todavia, acolhido pela legislação civil de Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile, Colômbia, Macau, além da brasileira¹⁵. Contudo, conforme adverte Zeno Veloso¹⁶, “em alguns países, não há que se falar em deserdação, pois a liberdade testamentária é irrestrita, absoluta, não havendo o modelo de nosso herdeiro necessário (Inglaterra, EUA, México), podendo o autor da herança dispor, sem nenhuma limitação, de todos os seus bens. Realmente, o Código Civil francês, o Código Civil belga, o Código Civil italiano, o Código Civil venezuelano deixaram de abrigar o instituto, que foi absorvido pela figura da indignidade”.

3. A Família Eudemonista e a Herança na Constituição Federal De 1988

Na visão moderna do Direito das Famílias (não do vetusto Direito de Família), a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de **afeto** no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca¹⁷ (g.n.). Portanto, mesmo que existentes os laços de sangue, não se terá uma verdadeira família, na expressão jurídica da palavra, caso os demais elementos mencionados não estejam presentes entre pessoas de um mesmo círculo. É a vitória do afeto sobre a formal indiferença!

Com efeito, no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito

11. Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 615.

12. Aut. cit. **Direito Civil: direito das sucessões**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 318.

13. Ibidem, pp. 318 e 319.

14. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5ª edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 422.

15. Ibidem, p. 423.

16. Aut. cit. **Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das sucessões**. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 307.

17. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004. p. 138.

mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas¹⁸. Daí ter surgido uma nova designação para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, isto é, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros¹⁹. Por outras palavras, o eudemonismo²⁰ enxerga a felicidade como um bem supremo, que não pode ser comparado a qualquer outro.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram²¹. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar²². (g.o.)

Por conseguinte, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade, ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida²³. Logo, pode-se afirmar que existe uma família onde

18. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

19. WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 32.

20. Expressão que, na sua origem grega, liga-se ao adjetivo ‘feliz’ e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade. (HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. p. 592)

21. PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 205.

22. MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20.

23. DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 55.

houver **afetividade** como elo de união e comprometimento entre os seus diversos integrantes. (g.n.)

Relativamente ao direito de herança, tem-se que ele foi constitucionalizado na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, XXX²⁴, não podendo a lei civil deixar de reconhecer a sucessão hereditária de herdeiros necessários (filhos, especialmente), se os houver, nos bens deixados pelo de cujus²⁵.

De fato, o Código Civil de 2002 não deixou de contemplar os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite, na qualidade de herdeiros necessários de primeira, segunda e terceira vocação, respectivamente – vide as hipóteses de concorrência (artigo 1.829)²⁶ –, de modo a atender plenamente o comando constitucional. Porém, há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, mormente por falta de afetividade e de boa-fé familiar²⁷, ainda que estas hipóteses não estejam previstas nos róis exaustivos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Reale.

Esse nosso modo de pensar se justifica plenamente na medida em que “em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-

24. Constituição Federal, artigo 5º, XXX – “é garantido o direito de herança”.

25. Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

26. Código Civil, artigo 1.829 – “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.”

27. “O exame complessivo da trajetória da noção de sistema no direito e o do princípio da boa-fé demonstra que ambos se interrelacionam no que diz respeito à efetiva moldura e ao significado do sistema, uma vez que à boa-fé está conectada a questão das fontes de produção jurídica, a qual é matriz e elemento condicionante das particulares noções de sistema no direito.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 516)

se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. (...) Já não basta, para bem interpretar o direito e dar a ele efetividade, analisar os fatos e confluí-los com as normas oriundas do Estado para se chegar a uma solução plausível para os problemas”²⁸. Além disso, mister não deslembrar que o ordenamento jurídico é dotado de normas, que são um gênero que comporta duas grandes espécies (as regras e os princípios)²⁹, sendo que a **afetividade** é princípio geral do Direito das Famílias.

Lobriga-se, portanto, que mesmo tendo a Constituição Federal de 1988 assegurado o direito de herança, e mesmo tendo o Código Civil de 2002 determinado a ordem da vocação hereditária, seria possível, em tese, operar-se a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afeto, ao menos naqueles casos crônicos em que a própria vida se encarrega de separar definitivamente parentes tão próximos como, v.g., pais e filhos³⁰. Outrossim, é forçoso considerar que o sistema jurídico hodierno é aberto e móvel, conforme veremos com maior vagar na sequência (item 5).

28. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 194 e 201.

29. Para um mais aprofundado enfoque do assunto vide o item 6 (“O pós-positivismo. As normas jurídicas são um gênero que comporta duas grandes espécies: as regras e os princípios”).

30. Ilustrando, seria o caso, por exemplo, de um pai que em razão de contingência profissional, tivesse se mudado para país distante e nunca mais voltado ao Brasil, tornando esmaecidos ou inexistentes os laços de afeto em relação aos seus filhos, que não mais reconhecem a figura e autoridade paterna. Ou, então, o caso do pai que sai de casa para comprar cigarros e nunca mais volta... Mas os exemplos não param por aí. Existem também aquelas mães que imaginam que os homens têm função meramente reprodutiva: uma vez tendo dado luz a um bebê, viram-se para os seus maridos e simplesmente os dispensam, como se se tratasse do término de um “contrato de trabalho”, por prazo determinado. Contudo, não defendemos a possibilidade de deserdação por quebra de afetividade naqueles casos em que, deliberadamente e de má-fé, pais e filhos se afastam uns dos outros com o intuito único de se furtarem às suas obrigações alimentares (mesmo porque isso seria, em tese, crime de abandono material capitulado no artigo 244 do Código Penal).

4. A Deserdação no Código Civil Brasileiro de 2002

A deserdação vem tratada nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil Brasileiro (vide íntegra do texto legal no apêndice – item 12), sendo considerada como o ato pelo qual o de cujus exclui da sucessão, mediante testamento com expressa declaração de causa (Código Civil, artigo 1.964), herdeiro necessário (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), privando-o de sua legítima (Código Civil, artigo 1.846), por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil³¹. Tal pena não irá além da pessoa do delinquente, logo não incidirá sobre os sucessores deste.³²

Além das causas que autorizam a exclusão de herdeiro por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), a deserdação do descendente pelo ascendente dar-se-á se houver: a) ofensas físicas, leves ou graves, por indicar **falta de afeição** para com o ascendente; b) injúria grave que atinja seriamente a honra, a respeitabilidade e a dignidade do testador; c) relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto, por serem incestuosas e adúlteras; d) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, por indicar, da parte do herdeiro, **desafeição** pelo autor da herança, e falta de sentimento de solidariedade humana.³³ (g.n.)

Já o descendente terá autorização legal para deserdar ascendente se ocorrerem as causas justificadoras da exclusão por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), ou as arroladas no artigo 1.963: ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas (conjunção carnal, lascívia, concupiscência) com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, e abandono do descendente (filho ou neto) doente física ou mentalmente.³⁴

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa

31. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.361.

32. RT, 691:89. Em sentido contrário, vide a posição isolada de Washington de Barros Monteiro, in **Curso de Direito Civil**, vol. 6, pp. 243 e ss.

33. DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 1.362.

34. Ibidem, p. 1.363.

declaração do fato que a determina, ocorrido, obviamente, antes da morte do testador. Se nulo for o testamento, nula será a deserdação.³⁵

Por fim, a lei retira do arbítrio do testador a decisão quanto aos motivos da deserdação, devido à gravidade do fato³⁶. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal (Código Civil, artigos 1.814, 1.962 e 1.963) que o levou a deserdar herdeiro necessário.³⁷

Nesse contexto, porém, faz-se necessário um esclarecimento: não discordamos que a lei determina taxativamente quais são as hipóteses de deserdação, o que, aliás, é entendimento uníssono da doutrina³⁸. Acontece que o ordenamento jurídico brasileiro não é, definitivamente, composto somente de regras, mas sim de regras e princípios³⁹, que são espécies do gênero normas jurídicas.

Portanto, a despeito de a lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963) prever as hipóteses de deserdação de descendente pelo ascendente e de ascendente por descendente, mister considerar que a afetividade é princípio do Direito das Famílias, conforme já tivemos oportunidade de afirmar, o que, a nosso ver,

autoriza a exheredatio nos casos em que restar configurada a sua quebra.

A propósito, note que uma das hipóteses legais, prevista no artigo 1.963, IV, do Código Civil, contempla justamente a desafeição ao fazer referência ao “desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”. Mas a tanto o legislador nem precisaria ter chegado, pois o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação⁴⁰, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que houvesse sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração no texto da lei.

Ressalte-se, por derradeiro, que a quebra da afetividade autorizadora da deserdação deverá ser sempre definitiva, não podendo se sujeitar a estados de humor inconstantes, como o do pai que num dia diz amar o filho e no outro não, depois ama de novo e assim por diante. Óbvio que, além disso, há que se atentar constantemente à boa-fé familiar, pois assim não age o filho que se aproxima do pai, depois de décadas de falta de convivência, auxílio e afeto, movido exclusivamente pelo desejo de assegurar o seu naco da herança.

5. A Abertura e Mobilidade do Sistema Jurídico Hodierno

Por qualquer prisma que se analise a questão da possibilidade de deserdação dos herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, é preciso não descurar que, atualmente, o nosso sistema jurídico é aberto e móvel.

A expressão “sistema jurídico aberto”, nas palavras de Rogério Ferraz Donnini⁴¹,

40. “Entendemos que não se deve restringir a noção de desamparo apenas ao aspecto material, pois a lei não o qualifica. Na realidade, o abandono moral e afetivo pode ser pior e mais nefasto que o material. Além de constituir ato ilícito que gera a possibilidade, em nossa opinião, de indenização, o abandono moral e afetivo pode gerar ainda a deserdação. Trata-se do valor jurídico do afeto.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 82)

41. Aut. cit. **A complementação de lacunas no Código Civil**: continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? In: **Temas atuais de Direito**. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 279.

35. *Ibidem*, p. 1.363.

36. Quis o legislador evitar que o testador pudesse dar vazão a sentimentos de ódio e vingança em face do deserdado.

37. DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 1.363.

38. Vide, por todos, exemplificativamente: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

39. “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o **princípio da afetividade**). (...) Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados: a) Princípios fundamentais: I – dignidade da pessoa humana; II – solidariedade familiar; b) Princípios gerais: III – igualdade; IV – liberdade; V – **afetividade**; VI – convivência familiar; VII – melhor interesse da criança.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: **Direito de Família e das Sucessões**: temas atuais. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3 – g.n.)

significa que é reconhecida a sua não plenitude ao se permitir a intromissão de elementos estranhos, além de não se recusar a incertezas de questões exteriores, enquanto a expressão “sistema jurídico móvel”, como o próprio nome diz, significa que possui mobilidade, o que permite um progresso, um verdadeiro aperfeiçoamento pela aplicação e interpretação das cláusulas gerais. Esse sistema está, em verdade, recheado de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos **princípios gerais do direito**, em constante interação (g.n.). É o que sucede com o Código Civil atual.

Por outras palavras, é necessário compreender que, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura com o sistema rígido⁴² e fechado⁴³ (que outrora regia o Código Civil de 1916)⁴⁴, o qual era “impermeável às modificações econômicas e sociais, não tendo mais lugar na sociedade hodierna”⁴⁵.

A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável

recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.⁴⁶

Com razão, o magistrado paulista Jorge Tosta⁴⁷ anota que “é sensível a diferença entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002 no que toca ao papel do juiz. A tendência dogmática, que marcou o início do século XX, realçava o império da lei como um dos postulados do Estado de Direito e reservava ao juiz o papel de simples intérprete da vontade do legislador. Essa tendência foi substituída no Código Civil de 2002 pela abertura e flexibilização de diversas normas jurídicas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto, seja por meio da concreção judicial de ‘conceitos vagos ou indeterminados’, seja por intermédio da incidência de normas cuja aplicação se faz por juízos de oportunidade”.

Com efeito, o sistema de antanho não mais se justifica, o que levou Renan Lotufo⁴⁸ a afirmar que “o direito cria o seu mundo sobre o mundo dos fenômenos sociais”. Tem razão o eminente desembargador, pois as normas do direito oitocentista não têm lugar na sociedade do Século XXI.

O método tradicional de interpretação jurídica – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No Direito contemporâneo, mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a **normatividade dos princípios**, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (g.n.). Nesse ambiente, nem

42. “O que motivou a adoção de um sistema fechado de direito positivista foi o receio da insegurança jurídica e pelo temor de interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais.” (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101)

43. “Os Códigos representam, assim, a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade, plenitude que, filosófica e metodologicamente, adoram.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: **Revista dos Tribunais**. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./1992. pp. 47-58)

44. “Nesse sistema (rígido e fechado), a solução para um determinado caso deveria ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, o que o tornava distante, muitas vezes, das constantes transformações sociais e econômicas, em flagrante descompasso com a realidade.” (DONNINI, Rogério Ferraz. Op. cit. p. 279)

45. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Código Civil Comentado**. p. 193.

46. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

47. Aut. cit. **Manual de interpretação do Código Civil**: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

48. Aut. cit. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2ª edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

sempre será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis.⁴⁹

Precisamente em decorrência da normatividade dos princípios⁵⁰ acima referida, pode-se asseverar que, havendo quebra de afetividade entre membros de um mesmo círculo familiar, autorizado está o testador a deserdar seus herdeiros necessários, pois, como dito, a afetividade é princípio do Direito das Famílias. Note-se que nem mesmo seria necessário se valer dos princípios de forma subsidiária, caso a deserdação não fosse prevista na lei⁵¹, pois, sendo o sistema jurídico aberto e móvel, regras e princípios convivem lado a lado, formando um todo unitário e harmônico de elementos conjugados entre si.

6. O Pós-Positivismo. As Normas Jurídicas São um Gênero que Comporta duas Grandes Espécies: as Regras e os Princípios

Um dos aspectos mais interessantes da discussão em torno do direito, nesses anos, é o fato de terem sido questionadas as fontes tradicionais das normas jurídicas, inclusive nos países continentais. Esse questionamento é acompanhado da importância cada vez maior dada às chamadas fontes extralegislativas (ou, até mesmo, extra-estatais). Um dos dogmas do positivismo jurídico em sentido estrito foi que a fonte principal de direito no Estado moderno fosse a lei, isto é, a norma presumidamente geral e abstrata posta por um órgão específica e exclusivamente competente, de acordo com a constituição. Um dos aspectos pelos quais se

manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei – em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento. (...) De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um “direito social” contra o direito do Estado.⁵²

Com efeito, após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. (...) O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito⁵³. É que se se pode fazer coisas com a regra, com os princípios se pode fazer muito mais.⁵⁴ (t.n.)

Por isso se diz que os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível⁵⁵. Aliás, entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição.

Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdação de herdeiros

49. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 400.

50. “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36)

51. Seria equívoco imaginar que os princípios gerais de direito só pudessem ser aplicados no caso de absoluta ausência de lei que regulasse uma determinada situação fática, pois tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas jurídicas, sem que haja necessariamente uma hierarquia ou ordem de aplicação entre eles.

52. Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. pp. 41 e 42.

53. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 204-205.

54. ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006. p. 18.

55. BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 209.

necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois, como demonstrado, os princípios têm inegavelmente conteúdo normativo. Ademais, o Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. O intérprete deve, enfim, buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei!

Entretanto, pensamos que caberá ao juiz, diante do caso concreto, avaliar se a aplicação do princípio da afetividade a autorizar a deserdação se dará na busca do justo, do equânime, bem como se realmente teria havido um grave rompimento do vínculo afetivo por período de tempo suficiente para tornar o testador e o herdeiro deserddado pessoas praticamente estranhas uma à outra.

7. O Princípio da Afetividade Aplicado ao Campo Sucessório

Trata-se a família de um núcleo social primário, tendo havido consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o sentimento afetivo⁵⁶, não mais sendo suficientes meros laços de sangue para se concluir pela existência de uma entidade familiar.⁵⁷

A Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado⁵⁸. Mesmo que a

Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional⁵⁹. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as **uniões estáveis**, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.⁶⁰ (g.o.)

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo⁶¹, discorrendo sobre o princípio da afetividade, escreve:

A afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da

Código Civil. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 54.

59. "(...) não é necessário que os princípios estejam enunciados explicitamente em texto escrito. Aliás, os princípios gerais de direito são sempre não positivados, eis que, uma vez positivados, tornam-se eles cláusulas gerais." (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Direito sucessório dos conviventes na união estável**: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011. p. 105)

60. CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**: repensando o direito de família. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 508.

61. Aut. cit. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. p. 12.

56. Cf. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. X (Prólogo) e 9.

57. A propósito, lembre-se que foi justamente em virtude de laços estreitos de afeto que a guarda do pequeno Chico foi concedida a Eugenia, parceira homoafetiva da cantora Cássia Eller, e não ao avô materno. (Disponível em <www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em 14.11.2011)

58. SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família**: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**: afeto, ética, família e o novo

igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família 'expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade' (este no sentido de afetividade). A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Com efeito, o princípio jurídico da afetividade e o sentimento de solidariedade recíproca não podem ser perturbados pela preponderância de interesses patrimoniais. É o respeito à pessoa humana, nas relações familiares, que deve prevalecer⁶². Por isso, reportando-nos ao caso narrado na introdução deste ensaio, entendemos que não agiu de boa-fé a filha que ajuizou ação investigatória de paternidade com o claro intuito de, uma vez tendo sido reconhecida a filiação judicialmente, assegurar o seu quinhão hereditário. Obviamente, a boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas e tão somente a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia fundamentalmente a eticidade⁶³, que é um dos três princípios norteadores do Código

Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade.⁶⁴

Outrossim, a conduta da mencionada filha configuraria até mesmo um abuso de direito⁶⁵, a encontrar óbice no disposto no artigo 187 do Código Civil.⁶⁶

Sendo assim, acreditamos que o juiz, na hipótese sub examine, não deveria prestigiar interesses meramente econômicos da herdeira em detrimento dos laços afetivos que jamais existiram entre ela e o seu genitor. Mutatis mutandis, seria o mesmo que conceder remuneração a alguém que não tivesse trabalhado, pois a filha (autora da ação de investigação de paternidade) estaria concorrendo à herança juntamente com os demais coerdeiros que, ao longo de toda uma vida, mostraram-se afetuosa e solidários em relação ao falecido.⁶⁷

64. "... foram princípios orientadores do Código Civil de 2002 a socialidade, a eticidade e a operabilidade, que por questão de mnemônica, apelidamos simplesmente de 'SEO'." (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias**: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo**: doutrina e jurisprudência. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010. pp. 217-278)

65. "Embora em sua forma atual seja recente a concepção de abuso de direito, o espírito, que inspira a teoria, já se encontrava na velha Roma. No estudo de seu histórico, feito no 2º Capítulo de seu excelente livro sobre a matéria (Do abuso do direito no exercício da demanda, São Paulo, 1932), JORGE AMERICANO mostra que a primeira impressão que se tem ao examinar textos antigos – de que os romanos desconheciam a ideia de abuso de direito, pois nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur – é destruída por uma observação mais atenta. De fato, só a noção de abuso de direito pode conduzir à condenação de seu absolutismo, o que se encontra na palavra de CÍCERO (De Officiis, 1,10), summum jus, summa injuria, ou na fórmula malitiis non est indulgendum, a qual condena não só os atos praticados à margem do direito, como também aqueles praticados abusivamente." (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 315. nota de rodapé nº 314)

66. Código Civil, artigo 187 – "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes." (g.n.)

67. A nosso ver, a situação cogitada seria causa de profunda injustiça, eis que, sob o prisma sucessório, teriam direito à herança por morte do genitor, tanto os filhos amorosos, quanto aquela filha que jamais se fez

62. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**: famílias. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

63. "A eticidade do CC se opõe ao formalismo jurídico do CC/1916. (...) o Código passado foi elaborado com base em técnica hoje superada, porque não se mostrava eficiente para tornar a experiência jurídica permeada por todos os valores éticos necessários à realização do bem comum. Ou seja: o Código de 1916 era voltado para determinações de caráter estritamente jurídico e o Código de 2002 tem forte inspiração ética, e abre espaço para valores como: probidade, **boa-fé**, correção. (...) Não se pode negar, por outro lado, que essa mudança de critério valorativo, a par de ter sido fruto da evolução científica do próprio direito privado, é também chancelada por nossa Constituição Federal." (NERY-NERY. **Código Civil Comentado**. p. 202, item 42 – g.n.)

Aliás, foi por isso que, logo no início deste ensaio, tivemos oportunidade de frisar que a conhecida frase “Filho é filho e ponto final” não mais tem lugar, pois reescrevendo-a à luz da eficácia irradiante oriunda da Constituição Federal “Filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”⁶⁸. Não sendo assim, melhor que cada um siga o seu caminho e, principalmente, não busque herança um do outro, como se estivesse a arriscar a sorte grande. Afinal, se toda uma vida não foi suficiente para unir, por laços afetivos, o ascendente ao descendente, não será o decesso de um deles que o fará.

8. A Forma da Deserdação: Testamento

Já vimos que a falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar autorizam, em tese, a deserdação do herdeiro necessário pelo autor da herança, por força da aplicação dos princípios, notadamente dos princípios da afetividade e da eticidade.

Resta-nos tratar agora da forma dessa deserdação que, certamente, se dará por via testamentária, a teor do disposto no artigo 1.964 do Código Civil ⁶⁹, verbis: “Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.” (g.n.)

Conforme explica Márcia Maria Menin⁷⁰, são requisitos indispensáveis para a

presente, mercê de seu próprio desiderato. Outrossim, frise-se que o pai jamais a rejeitou, mesmo porque sequer sabia da sua existência; mas, a filha veio a saber da existência do pai, tanto que contratou advogado para ajuizar a ação investigatória de paternidade.

68. “(...) o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. (...) Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 72 – g.o.)

69. “Só o testamento (art. 1.964) tem o poder de gerar a deserdação, mas a expressa declaração da causa é indispensável para produzir o efeito desejado pelo testador.” (OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283)

70. Aut. cit. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes.

configuração da pena de deserdação: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação ⁷¹; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador (por meio de ação ordinária, conforme será visto no item 9).

Portanto, para que o testador prive herdeiro necessário de sua metade indisponível, necessitará, no que ora releva salientar, fazer constar por ocasião da facção do testamento, cláusula de deserdação com expressa declaração de causa (i.e., rompimento definitivo do vínculo afetivo e/ou falta de boa-fé familiar).

Nada impede, antes recomenda, que menção expressa também seja feita no testamento acerca do desrespeito ao princípio da afetividade, descrevendo-se as circunstâncias em que se deu o último contato entre o autor da herança e o herdeiro deserdado, bem como de quando datam as últimas notícias suas. Todo e qualquer aspecto que demonstre a má-fé do deserdado, igualmente deverá ser pormenorizado na cédula testamentária⁷², pois, conforme dito, a eticidade é princípio norteador do Código Civil de 2002, compreendendo a boa-fé familiar, o que é curial.

Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223.

71. **DESERDAÇÃO**. Pretensão de reconhecimento judicial. Impossibilidade. Questão possível de ser apreciada após aberta a sucessão. Exigência, portanto, de disposição de última vontade. Inclusão de cláusula em testamento como pressuposto indispensável. Impossibilidade jurídica do pedido judicial manifesta. Sentença confirmada. (TJSP – Ap. Cível nº 544.816-4/6-00 – 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. ELCIO TRUJILLO – j. 17.06.2009)

72. “Para que seja possível promover a deserdação, é indispensável que o testador detalhe no testamento os fatos que caracterizariam a causa de deserdação que está a arguir. Isso se deve ao fato de que concerne aos demais herdeiros o ônus da prova do alegado pelo testador. Sem narrativa dos fatos, não há tema que esteja apto juridicamente a ser provado. Observe-se que não basta mencionar, genericamente, a qualificação do fato que se supõe seja capaz a encetar deserdação: o fato não se confunde com a qualificação que recebe no mundo do direito que, por geral e abstrata, pode se referir a um sem-número de fatos.” (FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 142 e 143)

Contudo, a deserdação não se opera de pleno direito, não bastando a inserção de cláusula exclusória em testamento para que se retire herdeiro necessário da sucessão⁷³. É o que analisaremos a seguir.

9. Ação Ordinária de Deserdação: Aspectos Processuais

A deserdação exige previsão em testamento, com expressa declaração de causa⁷⁴. Portanto, incumbe ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, provar a veracidade da causa⁷⁵, consoante o disposto no artigo 1.965 do Código Civil, verbis: “Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

O parágrafo único do referido artigo ainda prevê: “O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de **quatro anos**, a contar da data da abertura do testamento.”⁷⁶ (g.n.)

73. MENIN, Márcia Maria. Op. cit. p. 220.

74. **PROVA DOS ATOS – CONFIRMAÇÃO DA DESERDAÇÃO.** Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0707.01.033.170-0/001 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. EDÍLSON FERNANDES – j. 05.09.2006)

75. **INVENTÁRIO – TESTAMENTO.** O deserdado somente será excluído da sucessão se reconhecida por sentença como verdadeira a causa declarada pelo testador (art. 1.965 do CC). A improcedência do pedido formulado na ação ajuizada pelo deserdado visando à anulação de testamento não é suficiente para tanto. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido. (TJSP – A.I. nº 669.611-4/2-00 – 9ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. PIVA RODRIGUES – j. 15.12.2009)

76. “O parágrafo único deste artigo diz que o direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento. É um equívoco! O testamento público é sempre aberto; o particular, igualmente, é aberto. Testamento fechado, e que deve ser aberto pelo juiz, falecido o testador, é o cerrado (art. 1.875). Mas a deserdação pode constar em todas as formas testamentárias, inclusive as especiais. O prazo de decadência, é claro, deve ser contado da data da abertura da sucessão, como está, aliás, no art. 178, § 9º, IV, do Código Civil de 1916.” (VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 6ª edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.143)

Trata-se evidentemente de prazo decadencial, dentro do qual deverá ser ajuizada a competente ação ordinária de deserdação⁷⁷ no juízo do inventário, mas não nos mesmos autos. Apresentado o testamento, efetuado o registro, o juiz determina o arquivamento e seu cumprimento (Código de Processo Civil, artigo 1.126). A ação de deserdação deve ser instruída com a certidão do testamento. A ausência do testamento autoriza a extinção do processo (Código de Processo Civil, artigo 267, VI). A ação tem **eficácia declaratória** e produz **efeito retroativo** a partir da abertura da sucessão.⁷⁸ (g.o.)

Dispõem de legitimidade ativa para a demanda os demais herdeiros e quem irá se beneficiar com a exclusão do deserdado. Não se pode excluir a possibilidade de a ação ser proposta pelo inventariante, bem como pelo cônjuge ou companheiro sobreviventes. Também o onerado (Código Civil, artigo 1.934, parágrafo único), o testamentário e o Ministério Público podem propô-la, pois ambos têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserdar um herdeiro.⁷⁹

Note-se que as causas de deserdação previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, aplicam-se apenas aos herdeiros necessários, eis que, tendo eles direito à legítima, é preciso que haja motivo suficientemente grave para que sejam excluídos da herança. Isso não significa,

77. DESERDAÇÃO – ARTIGO 1.962 DO CC – MOTIVOS AUTORIZADORES – NÃO CONFIGURAÇÃO. A deserdação só pode realizar-se através de testamento, mas não basta a exclusão expressa prevista na disposição de última vontade, é necessário que o herdeiro instituído no lugar do deserdado, ou o beneficiário da deserdação, promova ação judicial e prove a existência das causas autorizadas da deserdação, nos termos do artigo 1.965 do Código Civil. Sem a comprovação dos motivos alegados pelo testador para deserdação, esta é ineficaz, não ficando prejudicada a legítima do deserdado. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0713.04.037.977-6/001 – 1ª Câmara Cível – Relª. Desª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – j. 21.03.2006)

78. DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 313.

79. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. vol. 55. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 304.

porém, que os demais herdeiros não possam ser deserdados. Para que estes herdeiros (companheiros e colaterais) sejam excluídos do direito à herança, não é preciso invocar nenhuma causa; basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar (Código Civil, artigo 1.850).⁸⁰

Outrossim, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim⁸¹ ressaltam que “essas causas constituem *numerus clausus*, por isso que não admitem interpretação extensiva, para abrangência de outros atos de ingratidão ou de ofensa à pessoa do autor da herança. Assim, com relação ao abandono do descendente ou do ascendente, não basta que haja **esfriamento de relações** ou mesmo atos de hostilidade entre esses parentes”. (g.n.)

Sucedê que, a nosso ver, caso esse “esfriamento de relações” seja de tal magnitude que revele, indubitavelmente, absoluta falta de vínculo afetivo entre ascendentes e descendentes, por período considerável de tempo, abertas estariam as portas da deserdação por quebra de afetividade⁸², não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Veja, finalmente, que sequer haveria qualquer necessidade de alteração da lei, com o fito de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, desde que declarada a causa pelo testador na cédula testamentária, conforme previsto no artigo 1.964 do Código Civil.

10. Conclusões

Ao final deste ensaio apresentamos uma breve síntese de nossas conclusões, porém não

80. Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas**: direito das sucessões – Teoria e Prática. 21ª edição. São Paulo: LEUD, 2008. p. 53.

81. *Ibidem*, p. 54.

82. No mesmo sentido: GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19722>>. Acesso em 15.11.2011.

sem antes esclarecer que jamais foi nossa intenção questionar se os róis dos artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, são ou não taxativos. Parece-nos fora de dúvida que as hipóteses compreendidas nos referidos artigos de lei são positivamente *numerus clausus*, consoante entendimento unânime da doutrina. Logo, se algum mérito houver no presente estudo é justamente o de tentar demonstrar que ao lado das regras existem também os princípios, espécies do gênero normas jurídicas, sem que o intérprete tenha que se valer de um ou de outro de maneira subsidiária e sem que haja necessariamente uma hierarquia entre eles. Abaixo, então, seguem as nossas derradeiras considerações de forma articulada, sem a preocupação de repetir, na mesma ordem, as principais ideias expostas ao longo do texto:

É uma ilusão pensar que o Direito possa estar totalmente contido nas leis (*rectius*: regras). Esta, definitivamente, é uma falsa percepção, que não condiz com uma análise sistemática do ordenamento jurídico;

O juiz, ao julgar o caso concreto, deve sempre buscar a solução mais justa, equânime, mesmo quando a encontre fora das regras. Isso não implica, necessariamente, num desprestígio às leis, pois o próprio sistema o autoriza a assim proceder;

A afetividade é princípio geral do Direito das Famílias, com clara repercussão no campo sucessório. Tendo havido uma grave e duradoura quebra de afeto entre herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), isso autoriza o autor da herança, em tese, a deserdá-los, por testamento, uma vez indicada a causa. E nem poderia ser diferente, pois a ausência de afetividade descaracteriza a entidade familiar e, conseqüentemente, as recíprocas obrigações civis, não bastando apenas a existência de laços de sangue;

Pode-se afirmar que existe uma família onde houver afetividade como elo de união e realização pessoal entre os seus diversos integrantes;

Há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da Constituição Federal e da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, por falta

de afetividade e de boa-fé familiar, mesmo que estas hipóteses não estejam expressamente previstas nos róis taxativos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil;

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa declaração do fato que a determina. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal ou principiológica que o levou a deserdar herdeiro necessário;

A nosso ver, o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que haja sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração do texto da lei;

O sistema jurídico atual é aberto e móvel, repleto de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos princípios gerais do direito, em constante interação. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem, dentre outros, a normatividade dos princípios;

Entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição. Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois os princípios têm conteúdo normativo. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei;

A boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia, fundamentalmente, a

eticidade, que é um dos três princípios norteadores do Código Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade;

No caso concreto, exposto na introdução deste ensaio, temos por absolutamente reprovável o fato de a filha (autora da ação de investigação de paternidade) ter se aproximado de seu pai, após décadas de voluntário afastamento, tão só para assegurar o seu naco da herança, sem qualquer envolvimento e compromisso afetivos. Para se dizer o mínimo, isso configuraria um abuso de direito;

É preciso abandonar a ideia de que “filho é filho e ponto final”, pois à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais oriunda da Constituição Federal, “filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”. Do contrário, será um estranho – não um filho – e estranhos não devem obrigatoriamente herdar;

A deserdação é uma pena civil, sendo os seus requisitos indispensáveis: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador, por meio de ação ordinária;

Finalmente, entendemos que, uma vez existindo absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros necessários, por período considerável de tempo, autorizada estaria a deserdação por quebra de afetividade, não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, não haveria necessidade de alteração da lei, com o objetivo de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, uma vez declarada a causa pelo testador na cédula testamentária (Código Civil, artigo 1.964). .

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BARBOSA, Águida Arruda. **Conceito pós-moderno de família**. In: **Direito de Família e das Sucessões: temas atuais**. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNINI, Rogério Ferraz. **A complementação de lacunas no Código Civil: continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil?** In: **Temas atuais de Direito**. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5ª edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/19722>. Acesso em 15.11.2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004.
- _____. **Código Civil Comentado: famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: **Direito de Família e das Sucessões: temas atuais**. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2ª edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: **Revista dos Tribunais**. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENIN, Márcia Maria. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. vol. 55. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas: direito das sucessões – Teoria e Prática**. 21ª edição. São Paulo: LEUD, 2008.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel**. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência**. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010.
- _____. **Direito sucessório dos conviventes na união estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011.
- PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direito das sucessões**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das sucessões**. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Código Civil Comentado**. 6ª edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RESUMO

A evolução das ciências fez com que se alterassem os paradigmas da vida moderna introduzindo uma necessidade de implementação de um debate bioético sobre essa prática e a consequente regulação pelo biodireito, ramo novo do direito público, que se ocupa da proteção da vida e dignidade humana em face da revolução biotecnológica.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Legislação. Dignidade da Vida Humana.

ABSTRACT

The sciences evolution brings to the modern life a paradigmatic changes introducing some issues to the study of bioethics brought about by advances in biology and medicine, and it will be regulated by it. Bioethicists are concerned with the ethical questions that arise in the relationships among life sciences, biotechnology, medicine, politics, law, and philosophy, whose regulation is a branch of the public law, that's the main interest is the life and human dignity protection, because this bioethical issues have been debated since ancient times, and public attention briefly focused on the role of human subjects in biomedical experiments. These questions were often discussed by philosophers and religious scholars.

Keywords: Medical Law. Bioethics . Law. Human Rights and Dignity.

* Mestre e Doutora em Direito Civil pela FADUSP, Prof^ª Doutora de Direito Civil e Biodireito no Centro Universitário UniFMU, membro da Comissão de Biotecnologia e estudos sobre a vida da OAB/SP, membro do IASP, Advogada e Nutricionista.

1. Introdução

Na atualidade, a evolução das ciências, da tecnologia e dos costumes fez imperioso o estudo da bioética e do biodireito, ramos do conhecimento essencialmente ligados à vida – humana, animal e do meio ambiente; pois os diversos experimentos saíram da esfera da ficção científica e aportaram na realidade social, trazendo com isso riscos e benefícios para a coletividade.

Assim, tendo em vista o desenvolvimento da biotecnologia e das ciências médicas em geral, fez-se imperioso o desenvolvimento de um ramo do direito essencialmente ligado à proteção da vida e à administração das relações sociais, uma vez que ocupa-se a biotecnologia da aplicação dos processos biológicos visando a produção de materiais e novas substâncias para uso industrial, medicinal, farmacológico, entre outros.

Nasce então o biodireito, que tem o escopo fundamental de cobrir essa lacuna da lei.

2. O Biodireito

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; tendo como referência basilar a dignidade da pessoa humana.¹

Como prevê Maria Helena Diniz “Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.²

Nos dizeres de Diego Gracia” biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da

bioética”, no sentido em que formula as relações peculiares entre ética e direito que se inter relacionam reciprocamente: ética como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética”.³

O Biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias : Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional, (à luz do artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem contudo deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica).

Compreende portanto o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana. (atua como agente regulador do poder da ciência sobre o genótipo do cidadão, o mercado genético, o manejo incorreto do Projeto Genoma Humano, da discriminação causada pela diagnose genética e pela AIDS na áreas securitária e trabalhista, entre outros).

Na concepção de Maria Helena Diniz, vemos que o direito não pode se furtar aos desafios trazidos pela biomedicina.⁴

Nesse sentido leciona Leo Pessini que “nunca a humanidade teve tanta responsabilidade para com o seu próprio futuro”. E assim necessita a humanidade de uma ética que ultrapasse os interesses individuais, puro e simples, e abra perspectivas de futuro para toda a humanidade.⁵

A necessidade do estabelecimento de um padrão moral universal, o crescente interesse pela ética filosófica e teológica e o conseqüente entrecruzamento da ética com as ciências da saúde em face do progresso

³ GRACIA, Diego – Fundamentos de bioética, Madrid:Ed. Eudema, 1989,p.576 e s.

⁴ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.8

⁵ PESSINI,Leo – A vida em primeiro lugar;In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org) Fundamentos da bioética. 2.ed., São Paulo: Paulus, 2001, p.5.

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, São Paulo:Atlas, 2010,p.16 e ss.

² DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6.ed., São Paulo: Saraiva. 2009, p.8

biotecnológico provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando uma outra imagem à ética médica, originando um novo ramo do saber, a bioética, que a seu turno problematiza as questões oriundas do desenvolvimento da biotecnologia a serem reguladas pelo biodireito.

Pode-se definir a bioética como o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.⁶

Sintetizam Leo Pessini e Christian de Barchifontaine que “ a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”, estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados.⁷

No que tange à proteção dada pelo biodireito, numa perspectiva mais ampla podemos visualizar dois planos de tutela, um macro e outro micro. No **macro biodireito**, o foco está nas relações ambientais, no patrimônio natural, artificial e cultural; já o **micro biodireito**, estuda as questões relacionadas à vida individualizada.

O anseio social do final do séc. XX adapta-se à nova realidade e conforme a época em que se vive, os conceitos como vida e liberdade ampliam-se ou se restringem. Para a conservação da dignidade humana, é imprescindível estabelecer limites ético-jurídicos.

Nenhum dos avanços científicos do nosso tempo nos atinge mais profundamente do que o progresso alcançado pela

biomedicina. Trata-se da nossa própria vida em sua intimidade biológica, dos nossos genes que estão sendo transformados em “ objeto de ciência”. Não impedir os avanços das ciências e ao mesmo tempo impor limitações ao uso das descobertas científicas é o papel do direito.

De que maneira regulamentar tais conquistas, já que corremos o risco de produzirmos sem ética e a devida discussão da sociedade uma legislação que poderá ficar ultrapassada da noite para o dia?

A biotecnologia precisa de um marco regulatório que atenda à ética destas novidades e que seja capaz de frear práticas racistas, sexistas – genocidas e bélicas – e ainda que garanta a compensação financeira quem pesquisa.

Como se sabe, a vida, que é estudada por várias áreas do conhecimento, deve ser respeitada e valorizada, em grau máximo tendo o universo do direito como paradigma de sua proteção.⁸

Assim, de forma conclusiva podemos entender que o biodireito nasce da preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, e dos seres sensientes em geral. Tendo sido concluído que primaz se faz sua proteção em todas as etapas da existência, respeitando-se o patrimônio genético, bem difuso de toda a coletividade, o embrião humano, o nascituro, a criança, o adolescente, o adulto, o idoso, o enfermo, o incapaz, o doente terminal, o corpo morto, os direitos da personalidade post mortem.

Vem então o biodireito regular a conduta humana diante das novidades trazidas pela biotecnologia, visando inclusive a preservação da vida e do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Tendo em vista a amplitude do tema regido pelo biodireito, suas fontes são: a Constituição Federal, as Leis ordinárias, as Leis especiais, os Tratados internacionais, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que são normas deontológicas, Portarias e demais Resoluções atinentes ao tema.

Assim, podemos apontar uma forte interconexão entre o biodireito e o constitucionalismo na pós-modernidade. Isto

⁶ É a ciência da sobrevivência do homem e da natureza preservando a harmonia universal, em virtude do descontrolado crescimento da tecnologia industrial. Envolvem conflitos de valores e questões materiais de difícil solução; MARINO Jr., Raul – Em busca de uma bioética global. São Paulo: Editora Hagnos, 2009, p.97.

⁷ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul – Problemas atuais de bioética, São Paulo: Loyola, 1994, 2ªed, p.11.

⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, São Paulo;Atlas, 2010, p.17 e ss.

justifica-se não só pelo próprio objeto da bioética, mas também pela importância do tratamento jurídico dos temas que por ela são debatidos. Pode-se falar mesmo numa elevação ao nível de matéria constitucional, ou seja, vê-se o nascimento de um biodireito constitucional.

É amplamente difundido entre os pensadores atuais, que a pós-modernidade, denota uma insatisfação com as conquistas da modernidade, visando assim, uma desconstrução dos valores até então obtidos, colocando o homem, e sua dignidade no centro do pensamento jurídico e filosófico.

Como se sabe, a segunda metade do século XX assistiu a um processo sem precedentes de mudanças na configuração do pensamento e da técnica, levando a uma alteração paradigmática no modo de se pensar a sociedade, o ser humano e suas relações com as práticas científicas.

Preocupa-se o constitucionalista com o embate entre a ética, enquanto filosofia teórica e a bioética, enquanto filosofia prática.

Os valores constitucionais se espalham em todas as direções: pelo biodireito, bioética, pela deontologia médica, pela valorização da importância difusa das questões ambientais.

Os avanços biotecnológicos alcançados na contemporaneidade, quando se fala na 4ª Revolução Industrial, fazem com que as regras constitucionais observem um novo paradigma, enquanto analisa-se a eficácia de sua principal fonte, a Constituição, vê-se tomada no sentido jurídico político.⁹

Desta sorte, tal como preconiza Oscar Vilhena, as questões bioéticas envolvem uma rearticulação do constitucionalismo contemporâneo, em três movimentos distintos:

A regionalização, onde o papel do Estado é preponderante, havendo inclusive a reunião dos Estados para fins específicos; o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal dos Direitos Humanos; a globalização da economia, observada a relação comercial entre as diversas nações, ou blocos econômicos, tendo em vista as regras do comércio internacional.

A dignidade humana, direito naturalmente inato tendo em vista a visão Kantiana, e representa um macro princípio do constitucionalismo contemporâneo, presente na maioria das Cartas Constitucionais atuais.

Esse princípio é resultante da progressiva luta e conseqüente conquista de alguns povos. Corroborar que as pessoas devem ter condições dignas de desenvolverem-se como indivíduos. Isso porque a Constituição Federal, enquanto norma superior e fundamental, assim o determina.

Assim, como fontes constitucionais do biodireito, tem-se que em havendo conflito entre a livre expressão da atividade médico científica/biotecnológica de um lado e outro direito fundamental da pessoa humana de outro, o limite a ser empregado é o da dignidade humana previsto no art. 1º, III da Constituição Federal.

Logo, nenhuma liberdade de investigação científica poderá chegar a tal ponto que se coloque em risco a pessoa humana em sua segurança e dignidade.

Numa ótica evolucionista, temos que na lição de Ivo Dantas, a expressão dignidade da pessoa humana já apareceu em diversos textos constitucionais brasileiros, embora apresentando um significado diferente daquele extraído da Constituição Federal atual.

Assim, na *Constituição de 1934*, em seu art. 115, lia-se:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos *existência digna*. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país”.

A *Constituição de 1946*, em seu art. 145, determinava:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op. cit. p.19 e ss.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite *existência digna*.

No texto de 1967, a expressão Dignidade Humana, encontra-se em seu art. 157, II:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II – valorização do trabalho como condição da *dignidade humana*.

Pela EC 1/69, mesmo modificando a numeração do *caput*, que passa a ser o artigo 160, manteve-se o inciso II, nos mesmos termos, como se vê:

II – valorização do trabalho como condição da *dignidade humana*.

Até mesmo o *Ato Institucional nº 5* (13.12.1968) fazia referência à expressão ao considerar que “a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à *dignidade humana*...”¹⁰

Pode-se concluir com Ivo Dantas que “O princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e da sociedade para com a vida e a liberdade individual, integrado no contexto social”.

A Constituição de 1988 ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana. O legislador Constitucional se preocupou não apenas com a instituição, mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades

positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal.¹¹

A Constituição Federal, em seu **art. 1º** elenca os princípios fundamentais sob os quais a estrutura do Estado nacional encontra-se alicerçada: (I- soberania, II- cidadania, **III- a dignidade da pessoa humana**, IV- os valores do trabalho e da livre iniciativa,V- o pluralismo político). Podemos entender aqui que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana abranja o princípio bioético da autonomia, segundo o qual se garante a liberdade consciente de decidir, de optar.

Em seu **art. 3º**: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça,sexo,cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação).¹²

Daí depreende-se que os objetivos que devem orientar o Estado brasileiro são expressos nos aspectos sociais, políticos e econômicos. Não se encontrava a matéria nas Constituições anteriores, sendo novidade introduzida pelo texto constitucional atual.

No **caput de seu art. 5º**, a CF afirma e garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

¹¹ DANTAS, Ivo – A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf, p.37 a 40.

¹² A tradição jurídica vem se transformando paulatinamente com o passar dos anos, reconhecendo-se uma transformação mais acentuada a partir do final da 2ª Guerra Mundial e da queda dos regimes fascistas, nazistas, totalitários. As atrocidades cometidas nessa época, todas referendadas pelo instituto da legalidade (validade formal), foram o ponto de partida para uma nova reflexão acerca do Direito.Essa mudança de paradigma, ocorrida originalmente na Europa, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A Constituição passa a ser tida a partir daqui como norma fundamental que estabelece os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico. DANTAS,Ivo – A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf, p.37 a 40; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit., p.21 e ss.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit, p.19 e ss.

No que tange ao direito à vida este é um bem juridicamente tutelado como direito fundamental básico, desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

É bastante amplo esse dispositivo, abrangendo a proteção à integridade física e moral, o direito ao corpo, às partes do corpo e ao cadáver.

A vida humana, objeto do direito assegurado no art. 5º, caput da CF, integra-se de elementos materiais e imateriais, constituindo fonte primária de todos os outros bens jurídicos, direitos fundamentais, a saber: a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O princípio da segurança, exposto nos arts. 5,III; 6º; e 144 da CF, garante o direito à integridade física e moral.

O Estado tem o dever de assegurar a todos o mínimo, para que o indivíduo sobreviva. No citado art 5,III a CF estabelece que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, isto significa que também não se podem utilizar experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem ou terapias que o submetem a sofrimentos injustos. Este princípio engloba os princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência.

O art. 5º, X da CF, proclama a liberdade da atividade científica como um dos seus direitos fundamentais. Para Maria Helena Diniz, não significa que ela seja absoluta e não contenha nenhuma limitação, pois existem diversos valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade da pesquisa científica.¹³

O art. 5º XIV da CF – assegura o sigilo que é protegido pelo direito à intimidade. A informação é essencial para garantir a autonomia pessoal, a liberdade consciente de escolha. Garante a proteção das informações pessoais.

Diversos outros dispositivos constitucionais tutelam a proteção do ser humano, como o

art. 170 que garante que o desenvolvimento econômico seja atrelado à

¹³ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6ºed, São Paulo, Saraiva, 2009, p.7.

existência digna, visando ainda a proteção do meio ambiente.(de grande relevância para a preservação da biodiversidade); o **art. 196** – aborda o aspecto da saúde, afirmando ser este direito de todos e dever do Estado, garantindo o acesso à saúde à coletividade como um todo; o **art. 203,I** assegura proteção à família, da infância à velhice;o **art. 226,7º e 8º** - trata do planejamento familiar, livre decisão do casal, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (abrange aqui a importância da regulamentação da inseminação artificial,da proteção jurídica do embrião); o **art. 218,§ 4º** cuida da ciência e da tecnologia prevendo a responsabilidade do Estado em promover e incentivar o desenvolvimento científico,a pesquisa e a capacitação tecnológica por meio de leis que apoiem e estimulem as empresas ao investimento em pesquisa para a criação de tecnologia adequada ao país; o **art. 225** representando grandes inovações constitucionais, dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para uma vida saudável, e que todos, inclusive o poder público têm o direito de usar e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.¹⁴

A Constituição de 1988 já prevendo os avanços da biomedicina, estipulou no **art. 225 § 1º,II e V**, a preservação da diversidade biológica e a integridade do patrimônio genético do país e a fiscalização das entidades ligadas à pesquisa e à manipulação de material genético; o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco de vida à higidez ambiental.¹⁵

Temendo-se a clonagem de seres humanos, em 1995, sentiu-se a necessidade de regulamentar o art. 225 da CF e foi promulgada a chamada Lei de Biossegurança (Lei n 8974/95), regulando os reflexos no âmbito civil e penal da utilização da engenharia genética. Estabelece esta normas de segurança e os mecanismos de fiscalização

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – curso de bioética e biodireito, op.cit.,p.22 e ss

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana – Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro, São Paulo, Max Limonad, 1999, p.23 a 31.

no uso dessas técnicas de engenharia genética.¹⁶

Sendo o direito um sistema que obedece a princípios harmônicos, deve a legislação infraconstitucional nortear-se por estes de forma coerente.

Grandes conflitos surgem na atualidade pela dificuldade de se lidar com as questões complexas que envolvem as várias áreas do conhecimento, como a medicina, a ética, a bioética, o biodireito, a biotecnologia. É grande a necessidade de se aprender a dirimir os conflitos oriundos das questões transdisciplinares.

Assim, o operador do direito deverá, para libertar-se do emaranhado de impasses jurídicos oriundos da biotecnologia, e procurar regular as questões valendo-se dos ditames e dos princípios do biodireito, passando a ver o direito mais como a “arte do bom e do justo” do que exatamente valer-se de um rigor baseado no “purismo e na tradição”, tendo em vista a necessidade de interdisciplinaridade que permeiam as relações contemporâneas.

Em matéria de bioética, os bioeticistas devem ter o respeito à dignidade humana, paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, como pressuposto fundamental, pois a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento e o fim da sociedade e do Estado, devendo prevalecer esse princípio sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.

Assim sendo, não poderão a bioética e o biodireito, admitir, tal como preleciona Maria Helena Diniz, “a adoção de qualquer conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela a sua dignidade e o respeito a uma vida digna”.¹⁷

Não deve desta forma o direito, aceitar as descobertas científicas cuja utilização demonstre-se contrária à natureza do homem e sua dignidade, ou sejam realizadas em detrimento deste.

Na concepção de Bobbio, a ciência atua como um poderoso auxiliar para que a vida humana torne-se cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo o que é possível cientificamente é moral e juridicamente admissível.

“Destas sorte podemos concluir que o respeito ao ser humano em toda a sua dimensão, observadas as diversas fases evolutivas (desde a concepção – passando pelo nascimento, no viver, no sofrer e no morrer, só é alcançado se houver o respeito à dignidade humana, valor ético, ao qual a prática biomédica está condicionada e obrigada a respeitar, pois, para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim vida com dignidade”.¹⁸

Adota a seu turno o biodireito, como princípios basilares: o princípio da autonomia, que preconiza o autogoverno do homem sobre si mesmo e conseqüentemente sobre os tratamentos médicos e pesquisas científicas com ele relacionadas, sendo, pois as decisões tomadas em conjunto no âmbito médico-paciente; ligado, pois ao livre consentimento informado do paciente; o princípio da beneficência; o princípio da sacralidade da vida; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da justiça; o princípio da cooperação entre os povos; o princípio da precaução e o princípio da ubiquidade, que tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, do patrimônio genético, e deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona introduzir uma política legislativa sobre qualquer atividade nesse sentido. Visa, outrossim, a proteção constitucional da vida e da qualidade de vida

E assim, desponta o biodireito como o novo ramo do direito que busca regular as práticas médicas e os avanços da biotecnologia, visando equilibrar o devido respeito às novas descobertas científicas de um lado e o respeito à valorização do ser humano em sua intrínseca dignidade, de outro, sem violar os direitos nascidos desta relação. Tutela nesse sentido, o biodireito, tanto interesses de ordem pública, como de ordem privada, no sentido em que atinge o ser

¹⁶ O Dec n. 1752 de 20.12.95 regulamenta a Lei 8974/95 e dispõe sobre a vinculação, competência e composição da Comissão técnica de biossegurança – CTNbio- subordinada ao Min. Da Ciência e tecnologia e formada por representantes de várias áreas que tratam do assunto.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena – O estado atual do biodireito, op.cit.,p.16

¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit.,p. 23 e 24.

humano, em sua individualidade enquanto sujeito de direito.

Abrange sua regulamentação diversas áreas de atividades humanas, como: a biotecnologia em sua constante evolução, a bionantotecnologia e as novidades que impõe a pós-modernidade; o direito à vida e a determinação de seu início; o direito aos transplantes e seus conflitos estabelecidos mormente no que tange à determinação do momento da morte; as questões atinentes à reprodução humana assistida em toda a sua complexa dimensão passando pela viabilidade das técnicas, pelo estabelecimento dos papéis familiares, tendo em vista os debates éticos suscitados pela bioética; a questão alimentar e a produção de alimentos transgênicos; os conflitos que envolvem o contexto da terminalidade da vida e a autonomia individual; o direito à interrupção ou não da gestação de feto anencefálico, denominada antecipação terapêutica do parto; o direito ao recebimento (ou não) de transfusão de sangue; a preservação da biodiversidade e da integridade genética; o direito dos animais à proteção quanto aos maus tratos na experimentação científica; o direito à sexualidade humana e a formação da família e da filiação; a polêmica cirurgia de mudança de sexo. Procurando para tanto, a regulamentação legal para tanto.¹⁹

No que tange à formação da família, os direitos humanos a ela atinentes oram e continuam sendo historicamente afirmados, representando, outrossim um dos direitos primários da organização social. É um lócus por excelência do desenvolvimento dos direitos personalíssimos do ser humano.²⁰

E nesse sentido é a lição de San Tiago Dantas, para quem a família “é o grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, denominada consciência do nós”.²¹

Concebe-se desta feita, que o biodireito é o conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso e das conquistas científicas em favor da vida.

Multiplicaram-se nesse sentido, os debates, as alterações legislativas e a tomada de posição internacionais, que são a manifestação do empenho em redefinir os meios de proteger os direitos humanos diante das ciências e das técnicas, tendo em vista, os valores sociais, o debate moral, a influência religiosa e o momento histórico vigente, foco principal do biodireito.

¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit.,p. ; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – direito das famílias: amor e bioética, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012, p. 40.

²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.83.

²¹ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, Rio de Janeiro:

Forense, 1991, p. 3 – revista e atualizada por José Gomes Bezerra e Jair Barros.

REFERÊNCIAS

- DANTAS, Ivo. **A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito.** In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro.** São Paulo, Max Limonad, 1999
- GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética.** Madrid: Ed. Eudema, 1989.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010
- _____. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010
- _____. **Direito das famílias: amor e bioética.** Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012
- MARINO Jr., Raul. **Em busca de uma bioética global.** São Paulo: Editora Hagnos, 2009.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética.** 2.ed., São Paulo: Loyola, 1994.
- PESSINI, Leo. **A vida em primeiro lugar.** In. PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org) **Fundamentos da bioética.** 2.ed., São Paulo: Paulus, 2001
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 1991 – revista e atualizada por José Gomes Bezerra e Jair Barros.

RESUMO

Há possibilidade de subsunção de algumas das modalidades de contratos telemáticos de *crowdfunding* na conceituação de valor mobiliário para os efeitos do inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76, pois sempre que *títulos ou contratos ofertados publicamente gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advenham do esforço do empreendedor ou de terceiros, tais títulos ou contratos de investimento coletivo serão tipificados como valores mobiliários*, e, portanto, *estarão submetidos às regras da Lei nº 6.385/76*, e ao Poder de Polícia da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Porém, tal subsunção, de fato, parece não ocorrer em todas as *quatro* modalidades de *crowdfunding* atualmente identificadas. Por não serem todos os contratos telemáticos de *crowdfunding* iguais, impõe-se a análise casuística por parte dos reguladores e autorreguladores do mercado.

Palavras-chave: Crowdfunding. Valores Mobiliários. Oferta pública. Contratos Telemáticos.

ABSTRACT

Its possible see the new internet contract “crowdfunding” under federal securities law, IX, 2º article, Law nº6.385/76. Just some kinds of “crowdfunding”, but not all, involves selling securities, triggering the registration requirements of the brazilian Law 6.385/76. Just because kinds of crowdfunding are not the same thing, must be consider that some kind of them must be checked by the regulators and by self regulators, just to check if securities are being offerings by these new internet contract named “crowdfunding”.

Keywords: Crowdfunding.

* A Autora é Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora de Direito Comercial e da Pós-Graduação da FMU. Professora do Programa de Educação Continuada da Direito GV. Professora de cursos de Pós-Graduação da ESA/SP. Procuradora Federal lotada na C.V.M.

Introdução

Já houve oportunidade de tentar-se desmistificar o alcance do conceito de valor mobiliário, por meio do parecer nº14/2005 da procuradoria federal especializada da CVM, e acerca de tal tema: “conceito de valor mobiliário”, frise-se, já houve manifestação¹ no seguinte sentido:

A legislação brasileira não conceitua o que sejam valores mobiliários. Em vez de elaborar um conceito para definir valores mobiliários, o legislador brasileiro houve por bem listar os títulos ou papéis que deveriam ser entendidos como tal. Nesse sentido é o art. 2º da Lei 6.385, de 07.12.76

Conclui-se que a legislação brasileira espelhou-se na legislação norte-americana, na maneira pela qual preferiu definir os tipos considerados valores mobiliários a tentar fornecer uma noção propriamente jurídica para tais papéis. Com efeito, o direito norte-americano não conceitua o que sejam valores mobiliários, mas, em vez disso, enumera, numa tentativa de abarcar o maior número possível de tipos, todas as fatispécies que devem ser entendidas como tal.

Assim, nos Estados Unidos, onde valores mobiliários recebem a denominação de securities, a legislação define valor mobiliário como "... toda nota, ação, ação em tesouraria, obrigação, debênture, comprovante de dívida, certificado de participação em qualquer contrato de participação de lucro, certificado de depósito em garantia, parte de fundador, boletim de subscrição, ação transferível, contrato de investimento, certificado de transferência de direito de voto, certificado de depósito de uma security, co-propriedade de direitos em minas, jazidas de

petróleo ou, em geral, todo direito ou participação conhecido como security, ou ainda todo certificado de participação ou interesse, permanente ou temporário, recibo, garantia, direito de subscrição ou opção referentes aos títulos e valores acima mencionados" (Section 2 (1) do Securities Act, de 1933)².

Já no direito europeu é possível afirmar que, de maneira geral, pode-se encontrar um conceito elaborado de valores mobiliários, não obstante a denominação e a abrangência desta expressão variarem conforme o país. Na Europa, a aceção do termo valores mobiliários é, no geral, bem mais limitada do que nos Estados Unidos, sendo a idéia normalmente associada a títulos emitidos por sociedade anônima. Assim, cabe observar que, não obstante a principal influência no modelo regulamentar do mercado de capitais adotado pela legislação brasileira tenha vindo da legislação federal de títulos norte-americana, a influência do direito europeu é marcante no que diz respeito à limitação da amplitude do conceito de valores mobiliários, tal como definido pela Lei n.º 6.385/76³.

²Conforme observa Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Longe, pois, de fornecer a "essência" do conceito de 'security', o legislador se limita a enumerar, exemplificativamente, tipos que partilhariam de uma essência comum, de resto deixada indefinida" (in LEÃES, Luiz Gastão Paes de. O conceito de "security" no direito norte-americano, e o conceito análogo no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 15, p. 44, 1974).

³Neste sentido, o Professor Arnoldo Wald observa que "... o conceito de valor mobiliário, nos países europeus, particularmente na França, apresenta um alcance bem mais limitado, referindo-se basicamente aos títulos emitidos por sociedades anônimas e aptos a serem negociados publicamente. (...) Podemos concluir, então, que no direito positivo brasileiro, nesse particular influenciado fortemente pelo sistema legal francês, são considerados valores mobiliários os títulos emitidos pelas sociedades anônimas (com exceção do certificado de depósito de valores mobiliários) destinados à negociação pública, em bolsa de valores ou em mercado de balcão." (in WALD, Arnoldo. O mercado futuro de índices e os valores mobiliários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 57, p. 11 e 15, 1985).

¹ Tal manifestação foi também descortinada em artigo da autora publicado pela Saraiva, na obra Sociedade Anônima da série *GVLaw*, em artigo intitulado "Das ações das sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários"

A Lei n.º 6.385/76 não elaborou, portanto, um conceito para os valores mobiliários, definindo, pelo critério de sua **enumeração**, os papéis que devem receber esta qualificação. Conforme se depreende do que foi dito e repetido no parágrafo acima, no direito brasileiro, a concepção de valores mobiliários era, antes da reforma introduzida pela Lei n.º 10.303/2001, bastante limitada e necessariamente associada a títulos de emissão de sociedade anônima.

Ocorre que essa forma de caracterização dos valores mobiliários tem se revelado **claramente insuficiente** no que se refere à tutela dos investidores no mercado em geral, desprovidos de proteção normativa, caso o objeto de suas aplicações não possa ser considerado valor mobiliário pela CVM.

Para o professor Rubens Requião,⁴ são valores mobiliários, “*todos os papéis emitidos pelas sociedades anônimas para a captação de recursos financeiros no mercado.*” Há muito tempo, *permissa vênia*, esta definição não se coaduna com a realidade do mercado de capitais e de valores mobiliários brasileiro, em franca época de emissões de valores mobiliários com fulcro na Instrução CVM 476 (emissões com esforços restritos por parte de emissores que podem não ser sociedades anônimas).

Lembre-se, portanto, que o legislador brasileiro não fixou em *numerus clausus*, mas em *numerus apertus* o elenco dos valores mobiliários. Tanto assim que, posteriormente à edição da Lei 6.385/76, foram várias as Resoluções e outros textos normativos que ampliaram aquele elenco, originalmente estabelecido no art. 2.º daquele diploma legal de 1976.

Vale lembrar a histórica Medida Provisória n.º 1.637, de 08.01.1998⁵,

⁴REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 27.

⁵Em sua exposição de motivos, explicou-se que a MP 1637/98 “... visa ampliar a competência normativa e fiscalizadora da Comissão de Valores Mobiliários - CVM no que diz respeito às relações entre investidores e captadores de poupança popular através de novos instrumentos de investimento, que não estão hoje submetidos à adequada regulação estatal” (Exposição de Motivos do Ministério da Fazenda n.º 712, de 09.1.97, que originou a Mensagem ao Congresso Nacional n.º 37/98 (n.º 31/98, na origem).

posteriormente convertida na MP 1.742/99 que foi justamente editada para incluir contratos de investimento coletivo no rol dos tipos passíveis de classificação como valor mobiliário no direito brasileiro para os fins de jurisdição da CVM. De acordo com o art. 1.º da MP n.º 1.742/99: “Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

Com efeito, em virtude da edição da Medida Provisória em tela, o conceito de valores mobiliários, restou, finalmente, **ampliado** para considerar como valores mobiliários *títulos negociáveis em massa, emitidos em série, por sociedades anônimas abertas ou não, mediante registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários, fungíveis ou não, suscetíveis de negociação em bolsas de valores ou mercado de balcão, com cotação nos respectivos mercados, arrolados no artigo 2º da Lei n.º 6.385/76, como valores mobiliários, cujo rol pode ser acrescido de quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo, quando ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços do próprio empreendedor ou de terceiro.*

Hoje, são valores mobiliários sujeitos à jurisdição da CVM brasileira aqueles que estão declinados nos incisos **do artigo 2º da Lei n.º 6.385/76**, salvo o inciso IX que trouxe uma grande inovação e contempla, além daqueles que já haviam sido criados pelo Conselho Monetário Nacional, “quaisquer outros títulos ou contratos quando ofertados publicamente e que gerem direito de participação de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiro”. Incorporou-se, pois, ao conceito de valor mobiliário o *contrato de investimento coletivo advindo da Medida Provisória declinada, de n.º 1637*. Nesse passo, vale lembrar que os derivativos, os contratos futuro e as cotas de fundo de investimento, em geral,

ainda são grandes novidades na atual redação do artigo 2º da Lei 6.385/76, posto que **somente após o advento da Lei nº 10.303/01** que a modificou foram eles considerados valores mobiliários.

Deduz-se, pois, que a grande problemática ainda hoje existente, é que a legislação brasileira **não conceitua o que sejam valores mobiliários**. Como já foi destacado em diversas outras oportunidades, em vez de elaborar um conceito para definir valores mobiliários, o legislador brasileiro houve por bem **listar** os títulos ou papéis que devem ser entendidos como tal.

Assim, o atual art. 2º da Lei 6.385, de 07.12.76, dispõe, hoje, de forma clara, quais os títulos de crédito ou contratos que podem ser considerados valores mobiliários, diferentemente da redação antiga (anterior à Lei n.º 10.303/01) que apenas exemplificava alguns títulos ou contratos e deixava a critério do Conselho Monetário Nacional a definição de outros.

A atual redação dada ao art. 2º da Lei n.º 6.385/76 pela Lei 10.303/01, dispõe serem valores mobiliários sujeitos ao seu regime: as ações, as debêntures e os bônus de subscrição; os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários acima mencionados; os certificados de depósito de valores mobiliários; as cédulas de debêntures; as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; as notas comerciais; os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e, quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Portanto, conforme já dito em outras oportunidades, inexistindo conceito legal do que sejam valores mobiliários, parece-nos que a CVM poderia recepcionar o inciso IX como a própria conceituação da expressão, a fim de que a Autarquia – CVM possa desempenhar a

função que lhe foi atribuída pela Lei 6385/76, qual seja: a de colocar, dentro do campo de abrangência de sua atuação, outros títulos emitidos por sociedades anônimas ou não, diferentes daqueles já mencionados na lei conforme o fenômeno da subsunção dos contratos ofertados publicamente.

A nosso sentir, recepcionar a conceituação do próprio inciso IX do artigo 2º para todos os demais valores mobiliários eventualmente existentes, contribuiria, efetivamente, para evitar que haja confusão na tipificação como valor mobiliário de um título ou contrato qualquer que não possua as características a eles inerentes.

Uma vez feitas estas considerações introdutórias, passemos à análise da espécie de contrato mercantil telemático de “*crowdfunding*” que poderia, em tese, subsumir-se como valor mobiliário, conforme ora descortinado, para que possa existir no direito brasileiro como tal e vir a ser utilizado na captação de recursos oriundos de poupança popular.

2. Do Contrato Telemático de Crowdfunding e sua Possível Subsunção ao Conceito de Valor Mobiliário do Artigo 2º da Lei 6.385/76

Lembre-se que consoante lições de ROBERTO QUIROGA MOSQUERA⁶, entre os princípios que regem o denominado Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, merecem atenção, para a execução do presente artigo, os princípios da proteção da economia popular e da proteção da transparência de informações.

De acordo com CHEDIAK⁷ e diversos outros juristas, lembre-se que a evolução do conceito de valor mobiliário no Brasil foi feita com extremo zelo. Já o antigo art. 2º da Lei nº 4.728, de 9 de dezembro de 1965, se referia

⁶ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 17-24.

⁷ Cf. CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. A reforma do mercado de valores mobiliários. In: LOBO, Jorge; KANDIR, Antonio (Coords.). **Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 533-538.

aos valores mobiliários, mas, frise-se, nunca chegou a conceituá-los. Esclarece o autor que não obstante alguns autores sustentarem que o Brasil adotou o sistema estadunidense – em razão de se manter a competência residual do Banco Central – o legislador de 1976, ao menos no que diz respeito à competência da Comissão de Valores Mobiliários, optou pelo sistema europeu, enumerando quais seriam os valores mobiliários cuja emissão e negociação estariam sujeitos ao novo regime.

Isso se alterou, conforme já restou dito, com a Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998, posteriormente transformada na Lei nº **10.198, de 14 de fevereiro de 2001, a partir da qual o ordenamento brasileiro transpôs para o nosso mercado o sistema estadunidense.** Com efeito, a partir daí, os **chamados títulos ou contratos de investimento coletivo** passaram a ser tratados como valores mobiliários, definidos pela lei como aqueles “...que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”. Verifica-se, pois, que a definição do contrato de investimento coletivo se confundiria com uma possível definição para um valor mobiliário, motivo pelo qual o conceito de valor mobiliário no ordenamento jurídico brasileiro, após a edição da Medida Provisória 1.637, tornou-se basicamente quase o mesmo que o conceito de *security* no ordenamento estadunidense.

A problemática de encontrar uma definição para algumas modalidades de contratos telemáticos de **crowdfunding** trará, certamente, nova celeuma para a conceituação de valor mobiliário. Além disso, sempre que títulos ou contratos ofertados publicamente gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, tais títulos ou contratos serão valores mobiliários e, portanto sujeitos às regras da Lei nº 6.385/76, e à jurisdição da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos do inciso IX do artigo 2º da Lei em tela.

Lembre-se que a necessidade de ser conhecida a *estrutura técnica* e a *função*

econômica do instituto jurídico que se pretende estudar já era ressaltada por Vivante. Dizia o mestre, então:

Aos estudantes e estudiosos ↓— já que as duas palavras ⁸ não são sempre sinônimas ↓— que amiúde me pedem conselhos e sugestão de temas para as suas dissertações, não posso orientá-los senão pelo método seguido por mim. **Não se aventurem a uma análise jurídica sem conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto de seus estudos.**” Grifou-se.

Para o professor Newton De Lucca, os contratos telemáticos não se confundem com os contratos informáticos, posto que:

Contrato informático é o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação.

Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.” (Grifou-se).

A palavra de origem inglesa “crowdfunding” significa “**financiamento pela multidão**”. Várias pessoas são convidadas a celebrar contrato telemático, contribuindo com “pequenas” quantias, de maneira colaborativa, com o escopo de viabilizar um projeto, negócio, show, espetáculo, etc.

Para a Wikipédia, a qual é bom que se diga, já é uma enciclopédia “**crowd**”, assevera ser o *crowdfunding* uma ação de cooperação coletiva realizada por pessoas que contribuem financeiramente, usualmente via internet, para apoiar iniciativas de outras pessoas ou organizações. Traduzindo seria “financiamento pela multidão”

Resta, pois, descortinado que o crowdfunding (o financiamento pelas multidões) é antes de tudo, contrato telemático, pois é negócio jurídico bilateral,

⁸ DE LUCCA, Newton. *In Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. Editora Saraiva. 2003. Página 33.

mercantil, oneroso e que se utiliza do computador e de uma rede de comunicação como suporte básico para a sua celebração. Contudo, tal contrato é sempre ofertado publicamente e tem por escopo a captação de poupança popular, razão pela qual é necessária a presença do Poder Público de molde a assegurar que tal captação de poupança popular não ocorra de maneira fraudulenta ou desleal. Restaria, nesse passo, uma análise não só da estrutura contratual deste contrato telemático mas também da função do instituto do crowdfunding para concluir qual seria o Poder Público competente para regular e disciplinar tal contrato telemático.

Verifique-se, por exemplo, portanto apenas a título de ilustração, o *site* www.queremos.com.br que está voltado para ação organizada, para a mobilização de diversas pessoas com contribuições individuais a fim de permitir a viabilização de determinada iniciativa cultural, esportiva, etc.

Lembre-se, nesse passo, que o direito estadunidense saiu na frente e já iniciou a regulação do contrato telemático em tela de *crowdfunding*.

No Brasil, em razão do histórico ora descortinado, acerca da criação e evolução dos valores mobiliários, salvo melhor juízo, cumpriria à CVM - Comissão de Valores Mobiliários, analisar casuisticamente. Posto que não haveria como afirmar, em tese, que todo e qualquer contrato telemático de crowdfunding não será, ou será considerado um valor mobiliário, para os efeitos de competência da autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda incumbida de regular e fiscalizar os valores mobiliários arrolados no artigo 2º da Lei 6.385/76, a CVM.

No âmbito da CVM estadunidense, a Securities and Exchange Commission - SEC, **já houve alguma regulação** do contrato telemático de *crowdfunding*. Fóruns de debates foram instaurados com o escopo de entender e regular este tipo de captação de poupança popular por meio da internet.

C. Esteven Bradford doutrinador estadunidense⁹ identificou, basicamente,

quatro modelos ou espécies de contratos telemáticos de crowdfunding, a saber:

- a. *The Donation Model* que seria uma espécie de contrato para coleta de doações, e, restou descortinado que insofismavelmente nesta espécie não há oferta de qualquer tipo de valor mobiliário, posto que aos doadores nada é prometido e não há qualquer tipo de remuneração ou recebimento de qualquer bem ou serviço. Um bom exemplo de “crowdfunding” desta modalidade foi a estrutura montada pelo atual presidente dos Estados Unidos para a sua campanha presidencial.
- b. *The Reward and Pre-Purchase Models*: para esta modalidade também restou descortinada a impossibilidade de oferta de valor mobiliário na medida em que tais contratos telemáticos não sinalizam com nenhuma espécie de lucro ou remuneração, pois não há sinais de investimento deste tipo de contrato, mas sim de consumo. Os contratantes celebram os contratos telemáticos não com o objetivo lucro ou juros, mas com o objetivo de adquirir tão só algum bem, produto ou serviço tais como shows, CDs, eventos circenses, espetáculos, etc.
- c. *The Equity Model*: para esta modalidade existiria, usualmente a oferta de valor mobiliário, pois o contrato telemático pode ser ofertado publicamente e os contratantes o celebram mediante pagamento em dinheiro **em troca de algum documento que garanta algum tipo de juros ou remuneração em relação a algum empreendimento**. Mas nesta hipótese o contratante investiria, por exemplo, R\$1.000,00 (um mil reais) objetivando o recebimento de

⁹ Texto disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract=1916184](http://ssrn.com/abstract=1916184). Acessado em 14.02.2012 às 11:35hs.

- R\$1.250,00 (um mil duzentos e cinquenta reais) quando o empreendimento fosse concretizado. Porém, caso o contratante celebre tal contrato telemático com o pagamento de, por exemplo R\$1.000,00 (um mil reais) para viabilizar um determinado empreendimento e receba ao final tão só os mesmos R\$1.000,00 (um mil reais) de volta, tal contrato telemático, ainda que ofertado publicamente para captar poupança popular não será valor mobiliário, **na medida em que não há expectativa de lucro ou juros por parte dos contratantes internautas, existiria, tão só, um esforço coletivo para a realização de determinado empreendimento.**
- d. *The Lending Model*, este seria o mais árduo de todos os modelos de contratos telemáticos de *crowdfunding* para identificá-lo como valor mobiliário, pois neste tipo de contrato os contratantes internautas esperam receber algum tipo de retorno, seja lucro, seja juros, seja participação no rateio do empreendimento.
- com o escopo de viabilizar um empreendimento, show, CD, produto, serviço do qual irá apenas participar, mas não terá o condão de propiciar nenhum tipo de renda ao contratante;
- c. **Modalidade Empréstimo**, esta modalidade pode ser dividida em duas outras: Empréstimo **com promessa de juros ou outro tipo de remuneração e sem promessa de juros ou qualquer outro tipo de remuneração**; Se houver a promessa de juros ou qualquer outro tipo de rateio de lucros ou remuneração esta modalidade **poderá** subsumir-se no conceito de valor mobiliário para os efeitos do artigo 2º da Lei 6.385/76;
- d. **Modalidade de Participação**, esta modalidade está relacionada com uma atividade, por exemplo, produção de um show, CD de música, ou outro produto. Esta modalidade seria a mais árdua para se identificar se a participação do contratante está realmente limitada a pagar apenas para participar do evento ou da realização do bem ou serviço, sem qualquer intuito lucrativo. Caso a participação do contratante tenha como contraprestação apenas a entrega de um bem, produto ou serviço, tal contrato telemático não será tipificado como valor mobiliário. Contudo, ao contrário: se além da participação, houver qualquer promessa no sentido de participação também nos lucros ou, em eventual “sobra” de recursos do empreendimento escopo do contrato, com juros ou ainda com promessa de qualquer tipo de vantagem pecuniária **poderá** haver a subsunção deste contrato telemático no inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76.

Tais modalidades identificadas podem ser traduzidas livremente como:

- a. **Modalidade Doação**; esta modalidade não há como caracterizar-se como valor mobiliário, pois não está presente nenhuma das características deste instituto conforme descortinado no introito do presente parecer.
- b. **Modalidade Recompensa**; esta modalidade também, a nosso sentir, não há como subsumir-se no conceito de valor mobiliário para os efeitos do artigo 2º da Lei 6.385/76, pois o contratante não possui na contratação nenhuma intenção de receber qualquer tipo de remuneração, lucro, juros, etc. O contratante apenas participa

Considerações Finais

Posto isso, cumpriria concluir: **não é todo** e qualquer contrato telemático de *crowdfunding* que, quando ofertado publicamente por meio da *internet*, se subsumiria na **modalidade de recompensa**, e, portanto, *não se tipificaria como um valor mobiliário* posto que na maioria dos contratos telemáticos hoje detectados constata-se que o objetivo, a função do contrato em tela é viabilizar alguns shows, eventos sem qualquer promessa de lucro ou qualquer outro tipo de remuneração. A análise ainda que breve das demais modalidades faz-se necessária para que estudos científicos possam surgir de molde a

sustentar uma possível subsunção do contrato telemático de *crowdfunding* como um valor mobiliário para os fins do artigo 2º da Lei 6.385/76. Tal análise deve ser, portanto, casuística, até porque existem algumas modalidades para este tipo de contratação que podem no futuro afetar, impactar as pequenas IPOs (Ofertas Públicas de valores mobiliários). Afinal torna-se mais fácil captar poupança popular por meio da internet sem qualquer custo de registro ou fiscalização a captar no mercado capitais, em mercado de bolsa ou balcão, com todos os custos a eles inerentes.

REFERÊNCIAS

- BRADFORD, C. Esteven . Texto disponível em <http://ssrn.com/abstract=1916184>. Acessado em 14.02.2012 às 11:35hs
- CHEDIK, Julian Fonseca Peña. A reforma do mercado de valores mobiliários. In LOBO, Jorge; KANDIR, Antonio (Coords). **Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.10.303, de 31.10.2001**. 2.ed. Rio de Janeiro. P.533/538. Forense. 2002.
- DE LUCCA, Newton. In **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo. Editora Saraiva. P. 33. 2003.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O Conceito de “security” no direito norte-americano, e o conceito análogo no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.15, p.44, 1974.
- WALD, Arnoldo. O mercado futuro de índices e os valores mobiliários. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.57, p.11 e 15. 1985.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo. Dialética. P. 17-24. 1998.
- NAJJARIAN NORONHA, Ilene Patrícia. Das ações como originadoras de outros valores mobiliários. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coords). Série GVLaw. **Sociedade Anônima**. São Paulo. Pág. 135/175. 2007.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 9ª Edição. São Paulo. Saraiva. V.2, pág.27.

RESUMO

A ciência jurídica não pode e não deve fugir da realidade, qualquer que seja a existência real da pessoa coletiva que aparece como força social. Por ser assim reconhecida, a pessoa jurídica é definida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações e, nesta condição, está apta a figurar como sujeito de relações contratuais ou litigiosas também pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Palavras-chave: Culpabilidade. Pessoa Jurídica.

ABSTRACT

The legal science cannot and should not escape the reality, whatever the accrual existence of the collective person Who appears as a social force. Being known as it is, the legal entity is defined by law as a subject of rights and obligations and, at this condition, is apt to appear as the subject of litigation or contractual relations. Also, for the crimes they voluntarily come to practice, is regarded the guilt of possessing criminal liability.

Keywords: Culpability. Legal Entity.

* Mestre em Direitos Fundamentais, Procurador de Justiça e Professor Titular do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Introdução

Do ponto de vista penal, têm-se como elementos fundamentais na determinação da responsabilidade do agente, a culpabilidade, a conduta e a capacidade do agente.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sido, no âmbito do Direito Penal, um dos temas mais controversos porque destoa da dogmática clássica fundada, principalmente, na análise da capacidade penal. As noções de vontade, intenção e dolo, por serem próprias do homem, não se enquadram à estrutura da pessoa jurídica.

Como todo e qualquer trabalho científico, este se presta a enfrentar um problema, responder a uma pergunta: é possível a pessoa jurídica ser sujeito ativo de delito? Ou, mais especificamente, pode-se atribuir ao ente coletivo reprovação pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Tal indagação surgiu da constatação de que a pessoa jurídica é, sem dúvida, uma das forças motrizes da sociedade moderna e, na medida em que as sanções civis e administrativas têm se mostrado incapazes de evitar que, na busca do lucro fácil, tais entes morais se transformem em verdadeiros criminosos, incontestável o risco que representam para toda a coletividade.

Sobre a culpabilidade da Pessoa Jurídica

A culpabilidade liga o agente à punibilidade, isto é, a pena é ligada ao agente pelo juízo de censurabilidade. O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade. Então, é de se observar que “para a existência de um crime, segundo a lei penal brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Obviamente para a existência do crime, é prescindível a

culpabilidade. (...) Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável”¹.

A lei penal não traz uma definição de crime, deixando a incumbência à doutrina. Esta cogita de conceito material e formal. Num conceito material, crime é uma conduta que se proíbe, com ameaça de pena, porque constitui ofensa a um valor da vida social, ou seja, a um bem jurídico. Sob o aspecto formal, crime é toda ação ou omissão proibida ou ordenada pela lei, sob a ameaça de pena. Passou-se, então, a conceituar crime, sob o prisma analítico, como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. É a definição dos adeptos da teoria naturalista e de vários seguidores da teoria finalista da ação.

Praticado um fato típico, não se deve concluir que seu autor cometeu um delito, dado que, eventualmente, pode ocorrer uma causa de exclusão da ilicitude. É necessário que, além do fato típico, seja o fato antijurídico, isto é, que não ocorra qualquer causa de exclusão da ilicitude. Não é suficiente, porém, que o fato seja típico e ilícito. Faltou-lhe a culpabilidade, que é o pressuposto da imposição da pena.

Como o direito penal fixa-se sobre o princípio da culpa em sentido estrito, entende-se como culpabilidade, a vontade livre do homem em obedecer ou desobedecer as propostas previstas pela lei penal.

Obviamente, que não se aplicam à pessoa jurídica, ser criado, em última análise no contexto do Direito pelo legislador, por mais que seja uma realidade, a concepção relativa à culpa. Não se pode, por outro lado, a partir da não aplicabilidade do livre arbítrio às pessoas jurídicas, deixar-se envolver pela premissa e argumentar-se que a culpabilidade, fundamentando-se na inteligência e vontade, é conceito que alcança unicamente ao homem, no direito penal.

O mais aconselhável que se tem a fazer, é entender que, “em alguns setores do direito penal, seja possível o abandono da fórmula rígida, livre vontade-culpabilidade,

¹ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal**: Parte Geral. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999, p. 453-454.

modificando-se o conceito de culpa, sentido lato”².

Um ponto que merece discussão, diz respeito à vontade já reconhecida no momento da ação comparativamente com a atitude da pessoa jurídica no que comporta a culpabilidade: “A noção de responsabilidade individual, lastreada no livre arbítrio, não socorre e não pode servir de fundamento à irresponsabilidade dos entes coletivos. Isto porque o que se deve levar em conta é a concepção única desses entes, ou seja, seus elementos característicos, como o de possuir uma hierarquia, uma estrutura e vontade coletiva distinta que fazem deles uma pessoa real”³.

Em todas as sociedades humanas é suscetível de verificação a convivência de fenômenos que põem em perigo a sua conservação. O comportamento criminoso, enquanto violador de princípio e regras de organização do corpo social, constitui-se em exemplo vivo de um dos tais perigos. Atingido o grau de tolerância admitido, invoca, em seu favor, a atuação do sistema penal, que funciona, portanto, como um esquema de autodefesa. Assim sendo, em tal equação o sistema penal, “mecanismo regulador da autoconservação da coletividade organizada, não violenta as coisas admitir como seu fundamento não apenas a culpabilidade individual, mas também a de organizações menores que vivem e se desenvolvem no seio daquela e que podem constituir-se em fatores de desagregação”⁴.

Analisada a questão por esse ângulo pode-se argumentar que, “a culpa para efeitos de responsabilidade criminal, não é algo que esteja inscrito nas leis da natureza como atributo das pessoas humanas, cientificamente comprovável por juízos de experiência”⁵.

Na realidade, “os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento

do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstrata, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas células componentes. Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece e cede lugar ao outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva”⁶.

Diante desse pensamento, imaginar-se uma vontade, não no sentido como é ela aplicada ao ser humano resultante de sua existência natural, mas sim num âmbito sociológico, faz-se permitido; uma vez que a empresa tem a sua existência formada no meio social que a legitima, vislumbrando-se aqui, a possibilidade da pessoa jurídica possuir vontade distinta⁷.

Neste sentido, “o ponto de partida dessa perspectiva dicotômica se apoia na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada ‘ação institucional’. (...) Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma ‘ação institucional’”⁸.

Deve ser reiterado então, que uma nova visão da culpabilidade deve ser imposta,

⁶ FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**, Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.p. 53.

⁷ Opondo-se ao reconhecimento de qualquer vontade à pessoa jurídica, Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, **Direito Penal na Constituição**, p. 143-144, ao exporem: “O Direito Penal é o setor jurídico cuja sanção sempre foi dirigida como reprovação à pessoa, por isso, a tendência cada vez mais acentuada, de ser analisada em suas características de ser humano. A pessoa jurídica precisa ser vista com as particularidades que lhe são próprias. A sua responsabilidade jurídica não pode decorrer como se dotada fosse de vontade”.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 95.

² PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 69.

³ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44.

⁴ PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 72.

⁵ Ibid., mesma página.

“principalmente quando se trate do direito penal secundário, sobrepondo-se o pragmatismo aos preceitos filosóficos”⁹.

Nesse diapasão, e diante do quadro, sem as características exigíveis ao ser humano, parece ter ficado claro que se possa atribuir ao ente coletivo, reprovação pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Mais claro ficará, esta lógica, com a análise da possibilidade das pessoas jurídicas cometerem ilícitos penais, vez que, dentre os elementos do crime encontram-se o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

Como a conduta (ação ou omissão) pode ser definida na atividade humana voluntária e consciente, no mundo exterior, dirigida a uma finalidade, pertinente trazer o pensamento de Luís Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior¹⁰, segundo os quais, o direito penal brasileiro considera que a infração criminal (crime ou contravenção) só pode ser atribuída ao homem, já que as pessoas jurídicas não cometem ilícitos penais.

Há tempo discute-se a dogmática criminal, para adequá-la aos novos valores sociais cabendo ser demonstrado exatamente o contrário, ou seja, que as pessoas jurídicas possuem vontade como possuem as físicas, sendo aptas a realizar idênticos atos, criminosos ou não.

Importante que fique claro que a prática de atos ilícitos por uma pessoa jurídica não se confunde com o concurso de pessoas, onde vários indivíduos, agindo de comum acordo, praticam uma mesma infração. No agir do ente coletivo, a prática do delito advém do desejo do grupo e não do desejo individual de apenas um de seus integrantes. Uma vez independente da vontade de cada um dos indivíduos que compõem a pessoa jurídica, torna-se possível a prática do delito pelo grupamento.

A vontade da pessoa jurídica emana de seus órgãos de representação que são, em verdade, compostos por seres humanos que

contribuem para a constituição da vontade coletiva, não impedindo a imputação do grupamento. Então, como condição exigida para a imputação de uma pessoa jurídica surge que a infração criminal deve ser cometida pela vontade deliberada por seus órgãos¹¹ sociais ou representantes, desde que as pessoas que integram os órgãos estejam encarregadas de exprimir a vontade coletiva desses órgãos.

O entendimento contrário proporcionaria aos entes coletivos o recurso à fraude e a consagração, por consequência, da irresponsabilidade criminal.

Pelo até agora exposto, observa-se que as pessoas jurídicas possuem capacidade de conduta, o que permite ser afirmado que à vontade de ação ou vontade de conduta não é um fenômeno exclusivamente inerente aos seres humanos, mas plenamente aplicável aos entes coletivos, superada o conceito de que só o homem pode ser sujeito ativo da infração penal.

Por fim, verifica-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é puramente subjetiva, não se fundamentando a assertiva daqueles contrários à referida responsabilidade, de que não se pode falar em imputação penal dos grupamentos, tratando-se de responsabilidade objetiva. A responsabilidade assumindo o caráter subjetivo, como se observou, perfeitamente sustentável, considera a possibilidade de uma ação ou omissão praticada com consciência por uma pessoa jurídica, atuação essa, fruto da vontade coletiva, que visa o benefício ou interesse do grupamento.

Com exceção da dogmática penal, sendo realidades jurídicas, criminológicas, sociais e econômicas, as pessoas jurídicas efetivamente são capazes de conduta, fato não negado pelos demais ramos do direito¹².

Como existe a interpretação de que a pessoa jurídica tem capacidade no mesmo patamar que a pessoa física, parte da doutrina não concebe o crime fora do homem, uma vez

⁹ PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 74.

¹⁰ **Direito Penal na Constituição**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 94-97.

¹¹ Por órgão entende-se uma pessoa física, como presidente, diretor-geral ou gerente, ou então um grupo de pessoas, como o conselho de administração, conselho fiscal e assembleia geral, e até uma outra sociedade.

¹² SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-90.

que só ele possui a faculdade de querer, e como as pessoas jurídicas só podem praticar atos através de seus representantes, para sustentar sua capacidade penal, dever-se-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao ente representado. Contudo, já restou comprovado o inverso, e como bem conclui Damásio E. de Jesus, é invencível a tendência pelo reconhecimento da incriminação da pessoa jurídica “como mais uma forma de reprimir a criminalidade”¹³.

Neste ponto cabe até trazer a lição sempre atual do civilista Orlando Gomes, para quem, “atribuída personalidade ao grupo para que possa exercer a atividade jurídica como uma unidade, tal como se fosse uma pessoa natural, implica isso em conferir-lhe da mesma forma que à pessoa natural, capacidade jurídica, ou seja, condição para ser titular de direitos subjetivos e deveres jurídicos, ou de outra forma, a idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas”¹⁴.

Além das respostas encontradas nos itens anteriores, importante afirmar, corroborando com a ideia da vontade própria da pessoa jurídica, através de texto longo, mas que tem o seu valor, que a questão está

intimamente relacionada com a solução de dois outros problemas de regime das pessoas colectivas: o problema da natureza do verso de ligação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos, ou as pessoas singulares que como tal actuam; e o problema da responsabilidade das pessoas colectivas. Com efeito, se entendermos que o nexo que une a pessoa colectiva àqueles que por ela actuam é um nexo de representação legal ou necessária, teremos de concluir que a pessoa colectiva em si é uma entidade que não pode agir pessoalmente, só através de representantes e, portanto, é incapaz. Mas pode entender-se que os órgãos não são representantes da pessoa colectiva, fazem parte dela, tal como a boca e os braços não representam o ser humano, pessoa singular, mas são o ser humano. Então concebemos a

ligação entre órgãos da pessoa colectiva e esta como um nexo de organicidade ou de integração.¹⁵

Demonstrado que a vontade da pessoa colectiva que anima o órgão que a representa, e nasce de seu corpo legal e nele é reconhecida, contribui para a plena capacidade de exercício da pessoa jurídica, a qual, colocada no campo do Direito Civil, é responsabilizada civilmente por seus atos.

A partir daí, não se pode vislumbrar outra solução a ser dada que o não reconhecimento da capacidade da pessoa jurídica também no âmbito penal, não se tratando de mero uso da analogia, para, com base em conceitos que aproveitam só ao direito privado, impor-se elasticidade ao Direito Penal. O conceito de pessoa jurídica solidificou-se nos corpos de leis, abrigou-se no interior das mais diversas legislações, valendo então, para o direito como um todo, aproveitando a todos os ramos do Direito¹⁶.

Assim é que, ao valer-se das elaborações de direito privado, longe de alargar o campo penal, cuida-se de adaptar a pessoa jurídica possível autora de tantos atos de desvalor, à realidade de hoje, sempre se tendo em conta a proteção do bem jurídico supraindividual.

Não se pode esquecer que o poder econômico da pessoa jurídica muitas vezes tem permitido que fiquem à margem das normas legais, pelo estabelecimento de princípios defasados, não sendo jamais intimidados com a punição de um preposto ou de um eventual responsável.

Torna-se, pois, imperioso seu enquadramento como sujeitos ativos dos delitos que atentam contra bens jurídicos

¹⁵ MENDES, João de Castro. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Ed. AAFDL, 1.978, vol. 1, p. 223-224, *apud* PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 54.

¹⁶ “Os pressupostos da responsabilidade das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal não são substancialmente distintos daqueles do direito civil ou outros ramos do direito público. Quem pode contratar, também pode, por outro lado firmar contratos fraudulentos ou não cumpri-los”. Por Von Liszt, **Tratado de Derecho Penal**. Madri: [s.e.], 1.916, Tomo II, p. 287, *apud* PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 64.

¹³ **Direito Penal**: Parte Geral. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999, p. 167-168.

¹⁴ **Introdução ao Direito Civil**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 382.

coletivos, como o meio ambiente, consumidores, em economia, sistema financeiro nacional etc., visando dar maior eficácia ao direito criminal.

Conclusão

A imunidade atual das pessoas morais é tanto mais chocante quanto elas estão frequentemente, pela amplitude dos meios que disponibilizam, na origem de atentados graves à saúde pública, ao ambiente, à ordem econômica ou à legislação social. A decisão que está na origem do crime é tomada pelos próprios órgãos sociais, que determinam a política industrial, comercial ou social da empresa.

Diante da força social que representam, é cada vez mais difundida a possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes, sendo ela

dotada de vontade social e consciência coletiva, podendo então, praticar ilícitos.

Um movimento internacional para a responsabilização das pessoas jurídicas vem marcando a história recente da responsabilidade penal coletiva. Nos principais congressos internacionais realizados no século passado, discutiu-se o assunto sob vários aspectos (criminalidade econômica, ecológica, crimes contra o consumidor, etc.), quase sempre concluindo pela admissão da imposição de penas aos entes coletivos.

A Constituição Brasileira, de maneira expressa, acolheu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, para os casos de lesão ao meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Apenas em relação ao meio ambiente, houve regulamentação infraconstitucional que se deu pela edição da Lei n. 9.605/1998.

REFERÊNCIAS

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1. 1999.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas e os Delitos Ambientais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ed. especial. São Paulo: IBCCrim, nº 65: 3, ano 6, abr. 1998.

RESUMO

As pessoas com deficiência, como integrantes que são da sociedade, possuem direitos e deveres comuns a todos, além de ter o direito de ver respeitadas as suas diferenças, com vistas ao tratamento isonômico.

O objeto do presente artigo é a pessoa com deficiência e o direito ao desenvolvimento, essencial para sua subsistência digna e completa inclusão social.

As pesquisas da doutrina e da legislação nacional e estrangeira, além de dados estatísticos, orientaram a sua elaboração.

A finalidade das análises é mostrar a realidade brasileira neste campo, considerando os fatos e o direito vigente, e demonstrar a importância da integral implementação, promoção e respeito dos direitos da pessoa com deficiência no Brasil para que o desenvolvimento seja pleno, como objetivo do Estado e direito de *todos* os brasileiros.

Palavras-chave: Deficiência. Educação. Desenvolvimento. Trabalho. Acessibilidade.

ABSTRACT

Disabled people, as members of the society, have the same rights and duties as everyone else. Additionally, they have the right of having their differences respected and of being isonomically treated.

This paper focuses on the right to develop applied to disabled people, which is essential to their dignity as human beings and to the complete social inclusion.

It is based on both international and national legislation and doctrine, and also on statistics.

The purpose of these analyses is to present the Brazilian reality, considering facts and the current law, and also to demonstrate the importance of full implementation, promotion and respect of the disabled people's rights for the full development, as an objective of the State and a right of every Brazilian person.

Keywords: Disability. Law. Development. education. Labor. Accessibility.

* Advogada, Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, professora do Centro Universitário UniFMU.

** Advogada, Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, professora do Centro Universitário UniFMU.

*** Subprocurador Geral da República e professor Emérito do Centro Universitário UniFMU.

Introdução

O ser humano que sofre limitação (em grau considerável) nas funções naturais do físico, da mente ou dos sentidos, para a realização das atividades do cotidiano, tem necessidades especiais em decorrência da deficiência que porta.

Conta-nos a história os obstáculos e as dificuldades enfrentadas por essas pessoas, evidenciando, assim, a indispensável garantia de seus direitos, assegurando, conseqüentemente, a garantia do desenvolvimento social.

Na Roma antiga esses indivíduos eram vistos como um mal que poderia contaminar a sociedade de seu tempo e pôr em risco sua sobrevivência. Por esse motivo, eram sacrificados.

A Lei das XII Tábuas autorizava o patriarca romano a matar seus filhos *defeituosos*.

Sêneca assim justificava esse proceder:

Nós matamos os cães danados, os touros ferozes e indomáveis, degolamos as ovelhas doentes com medo de que infectem o rebanho, asfixiamos os recém-nascidos mal constituídos; mesmo as crianças se forem débeis ou anormais, nós as afogamos: não se trata de ódio, mas da razão que nos convida a separar das partes sãs aquelas que podem corrompê-las (sobre a Ira, I, XV).

Entre os hebreus elas não podiam dirigir os serviços religiosos, porque para eles a deficiência representava um castigo divino.

Na Grécia, os recém-nascidos, frágeis ou com deficiências, eram jogados no Taigesto – abismo com mais de dois mil e quatrocentos metros – ou, como narra Platão em “A República”, escondidos pelas autoridades num lugar secreto.

Em Atenas, por influência de Aristóteles, os doentes e as pessoas com deficiência chegaram a ter acesso ao exercício de atividades produtivas, sendo sustentados quando não as podiam realizar, num sistema análogo as da nossa Seguridade Social, mantido com a contribuição de todos.

Também se deu à deficiência enfoque positivo no plano espiritual.

Os hindus reverenciavam os cegos, dada sua sensibilidade interior, e os estimulavam à prática das funções religiosas.

Conquanto Santo Agostinho, que viveu entre os anos 354 e 430, entendesse que as crianças com deficiência traziam as marcas da punição de Deus pelos pecados cometidos pelos seus antepassados, chegando a dizer que “elas são às vezes tão repelentes que não têm mais espírito do que o gado” (contra Julianum Pelagionum), da sua opinião não compartilhou outro Doutor da Igreja, Santo Tomás de Aquino que, seiscentos anos depois, explicava que a deficiência não guardava relação com o pecado.

A Revolução Industrial, como causadora de diversas deficiências provocadas por acidentes mutiladores de trabalho e pelas doenças profissionais, contribuiu, a partir desse enfoque negativo, para que maior atenção fosse dedicada à habilitação e à reabilitação do deficiente para o trabalho.

As duas guerras mundiais, no século XX, também incentivaram o interesse pela reabilitação dos deficientes, já que os mutilados de guerra precisavam manter-se depois dela, e a falta de mão-de-obra refletia-se no insucesso, notadamente, da indústria.

A propósito da Segunda Grande Guerra, não há como deixar de registrar que os nazistas sacrificavam as pessoas com deficiência, porque poderiam eles gerar descendentes com os mesmos *defeitos*.

No Brasil, em 1978, norma de estatura constitucional, por força da Emenda n.º 12 à Constituição então em vigor, estabeleceu a assistência social aos deficientes.

No campo da legislação ordinária, a Lei n.º 6.179, de 11 de dezembro de 1974, instituiu o Amparo Previdenciário para os maiores de setenta anos de idade e para os *inválidos definitivamente incapacitados para o trabalho*, em valor correspondente a cinquenta por cento do salário mínimo vigente no país, sob a responsabilidade do INSS e do FUNRURAL.

A Constituição Federal, de 1988, consagrou diversos dispositivos às pessoas com deficiência, seguindo-se a edição de leis ordinárias, dentre elas a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentando-a dez anos

após, o Decreto Presidencial n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o apoio, integração social, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Apesar desses avanços no âmbito legislativo, não nos livramos da influência preconceituosa historicamente herdada das antigas civilizações. É preciso atuar no campo do Direito e da Educação para dar às pessoas com deficiência tudo o que a legislação atualmente lhes confere. Que o conhecimento da história nos faça abandonar os erros do passado e trilhar pelo caminho da evolução, que tem sido retardado em razão das *deficiências* dos nossos sistemas jurídico, social e administrativo.

1. O Direito ao Desenvolvimento

Falar em direito das pessoas com deficiência é, sem dúvida alguma, falar em direitos humanos, pois *todas* as pessoas possuem os direitos fundamentais para uma vida digna, direitos esses elencados na Declaração dos Direitos Humanos, documento básico da Organização das Nações Unidas - “instituição internacional formada por 192 Estados soberanos após a 2.ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos”¹. Aliás, já em seu preâmbulo a dignidade humana é citada como um direito garantido a *todos* os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

Esses direitos humanos também foram positivados em nosso ordenamento jurídico pela Lei Maior.

O artigo 5.º, da Constituição Federal, absorve os mandamentos da referida Declaração. É o responsável pela disposição dos direitos e garantias fundamentais, como a igualdade, a liberdade - e a fraternidade, a que alude expressamente o preâmbulo da Carta em vigor - que desde a Revolução Francesa ficaram conhecidos como os direitos essenciais dos seres humanos.

¹ Site da ONU: www.onu-brasil.org.br

Trazemos, também, à baila, o artigo 1.º da mesma Constituição que menciona, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O artigo 3.º reza sobre os objetivos fundamentais do nosso país, quais sejam:

construir uma sociedade livre, justa e solidária;
garantir o desenvolvimento nacional;
erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste artigo, dentro dos limites do tema proposto e do espaço a ele dedicado, será enfocado o supramencionado inciso II, referente ao desenvolvimento nacional.

Contudo, é importante salientar que não há que se falar em desenvolvimento sem atá-lo à garantia da liberdade, da igualdade e da solidariedade, bem como à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

A Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de acordo com a qual o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos.

Daí podemos concluir que o direito ao desenvolvimento é um direito humano, como tal inerente e essencial à toda pessoa, possua ela deficiência ou não.

Assim dispõe a Declaração, em seu artigo 1.º, I:

o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Destarte, o sujeito central do direito ao desenvolvimento é a pessoa humana.

Onde os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e, conseqüentemente, os direitos humanos fundamentais não são implementados, promovidos e respeitados *amplamente*, não há que se pensar em desenvolvimento.

Esse é o caso de países ainda não desenvolvidos, dentre os quais, infelizmente, o Brasil. O Estado não se desenvolve adequadamente sem a defesa intransigente do direito ao desenvolvimento.

É por meio do desenvolvimento humano que obtemos o progresso econômico e social. Podemos comprovar tal assertiva quando analisamos a relação entre a Renda Nacional Bruta - RNB e o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.

Verificamos, através desses dados, que os países com maiores índices de desenvolvimento humano são os países que possuem a RNB maior, porém, percebemos que possuir uma boa economia não é sinônimo de desenvolvimento humano.

Vejamos as estimativas oficiais do Banco Mundial² sobre a questão da economia baseada na Renda Nacional Bruta³.

Os Estados Unidos estão em primeiro lugar nesse ranking e em oitavo lugar no ranking que diz respeito ao desenvolvimento humano.

O Canadá é a nona economia do mundo e está em quarto lugar na tabela do IDH.

O Brasil, por sua vez, ocupa o lugar de décima quarta economia mundial e septuagésimo segundo no índice de desenvolvimento humano.

O exemplo deixa claro que os países que possuem o IDH elevado têm uma boa economia, mas os países que possuem a RNB alta, não têm necessariamente um índice correspondente de desenvolvimento humano.

Refletem tais dados a distribuição de renda. No Brasil, o progresso da economia não se projeta convenientemente sobre a população, ao contrário do que ocorre no

Canadá onde há bons programas de previdência e assistência social, por exemplo.

2. A implementação dos direitos da pessoa com deficiência no Brasil

No tocante à implementação, promoção e respeito dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além dos direitos humanos fundamentais, notamos que no Brasil muitas regras, apesar de estarem em vigor, não produzem os efeitos que perseguem.

Alguns dispositivos constitucionais como o que trata da erradicação da pobreza são tidos como normas programáticas, ou seja, normas que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser diretamente aplicadas.

Todavia, oportuna, a propósito, a transcrição do pensamento de J.J. Gomes Canotilho que proclama “a morte das normas programáticas”. Afirma o jurista que em razão dessas normas possuem

um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político⁴.

Ainda afirma que esta positividade das normas programáticas acarreta a:

Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);
Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de

² Site do Banco Mundial: www.obancomundial.org

³ A RNB inclui toda a produção da economia doméstica (isto é, o PIB), mais os fluxos líquidos de renda dos fatores (como aluguéis, lucros e rendas do trabalho) do exterior.

⁴ Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

inconstitucionalidades, em relação aos atos que as contrariam.⁵

Quanto à legislação concernente especificamente ao tema das pessoas com deficiência, a Constituição Federal garante a redução das desigualdades e a promoção do bem comum, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3.º), a igualdade perante a lei sem qualquer tipo de discriminação (artigo 5.º), proíbe a discriminação especificamente no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (artigo 7.º) e, acima de tudo, garante a vida de todos os seres humanos com dignidade (artigo 1.º).

Podemos, da mesma forma, citar leis infraconstitucionais como a Lei n.º 10.845, de 2004, que institui o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência e a Lei n.º 10.098 de 2000 que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, bem como instrumentos internacionais como a Convenção da Guatemala, de 1999 - Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Será que podemos afirmar que há, efetivamente, um programa de complementação ao atendimento educacional especializado? E as normas referentes à acessibilidade? Será que o planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público estão sendo utilmente concebidos e executados de forma a tornar esses locais acessíveis para as pessoas com deficiência? E a discriminação em face dessas pessoas, está, realmente, sendo eliminada?

A nosso ver, as respostas a essas perguntas, em conexão com todo o exposto neste estudo nos mostra o porquê de o Brasil ser um país em vias de desenvolvimento e não um país desenvolvido.

O artigo 8.º da Declaração sobre o Desenvolvimento reza que:

Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda.

Quando verificamos que dos 3.887.022 alunos que freqüentam instituições de ensino superior públicas e privadas, apenas 5.078 são estudantes com deficiência, o que representa 0,13065% do total de alunos universitários, percebemos que algo errado acontece nessa área. A Secretaria da Educação Superior recebe muitas denúncias relativas a esse tema, como por exemplo, vestibulares que não aceitam inscrições de pessoas com deficiência, ausência de intérpretes de Libras (Linguagem Brasileira de Sinais) nas salas de aula, ausência de impressoras braile, etc.⁶

Se a Carta Magna, que é a nossa lei maior, garante educação para *todos*, essas situações não deveriam estar definitivamente superadas?

As oportunidades realmente estão sendo dadas de igual maneira aos alunos com e sem necessidades especiais?

Se, ilustrativamente, não há uma pessoa que interprete, na linguagem dos sinais, o conteúdo programático ministrado em sala de aula, como um aluno que possui deficiência auditiva poderá ter acesso à educação?

Se não há rampas ou banheiros suficientes e suficientemente adaptados em escolas e universidades e outros sítios, como as pessoas com deficiência física terão acesso a esses lugares, exercendo seu direito à educação e à cultura?

E muitos outros exemplos como esses poderiam ser citados aqui.

Sabendo que a educação é a base para o trabalho, os obstáculos a ela opostos

⁵ Op. Cit. Canotilho, J. J. Gomes.

⁶ Sasaki. Romeu Kazumi. **Inclusão: a pessoa com deficiência na universidade.** In Revista Nacional de Reabilitação, Ano IX – n.º 46, setembro/outubro de 2005, reportando-se ao artigo **O ensino superior e a deficiência**, escrito pelo professor Nelson Maculan e publicado na mesma revista.

persistirão no que tange à obtenção de empregos.

Conforme a OMS (Organização Mundial da Saúde), 610 milhões de pessoas possuem algum tipo de deficiência adquirida ou não, no mundo, o que representa um décimo da raça humana⁷.

No Brasil, de acordo com a divulgação, no ano de 2003, dos dados referentes ao Censo Demográfico de 2000 fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, esse número corresponde a 24,6 milhões, ou seja, 14,5 % da população brasileira⁸.

Em se tratando do mercado de trabalho, 9 milhões de pessoas com deficiência estão em idade de trabalhar, porém, somente 1 milhão, ou seja, cerca de 11% por cento exercem alguma atividade remunerada, e destes, somente 200 mil, correspondente a 2,2%, são empregados com registro na Carteira de Trabalho⁹.

Visando-se a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, editou-se a Lei n.º 8.213, de 1991 – Lei de Quotas que, em seu artigo 93, garante, a eles, de dois a cinco por cento das vagas em empresas com mais de cem empregados, tendo o Decreto 3.298, de 1999, no artigo 36, reafirmado essa proporção no seguintes termos:

Empresas que possuem de 100 a 200 empregados – 2% das vagas reservadas;
Empresas que possuem de 201 a 500 empregados – 3% das vagas reservadas;
Empresas que possuem de 501 a 1000 empregados – 4% das vagas reservadas; e
Empresas que possuem acima de 1000 empregados – 5% das vagas reservadas.

Com essa norma, as pessoas com deficiência vêm tendo mais oportunidades de trabalho. Porém, estudo realizado pelo Dieese

⁷ Clemente, Carlos Aparício. **Trabalhando com a diferença: responsabilidade social, inclusão de portadores de deficiência**. Osasco: Espaço da Cidadania, 2004.

⁸ Extraído do site do IBGE: www.ibge.org.br

⁹ Sarmiento, Suzana. **Inclusão de pessoas com deficiência é fundamental para a sustentabilidade**. Disponível no site: www.ajudabrasil.org, reportando-se a estudo feito pela pesquisadora Carmen Weingrill.

- Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos - demonstra que as empresas com 100 ou mais colaboradores representam somente 1,54% das companhias estabelecidas no país¹⁰, o que deixa longe do ideal a solução encontrada para o problema do desemprego dessas pessoas.

Não obstante, infelizmente, é indubitável a importância dessa norma. Dizemos *infelizmente* porque às pessoas com deficiência não deveriam ser dadas oportunidades de trabalho somente pelo fato de a lei assim exigir, prevendo a imposição da pena de multa aplicável quando de seu descumprimento. O que deveria ocorrer é a contratação não por obrigação, mas pelo simples reconhecimento da capacidade e *eficiência* das pessoas com deficiência.

O Ministério Público do Trabalho publicou, no ano de 2000, o relatório de suas atividades para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, dedicando a página 15 ao registro de depoimentos sobre a participação, nesse campo, dos deficientes mentais, matéria esta que abaixo transcrevemos.

A experiência de quem trabalhou com eles

A partir do momento que saímos de nossa zona de conforto e vivenciamos novas situações é que entendemos quantas possibilidades, oportunidades, estão diante de nossos olhos e não enxergamos.

São pessoas com capacidades específicas e que podem contribuir para o crescimento da empresa.

Vamos transformar mão-de-obra inativa em ativa.

Porque ele é extremamente dedicado ao seu trabalho e à empresa.

É muito importante que as empresas ajudem os deficientes, não por dó, mas sim por acreditarem que eles podem ser úteis e produtivos.

Aprendi que alguma limitação não impede ninguém de ser útil.

Freqüentemente o maior limitante de um deficiente é o preconceito dos outros.

¹⁰ Op. Cit. Clemente. Carlos Aparício.

(Resultado da consulta realizada junto aos colaboradores da Novartis-Agro, Apresentado no 2.º QVT – Qualidade de Vida no Trabalho).

Ainda a respeito da contratação da pessoa com deficiência no mercado do trabalho, Mauro Ribeiro, Diretor de Recursos Humanos para a América Latina – Novartis – Setor Agro:

Sem nenhuma dúvida, o principal efeito e a grande razão da contratação de um deficiente é a irradiação de sentimentos positivos. Temos certeza, pelos depoimentos citados, que os colaboradores da Novartis passaram a ter maior orgulho, maior satisfação e maior compromisso com a empresa, pois notaram que a empresa valoriza o aspecto humano no eu gripo de princípios e valores. Vivenciando essa realidade recomendamos que todas as empresas contratem alunos da APAE, porque hoje temos o privilégio de conviver com um ser humano especial, que, a cada dia, nos ensina uma coisa nova.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Será que os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supramencionados estão sendo inteiramente implementados e respeitados?

Como falar em desenvolvimento quando os direitos humanos não são total, absoluta e prioritariamente respeitados?

Tendo em vista o exposto a respeito da educação e do trabalho das pessoas com deficiência, apenas duas dentre as muitas áreas relevantes para o desenvolvimento social, pode-se afirmar que há muito caminho, ainda, por percorrer, para que o desenvolvimento seja pleno, como objetivo do Estado e direito de *todos* os brasileiros, portem ou não deficiência.

Para ocorrer o desenvolvimento, é necessária a definitiva inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

Quando conseguirmos aplicar a nossa Constituição e as demais normas que visam ao bem de *todos* sem preconceito e discriminação, e respeitar os direitos humanos promovendo a inclusão social, seremos, certamente, uma nação desenvolvida.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLEMENTE, Carlos Aparício. **Trabalhando com a diferença: responsabilidade social, inclusão de portadores de deficiência**. Osasco: Espaço da Cidadania, 2004.

NISS, Luciana Toledo Távora; NISS, Pedro Henrique Távora. **Pessoas Portadoras de Deficiência no Direito Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: a pessoa com deficiência na universidade**. In Revista Nacional de Reabilitação, Ano IX – n.º 46, setembro/outubro, 2005.

SARMIENTO, Suzana. **Inclusão de pessoas com deficiência é fundamental para a sustentabilidade**. Disponível no site: www.ajudabrasil.org

RESUMO

Aborda-se a revolução tecnológica e o efeito persuasivo da mídia na presente economia de mercado, caracterizada pela imaterialidade de seus principais produtos, especialmente quanto aos seus efeitos sobre as garantias individuais, que produzem retrocessos sobre esses direitos e se discute com base em doutrinadores de diferentes áreas do conhecimento como tal processo pode ser enfrentado ou revertido, concluindo-se que o consumo politizado é um viés possível de manifestação popular, de exortação de força cívica, assim como, votos conscientes, mobilizações de rua, participação política distrital, entre outras formas de expressão podem ser capazes de permitir a reconquista de garantias individuais que veem se esvaindo pelo assoberbamento da revolução tecnológica e do monopólio midiático.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Revolução Tecnológica. Mídia. Poder. Garantias Individuais.

ABSTRACT

Addresses the technological revolution and the persuasive effect of the media in this market economy, characterized by the immateriality of its main products, especially in terms of their effects on individual guarantees, that produce setbacks such rights and is discussed on the basis of scholars from different areas as this process can be addressed or reversed, concluding that the politicized consumption is a possible bias of popular manifestation of civic exhortation strength, as well as votes conscious, street mobilizations, political participation district, among other forms expression may be able to allow recapture earmarking who see fading increase by the technological revolution and the monopoly media.

Keywords: Information Society. Technological Revolution. Media. Power. Individual Rights.

*Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas; Especialista em Criminologia; Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia da Polícia Militar do Barro Branco. 1º Tenente do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; E-mail: luismargato@bol.com.br

**Professor do Curso de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. E-mail: mabarbosa@fmu.br.

Introdução

A inovação tecnológica vivida nas últimas décadas, decorrente principalmente dos atributos da tecnologia da informação, como *softwares*, máquinas de processamento de dados e automação cada vez mais velozes, tem transformado o meio em que vivemos. Essa percepção de mudança é aguçada em razão da oportunidade que o consumidor tem de aproveitar e incorporar essas tecnologias no seu cotidiano por meio seus *smartphones*, computadores e televisores inteligentes, que modificaram substancialmente a maneira como as pessoas se comunicam e interagem.

Nesse sentido, Manuel Castells sustenta que a integração potencial do texto, imagens e sons no mesmo sistema, interagindo a partir de pontos múltiplos, no tempo escolhido (real ou atrasado) em uma rede global, em condições de acesso aberto e de preço acessível, muda de forma fundamental o caráter da comunicação. É a comunicação decididamente molda a cultura¹.

Essa inexorável realidade hodierna se apresenta de modo desigual no espaço territorial mundial, com maior ou menor penetração na sociedade, variável de acordo a economia e cultura de cada povo. O desafio e a reflexão da qual os cidadãos não devem se furtar refere-se à mensuração do real benefício que este cenário tecnológico traz à população.

A ideia de que esta pujança informacional e tecnológica está revestida de um natural “progresso humanitário”, e que, por conseguinte, traria apenas benefícios à humanidade não parece se sustentar quando analisamos a conjuntura com um pouco mais de rigor. Desse modo, parece que algumas regiões sofrem um processo de mimetismo, incorporando culturas exógenas, como se fossem suas, e, com isso, destruindo muito de suas tradições locais, sem falar na dependência que se estabelece.

Assim, analisando o viés da Sociedade da Informação, este artigo aborda o retrocesso das garantias individuais em decorrência da revolução tecnológica e do impacto persuasivo

da mídia e, também, como alguns doutrinadores indicam como poderia ser a resposta de um povo e o uso de sua força como forma reversiva deste processo.

1. Retrocessos nas garantias individuais do Estado de Direito nas democracias ocidentais

No escopo de se evidenciar que as transformações tecnológicas, largamente presentes na pós-modernidade, incidem em retrocessos nas garantias individuais, convém atentar aos ensinamentos de Fábio Konder Comparato². O doutrinador afirma que o reconhecimento dos Direitos Humanos é a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum, indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação -, pode afirmar-se superior aos demais. Acrescenta que esses direitos não são criados pelos homens ou pelos Estados, eles são preexistentes ao Direito oficial, restando a este apenas ‘declará-los’, nunca constituí-los.

Essa assertiva evidencia que todo comportamento que caminha para uma mitigação desses direitos individuais corresponde a um retrocesso que não deveria penetrar no seio da sociedade.

Por sua vez, Serge Latouche afirma que a ocidentalização não passa da “veste” cultural da industrialização, mas que a ocidentalização do Terceiro Mundo é, antes de tudo, uma deculturação, isto é, uma destruição pura e simples das estruturas econômicas, sociais e mentais tradicionais, apenas para serem substituídas a prazo por um montão de sucata destinada à ferrugem. O impasse industrial leva diretamente ao impasse societal. Os dois

¹ Castells, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 6. ed. São Paulo. Paz e Terra. 1999. p. 414.

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

fracassos seriam apenas um: a rejeição do transplante da “ocidentalização”³.

Nessa perspectiva a violência à cultura de uma comunidade por meio da sobreposição de outra fere a identidade do povo. Esse etnocídio cruel flagela a cidadania individual e difusa das pessoas produzindo efeitos capazes de provocar o esquecimento de costumes e tradições locais em poucas gerações, se tamanha violência às garantias individuais e coletivas não forem contidas.

Latouche prossegue, afirmando que a industrialização, sejam quais forem os juízos de valor que se possa fazer a seu respeito, tem um papel extraordinariamente destrutivo para a sociedade e a socialidade tradicionais. A constatação mínima capaz de obter unanimidade é que ela subverte os modos de vida e os modos de pensar. Dessa forma, nada é proposto às populações do Terceiro Mundo em substituição a sua identidade perdida uma vez que a política “nacionalitária” dos Estados nascidos artificialmente da descolonização não tem outra raiz a oferecer senão um mimetismo generalizado. O “ocidentalizado” do Terceiro Mundo é um mendigo. Assim, o homem do “Sul” é ocidentalizado por seus desejos, por suas referências imaginárias, pela impregnação da cidade e dos modelos de consumo do Centro em seu cotidiano, e mendigo por sua realidade concreta, seu profundo desenraizamento, seu nível de vida miserável na favela.

A ocidentalização real das elites, isto é, sua integração na “cultura” etnocida internacional, é mais ou menos bem-sucedida à custa da marginalização das populações.

Este ensaio de Latouche apresenta as circunstâncias pelas quais essa transformação na sociedade da informação macula as garantias individuais na medida em que ela retira de um povo sua identidade, criando ficções de consumo e de ostentação de um padrão cujo referencial nunca lhe pertenceu.

Fortalece e elucida essa mesma compreensão a observação dos ensinamentos de Lévi-Strauss⁴ que fomenta o respeito à

identidade de um povo. “Cada cultura é uma ocorrência única e só o seu exame revela quais são os fatos e os critérios, variáveis de uma cultura para a outra, em virtude dos quais cada uma delas fez determinadas escolhas, dotando-as de significação e pondo em forma lógica um conjunto acabado de elementos”.

Lévi-Strauss pontua assertivamente ao enveredar pela impossibilidade de relativização da cultura, expondo sua característica primária de unicidade e identidade de pessoas de um determinado território. A violação dessa cultura não fica restrita a ela mesma, mas fere também cada ser humano, cuja base foi construída sob a sua égide.

Milton Santos⁵ acredita que um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Assim, ele questiona se não estaríamos, de fato, diante da presença de uma ideologização maciça, segundo a qual a realização do mundo atual exige como condição essencial o exercício de fabulações. Acrescenta que o mundo como ele é corresponde a uma globalização perversa em que de fato isto estaria ocorrendo e se impondo a uma maior parte da humanidade. Como resultado dessa globalização o desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal e a mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação.

A retórica de Milton Santos reflete a acentuação da bipolaridade de riquezas-pobrezas nesta ordem contemporânea, acompanhada por fome e desigualdade social. Nesse sentido, um relatório extraído da ONU, em outubro de 2013, afirma que: “Além dos 840 milhões de pessoas que sofrem de fome crônica, há cerca de 2 bilhões de pessoas que não têm as vitaminas e minerais necessários

³ Serge Latouche. **A ocidentalização do Mundo**. Trad. Celso Mauro Paciornik. Petrópolis, RJ. Vozes. 1994. p. 84.

⁴ Lévi-Strauss, Claude. **O olhar distanciado**. Lisboa. Ed 70, 1986. p. 151

⁵ MILTON, Santos. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record. 2000. p 19.

para uma vida saudável. A má nutrição também significa cerca de 1,4 bilhão de pessoas estão acima do peso, com cerca de um terço de obesos e correm o risco de doença cardíaca coronária, diabetes ou outros problemas de saúde”⁶.

Gilberto Dupas⁷ pondera que a capacidade de produzir mais e melhor não cessa de crescer. Mas esta ciência vencedora começa a admitir que seus efeitos possam ser perversos. Ela é simultaneamente hegemônica e precária. Nesse mundo de poder, produção e mercadoria, o progresso traz consigo desemprego, exclusão, concentração de renda e subdesenvolvimento. Assim, as revoluções tecnológicas nas áreas do átomo, da informação e da genética desenvolvem-se num estado de vazio ético no qual as referências tradicionais desaparecem, os fundamentos ontológicos, metafísicos, religiosos se perderam. O homem tornou-se perigoso para si mesmo, constituindo-se, agora, em seu próprio risco absoluto. Na verdade, um claro paradoxo se instala nas sociedades pós-moderno. Exemplo disso são a exploração desenfreada de recursos naturais e o projeto Genoma Humano.

Dupas amplia a análise desse viés latente, inserindo reflexões sobre essa crescente produção de poder em detrimento a um esvaziamento ético. Para ele, este momento da contemporaneidade enseja no distanciamento econômico de classes, e seus consequentes efeitos perversos.

Acompanhando o raciocínio de retrocesso nas garantias individuais, José Eduardo Faria⁸ ensina que se no plano político do mundo desenvolvido aumentou o número de bens, valores, interesses e sujeitos aptos a serem tutelados pelo rótulo “direitos humanos”, enfatizando-se conquistas conhecidas como “pós-materiais” (difusos, meio ambiente, lazer, minorias), no plano social dos países latino-americanos o progressivo enfraquecimento do Estado nacional dificulta o reconhecimento dos direitos mínimos de amplos contingentes de suas respectivas sociedades. Nelas, o

denominador comum continua sendo a pobreza, o desemprego disfarçado e o baixo nível dos salários.

José Eduardo Faria agrega conhecimento sobre o tema e em harmonia com os demais doutrinadores antes citados, evidenciando que a revolução tecnológica traz consigo anseios indesejados aos povos que a recebem. Assim, foram identificados como reverses deste dito “progresso”, a potencialização das concentrações de riqueza e pobreza, a perda de cultura de um povo substituída por outra diversa de sua história em razão da ocidentalização, a mimetização aos países desenvolvidos economicamente, originando fabulações e perspectivas ficcionais da realidade e o esvaziamento da ética no seio da comunidade entre outras percepções. Todas essas evidências remetem à reflexão inicial de que estes valores são garantias individuais e coletivas do ser humano, que se esvaem por conta do avanço tecnológico.

2. Poder da mídia

Um estudo realizado nos Estados Unidos, pela Nielsen Report, informa que a TV apresentava 3.600 imagens por minuto e permanecia ligada por cerca de sete horas por dia e o tempo de assistência real foi estimado em 4,5 horas diárias por adulto. O rádio oferecia cem palavras por minuto e era ouvido em média duas horas por dia, principalmente no carro. Um jornal diário oferecia 150 mil palavras e para sua leitura levava-se entre 18 e 49 minutos enquanto revistas eram examinadas por aproximadamente seis a trinta minutos e a leitura de livros, inclusive dos relacionados com trabalhos escolares, durava cerca de 18 minutos por dia⁹.

As análises destes dados demonstram o forte poder que a mídia exerce sobre as pessoas ao ponto de modificar hábitos e culturas, que não resistem à insistente e contínua persuasão. Essa capacidade de ser espectador/ouvinte da

⁶ Texto extraído em 16/10/2013 do sítio eletrônico da ONU, em inglês, por meio do endereço <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=46269&Cr=Food+Security&Cr1=#.UI70hO65dFo>, acessado em 16 de outubro de 2013.

⁷ Dupas, Gilberto. **Ética e poder na Sociedade da Informação**. 2. Ed. São Paulo. Unesp. 2001. p.17.

⁸ Faria, José Eduardo (org). **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1. ed. Malheiros. São Paulo. 2010.

⁹ Neuman, W. Russell (1991) *The Future of Mass Audience*, Nova York: Cabridge University Press. Apud por Manuel Castells, **A Sociedade Em Rede**. 6. Ed. Paz e Terra, 1999. p. 418.

mídia, absolutamente não se constitui em uma atividade exclusiva. Em geral, é combinada com o desempenho de tarefas domésticas, refeições familiares e interação social. É a presença de fundo quase constante, o tecido de nossas vidas. Vivemos com a mídia e pela mídia. Daí, seu forte impacto no amoldamento e convencimento das pessoas.

O poderio do impacto midiático pode ser claramente demonstrado quando estudamos o principal telejornal brasileiro. O Jornal Nacional possuía uma média de 43 pontos no IBOPE (entre janeiro e agosto de 2004), 31 milhões de espectadores por minuto, 68% dos aparelhos de televisão ligados, faturamento de 65 milhões de reais por mês em veiculação de anúncios¹⁰.

O que preocupa na gestão dessas mídias tão presentes e hábeis no seu intento, é seu o poder centralizado. Basicamente, são empresas familiares, cuja concessão se imiscui com o poder legislativo. Assim, no Brasil, Até os anos 1990, havia nove grupos de empresas familiares que controlavam a grande mídia. Abravanel, (SBT), Bloch (Manchete), Civita (abril), Frias (Folhas), Levy (Gazeta), Marinho (Globo), Mesquita (Estado de S. Paulo), Nascimento Brito (Jornal do Brasil) e Saad (Band). Hoje, esse número está reduzido a cinco. As famílias Bloch, Levy, Nascimento Brito e Mesquita já não exercem mais o controle sobre seus antigos veículos¹¹.

Outro fator que causa embaraço no país, trata-se do sistema de concessão de rádio e televisão. A Constituição de 1988 inovou conferindo ao Congresso Nacional o poder de outorgar e renovar concessões de rádio e televisão, conforme dispõe o § 1º do artigo 223. A Carta Magna também proibiu que deputados e senadores mantivessem contrato ou exerçam cargo, função ou emprego remunerado em empresas concessionárias de serviço público, no entanto, há indicações de que essas normas legais não têm sido cumpridas.

Um estudo feito nas legislaturas de 2003 e 2004 do Congresso Nacional¹² indicou que os parlamentares membros da Comissão de

Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática, na Câmara dos Deputados, e da Comissão de Educação no Senado Federal, instâncias decisivas para renovação e homologação de novas concessões, já são concessionários de rádio e televisão. Em 2003, eram 16 deputados proprietários pertencentes à CCTCI de um total de 51 membros, em 2004, eram 15 deputados de um total de 33 membros. Dos 513 deputados listados em 18 de agosto de 2005, pelo menos 51, são concessionários diretos de alguma emissora de rádio ou televisão.

Uma situação prática é o caso do ex-deputado João Batista Ramos da Silva (ex-PFL-SP) que é sócio em cinco emissoras de rádio e duas emissoras de televisão, nos Estados de São Paulo, Paraná, Bahia e no Distrito Federal e foi flagrado transportando sete malas contendo 10 milhões de reais em dinheiro vivo¹³.

Venício acrescenta a esperança na democratização da mídia no Brasil, em contraponto à concentração dos polos midiáticos, por meio da internet, considerando que ela representa um avanço no sentido de maior acesso à informação, como também o fato de sua maior pluralidade e diversidade, e enorme potencial de interatividade, porta de entrada ao direito à comunicação plena.

Nesse sentido, os blogs e vídeos blogs são uma tendência cada vez mais calcada e aceita nos dias de hoje. Alguns blogs chegam a ter milhões de acessos em poucos dias de exposição. Segundo pesquisa feita pela ComScore realizada em 2012, a pedido do Facebook, o Brasil possui 54 milhões de contas cadastradas no Facebook com um tempo médio de oito horas mensais em seus acessos, o que supera a média mundial de 6,3 horas. A mesma pesquisa informou que os brasileiros gastam mais de 27 horas por mês online em computadores desktop. Essa é a maior média entre oito países da América Latina pesquisados. O acesso à páginas de e-commerce aumentou 9% no ano 2012, comparado com 2011. O Mercado Livre é destaque na categoria, com 14 milhões de

¹⁰ (Veja, nº 1869).

¹¹ Lima, Venício. **A. Mídia: Crise Política e poder no Brasil**. São Paulo. Fundação Perseu Abramo. 2006. p. 104.

¹² Idem p. 121.

¹³ Idem p. 132.

visitantes em dezembro de 2012. Mais de 789 bilhões de banners de anúncios foram criados em 2012, a maioria foi veiculado em portais e redes sociais (45%). O site Dafiti.com.br foi o maior anunciante online no Brasil no ano passado, com 25 bilhões de banners¹⁴.

O principal impacto da mídia é sua persuasão como fomentadora do consumo na sociedade. Propaganda é um recurso clássico, nos negócios ou na política, para iludir e manipular. Em última análise, a propaganda existe – para além do ponto de vista das agências, que insistem em apenas querer divulgar “virtudes” de seus produtos – para fazer o consumidor comprar aquilo que não pretendia, criando uma nova necessidade a partir de identificações projetiva e mensagens subliminares. A arte da propaganda cultiva a dominação translegal¹⁵.

Milton Santos¹⁶ traz à tona questionamentos sobre a informação midiaticamente veiculada. Para ele, a ideia de uma aldeia global é uma fábula. O fato de que a comunicação se tornou possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar, permitiu que fosse cunhada essa expressão, quando, na verdade, ao contrário do que se dá nas verdadeiras aldeias, é frequentemente mais fácil comunicar com quem está longe do que com o vizinho. Quando essa comunicação se faz, na realidade, ele se dá com a intermediação de objetos. A informação sobre o que acontece não vem da interação entre as pessoas, mas do que é veiculado pela mídia, uma interpretação interessada, senão interesseira, dos fatos.

Atualmente, na ótica de Milton Santos, as empresas hegemônicas produzem o consumidor antes mesmo de produzir os produtos. Um dado essencial do entendimento do consumo é que a produção do consumidor, hoje, precede à produção dos bens e dos serviços. Então, na cadeia causal, a chamada autonomia da produção cede lugar ao

despotismo de consumo. Daí o império da informação e da publicidade¹⁷.

Dupas¹⁸ acompanha este pensamento, ensinando que a vida nas sociedades contemporâneas se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente torna-se uma representação. Sob todas as suas formas particulares – informação ou propaganda, publicidade ou consumo de divertimentos – o espetáculo constitui o modelo atual da vida dominante na sociedade. A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou uma degradação do “ser” para o “ter” para o “parecer-ter” por meio do espetáculo, sequer ao vivo, mas “visto-a-distância” através das mídias globais que lhes oferecem exposições instantâneas de todos os tipos e partes do mundo.

Pelo exposto, observa-se que a mídia como um todo, seja ela com maior ou menor capacidade de influência no indivíduo, busca incansavelmente os interesses comerciais em seus fins. O que se pretende aqui é apenas exortar reflexões de como a incidência midiática no indivíduo viola profundamente garantias individuais, com uma profunda torpeza e perversidade, ao impor um consumo desenfreado como única forma de socialização, negando aos que não possuem recursos e não se adaptem a essa ideologia, a percepção plena de realização pessoal.

3. A força cívica cidadã como resistência à nova coalizão dos dominantes

Gilberto Dupas¹⁹ defende que uma sociedade alerta e combatente possa se opor e influir decisivamente em uma forma de contrapoder. A principal maneira de se praticar estes atos hodiernamente é o que ele defende de *consumidor politizado*, que, em tese, poderia se recusar a comprar.

¹⁴ Contúdo extraído em 16/10/2013, do sítio eletrônico da ComScore, por meio do endereço [http://www.comscore.com/Insights/Events and Webinars/Webinar/2013/2013 Brazil Digital Future in Focus](http://www.comscore.com/Insights/Events%20and%20Webinars/Webinar/2013/2013%20Brazil%20Digital%20Future%20in%20Focus)

¹⁵ Dupas, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo. Unesp. 2005. p.192.

¹⁶ Milton Santos, **Por uma outra globalização**. ob.cit., p. 39

¹⁷ idem. p. 48.

¹⁸ Dupas, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo. Unesp. 2005. p.190

¹⁹ Idem, p. 179.

Contudo esse comportamento depende de condições como produtos alternativos, informação e convicções suficientes, aceitar comprar outras marcas. Nesse mesmo sentido, também devem ser observados quais os alvos da luta: o sistema, algumas corporações? Quais os resultados esperados? Como organizar e validar demandas globais ou locais? O autor aponta que ONGs e sociedades locais poderiam desempenhar esse papel.

Isto seria uma espécie de greve do consumidor, semelhante à dialética “patrão X empregado”. Contudo, algumas campanhas nesse sentido ainda não têm surtido o efeito desejado, são assim, por exemplo, as campanhas para o dia mundial sem carro ou um dia sem TV, em que estudos indicaram que na prática pouco ou nenhum efeito foi observado.

Esse poder dos movimentos sociais depende de sua capacidade de ser reconhecido como exibindo a “verdade” e de transformar essa competência em fator político, dramatizando-a para atingir objetivos também políticos.

O patrimônio de legitimação das organizações sociais depende da credibilidade de oferecer informações confiáveis que vão se confirmando em longo prazo.

Neste sentido, Dupas²⁰ defende que o ato de consumo como arma de poder dependerá sempre do grau de consciência que o consumidor, exposto diariamente às mídias e ao estímulo consumista, pode adquirir de sua importância como agente público em defesa de valores sociais e universais.

Ele continua seu ensaio, afirmando que a sobrevivência da humanidade como espécie, está posta progressivamente em risco e irá depender de um enorme esforço conjunto de toda a humanidade. E a esperança de que, um dia, uma parte razoável dos seres humanos possa atingir o atual padrão médio norte-americano tem toda a chance de constituir uma falsa premissa, já que isso exigiria os recursos naturais de mais dois planetas iguais ao nosso. Paradoxalmente, embora saibamos ter de preservar a velha mãe Terra, continuamos a destruir seus frágeis ecossistemas naturais, envenenar as águas e poluir o ar com uso

irresponsável da tecnologia. Assim, o desafio é como possibilitar, na era dos “homens vazios”, voltados às escolhas privadas, redescobrir uma macroética, válida para a humanidade no seu conjunto. Dessa forma, a principal dificuldade é a de definir quais os papéis da sociedade civil e do Estado nas sociedades pós-modernas, no que toca a continuação da vida.

O consumo politizado é apenas um viés possível de manifestação popular, de exortação de força cívica. De igual modo, votos verdadeiramente conscientes, mobilizações de rua, participação política distrital, são possibilidades do exercício pleno da cidadania como forma de reconquista de garantias individuais que se esvaem pelo asoerramento da revolução tecnológica e do monopólio midiático.

Considerações finais

A revolução tecnológica é uma realidade na sociedade hodierna, contudo seu desenvolvimento e acesso são desiguais nas diferentes partes do planeta, assim, como são diferentes suas consequências. Assimilar esse avanço tecnológico como progresso cultural e humanitário, sugere uma interpretação sem profundidade do verdadeiro viés social, uma negação à realidade latente que pulsa nas diferentes sociedades.

Em que pese todo o avanço tecnológico para o plantio de alimentos por meios de máquinas superdesenvolvidas, produção de agentes químicos capazes de aperfeiçoar a cultura de grãos, frutas, pastagens e outros, a Organização das Nações Unidas noticia que mais de dois bilhões de habitantes ainda estão subnutridos, quase um terço da população mundial não tem condições de se alimentar de acordo com a necessidade mínima que o corpo humano exige.

Estas evidências sugerem que algumas violações às garantias individuais, ainda estão presentes na sociedade pós-moderna e parecem continuar a vigorar mesmo com o avanço das tecnologias da informação e a extrema capacidade de comunicação jamais presenciada na história.

²⁰ Dupas, Gilberto. Ética e poder na Sociedade da Informação. 2. Ed. São Paulo. Unesp. 2001 p. 98

A mídia influencia esse caminhar ao servir de principal instrumento aliciador para um consumo desenfreado, e alucinante. Dessa forma, criam-se consumidores para um produto, semeiam-se desejos de consumo que transformam a sociedade, produzindo uma obstinação perversa. O que era fútil passa a ser relevante, e a sociedade se transforma em uma sociedade de aparência, de fabulações, como bem defende Gilberto Dupas. A frustração pela incapacidade de aquisição dos bens gera crimes, violência, doenças e consequências depressivas. Novamente, se evidencia a violação aos direitos humanos.

A reflexão de um povo, de maneira coletiva, compartilhada, zelosa com sua cidadania opondo-se ao império consumista parece, ao menos para vários doutrinadores, especialmente para os referidos neste artigo, ser a resistência e a oportunidade de restauração de direitos mínimos inerentes ao homem. Nessa perspectiva, o engajamento social dependeria da politização do consumidor, em meio ao avanço alucinante de novas tecnologias, em se preocupar com as suas aquisições e com o futuro sustentável do planeta.

REFERÊNCIAS

- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8ª ed., vol 1, São Paulo: Paz e Terra. 2005
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 3ª ed., vol 2; São Paulo: Paz e Terra. 2001
- DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: Unesp. 2005
- DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. 2ª ed., São Paulo: Unesp. 2001
- FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1ª ed.; São Paulo: Malheiros. 2010.
- LATOUCHE Serge. **A ocidentalização do Mundo**. Trad. Celso Mauro Paciornik. Petrópolis: Vozes. 1994
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar distanciado**. Lisboa: Ed. 70, 1986.
- LIMA, Venício A. de. **Mídia: Crise Política e poder no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.
- SANTOS, Milton, **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record. 2000.

RESUMO

Observações de Frederich August von Hayek sobre o conteúdo da expressão “justiça social” são relevantes no contexto *jusfilosófico* milenar que tem na busca pelo preenchimento do conteúdo da ideia de justiça como marco fundamental de discussões. O autor, dentro do contexto do pensamento liberal, conclui que a expressão é vazia. Este vazio é responsável por inúmeras decepções dos indivíduos e explica a incapacidade do Estado moderno em alcançar todas as situações que sê-lhe apresentam.

Palavras-chave: Justiça Social – Liberalismo – Percepção social de “justiça”.

ABSTRACT

Observations of Frederich August von Hayek about the content of the term "social justice" are important in millenary *jusfilosófico* context that has the search by filling out the content of the idea of justice as a fundamental framework for discussions. The author, within the context of liberal thought, concludes that the expression is empty. This emptiness is responsible for numerous disappointments of the individuals and explains the inability of the modern state in achieving all situations that you have.

Keywords: Social justice - Liberalism - Social perception of "justice".

* Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e doutorando em Filosofia do Direito pela mesma instituição. Pós-graduado em Governo e Liderança pela Universidade de Harvard e especialista em Direito Tributário pela FMU, na qual leciona Teoria Geral do Estado no curso de bacharelado em Direito. Em 2012 foi eleito Vereador na cidade de São Paulo, é vice-presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal e o parlamentar que mais apresentou e aprovou proposições na atual legislatura. Advogado em São Paulo.

Introdução

Em capítulo de nossa dissertação de mestrado,¹ vimos o que Hayek entende por “norma de conduta justa”, ou seja, os regramentos que são frutos da ordem espontânea (*nomos*) como sendo as normas que estabelecem os meios para que os particulares possam perseguir seus intentos individuais.

Em contrapartida, segundo ele, existem normas que são voltadas a fins específicos e têm como alvo sujeitos determinados e determináveis (*thesis*), como são as determinações específicas voltadas a um órgão público e seus funcionários. Neste trabalho, será analisado o que se entende por **justiça social**.

Ao iniciar o tema, ressalta o autor o abuso na concepção da palavra “ameaça destruir a concepção de lei que fez dela a salvaguarda da liberdade individual”². Na tentativa de conceituar **justiça social**, Hayek afirma que se trata da

reivindicação de que os membros da sociedade se organizem, de modo a possibilitar a distribuição de cotas do produto da sociedade aos diferentes indivíduos ou grupos³.

Imperioso se faz destacar que antes da disseminação da expressão “justiça social”, já muito se discutia sobre este modelo de justiça. O filósofo John Rawls, em sua obra **Uma teoria da justiça**, foi um dos grandes seguidores do modelo de justiça distributiva:

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como

um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade⁴.

Verifica-se, portanto, que a concepção de justiça social é o que, por muito tempo, denominou-se “justiça distributiva”, desde a tradição aristotélica⁵.

Essa concepção de justiça social que – une os termos merecimento e justiça – conduz diretamente ao pleno socialismo:

uma consequência direta desse antropomorfismo ou personificação com que o pensamento ingênuo procura explicar todo o processo auto ordenador. É um sinal da imaturidade de nossas mentes que ainda não tenhamos superado esses conceitos primitivos e continuemos a exigir que um processo impessoal – que propicia uma maior satisfação dos desejos humanos do que qualquer organização humana intencional poderia fazer – se conforme aos preceitos morais desenvolvidos pelos homens para orientar suas ações individuais. O uso da expressão ‘justiça social’ com este significado remonta a uma

¹ TUMA, Eduardo. A tributação na perspectiva do estado neoliberal – Leitura da obra **Law, Legislation and Liberty**, de Friedrich August von Hayek. São Paulo: PUC, 2010.

² Cf. HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Editora Visão, 1985, vol. II, p. 80.

³ Idem, *ibidem*, p. 82.

⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves, p. 12.

⁵ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. II, p. 80.

data relativamente recente, ao que parece, não mais de cem anos⁶.

Ao mencionar Karl Marx,⁷ Frederich August von Hayek afirma que ele desconhecia o fato de que as normas espontâneas foram responsáveis pela formação das grandes sociedades, isto porque, criou uma causa física para conceber os preços como resultante dos custos de trabalho e não faz nenhuma relação quanto às condições de vender os produtos:

(...) até hoje, todo marxista é a absolutamente incapaz de compreender aquela ordem autogeradora ou de perceber como uma evolução seletiva que não obedece a lei alguma é capaz de gerar uma ordem que se autogoverna⁸.

A crítica de Hayek sobre o custo de trabalho ser equivalente aos preços envolve a total impossibilidade de distribuir os produtos de forma justa, se levássemos em conta apenas a remuneração.

Na verdade, Karl Marx visava o igualitarismo e a ideia de uma distribuição igualitária acabaria por eliminar a possibilidade de os indivíduos decidirem o rumo de seus esforços, o que eliminaria, também, o único incentivo capaz de induzir homens livres a observar as normas morais.

Em um governo em que o homem é compelido a atender reivindicações, este acaba por se afastar de todas as suas concepções morais:

a realização do socialismo daria lugar à extinção da moral privada, a necessidade da política de satisfazer todas as reivindicações de grupos numerosos acarretará a degeneração e a destruição de todos os princípios morais⁹.

A moral tem como fundamento a estima que as pessoas possuem pelos seus semelhantes e é isso que faz dela um valor social e pressupõe “uma busca de perfeição e o reconhecimento de que nessa busca alguns são mais bem-sucedidos que outros, sem que se procurem explicações, que talvez jamais cheguemos a encontrar”¹⁰.

Os princípios morais, portanto, permitem a integração dos indivíduos na sociedade.

Além disso, só teríamos justiça se admitíssemos a existência de um poder que coordenasse esforços dos membros da sociedade, objetivando a distribuição dos recursos disponíveis para a sociedade, de modo a satisfazer as necessidades de todos os indivíduos. Hans Friedrich Zacher afirma que a “justiça social” é

a síntese da justiça das necessidades, justiça do mérito, justiça das oportunidades e justiça patrimonial - ‘justiças’, que tanto se complementam como se podem encontrar em tensão recíproca ou mesmo em contradição¹¹.

Após analisar os aspectos da concepção de justiça social, surge a seguinte questão: é moral que os homens sejam submetidos aos poderes de direção que teriam de ser exercidos para que os benefícios obtidos pelos indivíduos pudessem ser significativamente qualificados de justos ou injustos?

Sobre esta indagação, Hayek responde:

Exigir justiça de semelhante processo é obviamente absurdo, e selecionar algumas pessoas numa tal sociedade como fazendo jus a

⁶ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. II, p. 80.

⁷ Karl Marx publicou em 1848 o **Manifesto Comunista**, em que idealizou uma sociedade com distribuição de renda; sugere um curso de ação para uma revolução socialista através da tomada do poder pelos proletários e faz duras críticas ao modo de produção capitalista e na forma como a sociedade se estruturou sob essa égide.

⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. III, p. 182.

⁹ Cf. HAYEK, Frederich August von F.A. Idem, vol. III, p. 183.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 183.

¹¹ ZACHER, Friedrich Hans, **O Direito Constitucional e a Intervenção no Estado Social**. Munique: Ludwig-Maximilians, 1962, p. 134.

uma parcela específica é evidentemente injusto¹².

Arthur Kaufmann equipara a reivindicação da “justiça social” com a busca da “justiça do bem comum” e afirma:

Em última análise, os Programas dos Partidos Políticos são sempre tentativas de dar resposta à questão de saber como é que se pode realizar o bem comum¹³.

O autor austro-húngaro reconhece que a justiça social é invocada na quase totalidade dos debates políticos e é, também, a maior reivindicação no que se refere às ações governamentais:

(...) é provável que não existam hoje movimentos políticos profissionais que não apelem, de imediato, para a ‘justiça social’ em apoio às medidas específicas que advogam¹⁴.

E, sob a busca constante pela justiça social, afirma que não tornou a sociedade mais justa ou mesmo reduziu a insatisfação dos indivíduos que a compõe. Pior que isso: discorre sobre o perigo da utilização da expressão “justiça social” com o fim de causar emoção moral¹⁵ na sociedade. Exemplifica:

Baseamos-nos na autoridade de um homem como Andrei Sakharov, para dizer que milhões de pessoas na União Soviética são vítimas de um terror que se disfarça por traz do lema de justiça social¹⁶.

Norberto Bobbio também se preocupou em explicitar a consequência desastrosa do estado socialista:

agora estamos lendo outras tantas páginas não menos douradas e documentadas sobre a crise deste estado socialista igualmente mascarado que, com o pretexto de realizar a justiça social (que Frederich August von Hayek declarou não saber exatamente o que seja), está destruindo a liberdade individual e reduzindo o indivíduo a um infante guiado do berço à tumba pela mão de um tutor tão solícito quanto sufocante¹⁷.

Portanto, essa reivindicação constante pela justiça social poderá levar à destruição da liberdade individual:

Acredito que a ‘justiça social’ será, finalmente, identificada como uma miragem que induziu os homens a abandonarem muitos valores que inspiraram, no passado, o desenvolvimento da civilização – uma tentativa de satisfazer um anseio herdado das tradições do pequeno grupo, que é, no entanto, desprovida de significado na Grande Sociedade de homens livres. Infelizmente, esse vago desejo, que se tornou uma das maiores forças aglutinadoras a impelir pessoas de boa vontade à ação, está fadado não só ao malogro. Isso já seria lamentável. Mas, como a maior parte das tentativas de perseguir uma meta inatingível, a luta por esse ideal produzirá também consequências extremamente indesejáveis e, em particular, levará à destruição do único clima em que os valores morais tradicionais podem

¹² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Idem*, vol. II, p. 82.

¹³ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 244.

¹⁴ Cf. HAYEK, F.A. *Idem*, vol. II, p. 82.

¹⁵ Após esta reflexão, Frederich August von Hayek ressalta que, muito embora possa haver a aceitação, quase universal, de que a justiça social é a solução para transformação da vida em sociedade, de modo a satisfazer todos os anseios dos seus membros, isso não torna válido o seu conceito. Faz, ainda, uma comparação entre a busca pela justiça social e a crença religiosa,

afirmando que “ambas trazem paz para quem nelas crêem, mas temos obrigação de combater quando se torna pretexto para a coerção de outros homens”. Cf. HAYEK, Frederich August von. *Idem*, vol. II, p. 82.

¹⁶ Cf. HAYEK, Frederich August von. *Idem*, vol. II, p. 84.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1984, 6ª edição, pp. 117-118. Tradução: Marco Aurélio Nogueira.

florescer, ou seja, a liberdade individual¹⁸.

Com isso, nota-se claramente que a expressão *justiça social* não pode ser adotada como base para ações governamentais intervencionistas. Assim, foge da função do Estado, sob o pretexto de promovê-la – *justiça social* – interferir no desenvolvimento natural da ordem espontânea numa sociedade liberal.

1. A FALÁCIA DA JUSTIÇA SOCIAL EM UMA ORDEM ESPONTÂNEA

No capítulo 5 de nossa dissertação de mestrado,¹⁹ analisamos a ordem de mercado na concepção de Hayek que antes de discorrer sobre essa ordem específica, enumera dois problemas com relação à reivindicação da justiça social numa ordem de mercado.

Apenas para entender as indagações feitas pelo autor, é preciso esclarecer, em breve síntese, que a ordem de mercado propicia uma correspondência entre as expectativas de diferentes indivíduos e aumenta a perspectiva dos membros da sociedade em ter à disposição bens e serviços²⁰.

Em primeiro lugar, pergunta se, nesta ordem, o conceito de justiça social pode ter qualquer significado ou conteúdo e, em segundo lugar, se indaga sobre a necessidade – em nome da justiça social – de estabelecer a remuneração através do desempenho ou das necessidades. Expõe as indagações e logo as responde: “A resposta a ambas as questões é certamente não”²¹.

Para fundamentar a sua resposta, afirma que numa sociedade de homens livres é inócuo o conceito de justiça social, ou seja, não produz efeito algum. Isto porque, numa sociedade liberal o sentimento de injustiça no resultado do

mercado – distribuição de bens materiais – não significa que alguém tenha sido injusto:

Não há um indivíduo nem um grau organizado de pessoas contra os quais o sofredor teria uma queixa justa, e não há normas concebíveis de conduta individual justa capazes, ao mesmo tempo, de assegurar uma ordem viável e de evitar tais frustrações²².

Comparam-se estas frustrações inevitáveis às nossas frustrações pessoais, em que não há um causador da injustiça, muito embora esse sentimento seja comum quando, por exemplo, vemos que sofrem os que têm mérito e prosperam os indignos.

A verdade é que numa concepção de sociedade livre, se existe um culpado para uma suposta injustiça é a própria sociedade que tolera um sistema em que todos são livres na escolha de suas ocupações e que admite o fato de que ninguém detém o poder de obrigar outrem a fazer com que os resultados correspondam aos nossos desejos²³.

Para Frederich August von Hayek há apenas uma hipótese em que a expressão “justiça social” faz sentido: em uma ordem dirigida, como o exército.

2. EXPECTATIVAS E OPORTUNIDADES: UMA TEORIA DE IGUALDADE

Não se pode olvidar da concepção de que os indivíduos possuem a expectativa de que cada um obterá o que merece. O mérito é, portanto, o que ameniza as grandes desigualdades.

A obra analisada não ignora a importância dessa expectativa, uma vez que é preciso que os indivíduos acreditem que o seu

¹⁸ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. II, p. 86.

¹⁹ TUMA, Eduardo. A tributação na perspectiva do estado neoliberal – Leitura da obra **Law, Legislation and Liberty**, de Friedrich August von Hayek. São Paulo: PUC, 2010.

²⁰ (...) “o Kosmos do mercado não é, nem poderia ser, governado por tal escala única de fins; ele serve à multiplicidade de fins distintos e incomensuráveis de todos os seus membros

individuais”. Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. I, p. 130.

²¹ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. I, p. 87.

²² Idem, ibidem, p. 88.

²³ Para Frederich August von Hayek a justiça social numa ordem econômica pressupõe que os membros da sociedade sejam orientados por determinações do Estado.

bem-estar depende de sua eficiência na busca de seus objetivos.

Todavia, ressalta que a expectativa ou a confiança exagerada podem gerar graves frustrações aos que são hábeis, mas fracassam.

O autor vai de encontro, portanto, com todo o pensamento filosófico, defendendo que a livre iniciativa recompensa aqueles que merecem²⁴.

É temerária, portanto, essa “superconfiança” na ideia de que a capacidade produtiva de uma pessoa será proporcional a sua recompensa.

Outra questão a ser analisada é a expectativa de um salário justo, busca que persiste desde a Idade Média. Fato é que nenhuma norma foi capaz de determinar índices de salariais justos. Constitui ilusão o pensamento de que o Poder Legislativo seria capaz de determinar o que é justo para cada membro da sociedade.

Existe, todavia, a teoria que defende a possibilidade de se adequar à noção da remuneração justa e injusta de acordo com concepção de “valor social” dos serviços. Entretanto, Frederich August von Hayek afirma que não é possível a efetivação dessa teoria e justifica:

Serviços só podem ter valor para pessoas específicas (ou para uma organização), e um determinado serviço terá valores muito diversos para diferentes membros da mesma sociedade. Vê-los de outro modo é conceber a sociedade não como uma ordem espontânea de homens livres, mas como uma organização cujos membros são todos postos a serviço de uma única hierarquia de fins. Isso seria necessariamente um sistema totalitário, no qual a liberdade pessoal não existiria²⁵.

É impossível mensurar os valores dos diferentes serviços e, além disso, os rendimentos obtidos em diversos serviços não corresponderão aos valores que estes serviços têm para uma determinada pessoa.

Na verdade, as remunerações podem ser determinadas por um valor que não é o “valor social”, mas sim, o valor do serviço para a pessoa que o recebe.

Sobre a questão da remuneração e da inexistência de valor social capaz de caracterizá-la, afirma-se, ainda, que, a “Grande Sociedade Moderna” funcionaria se as remunerações fossem determinadas pela opinião dos indivíduos sobre o seu valor ou, melhor dizendo, “se dependessem da compreensão ou do conhecimento de qualquer pessoa sobre a importância de todas as diferentes atividades necessárias ao funcionamento do sistema”²⁶.

Da análise da expectativa delineada extrai-se a teoria, não apoiada por Frederich August von Hayek, no sentido de que só teríamos uma sociedade justa quando houvesse igualdade de benefícios materiais para todos os membros da sociedade. Haveria, assim, a distribuição igualitária das recompensas.

Entretanto, ele lembra que os ganhos advindos de uma ordem de mercado não têm essa função de recompensa, mas possui, em contrapartida, a função de orientar as pessoas para o que deve ser feito com o fim de manter a ordem a qual todos pertencem.

Nesse contexto, cada trabalho deverá ter um preço e diversos fatores²⁷ de produção e não terá qualquer significado fazer considerações sobre justiça. Sendo assim, de onde surge, então, a reivindicação de igualdade material, muitas vezes presente na sociedade?

A resposta é uma só: a crença pela existência de um responsável pelas desigualdades. Nesse aspecto, o autor é

confere-lhe muitas vezes um ar de arrogância que não lhe granjeia simpatia”. Cf. HAYEK, Idem, vol. I, p. 94.

²⁵ Idem, ibidem, p. 95.

²⁶ Idem, ibidem, p. 97.

²⁷ Hayek menciona fatores de produção como empenho, diligência, habilidade, necessidade. O salário não deverá se ajustar em qualquer dessas grandezas específicas, mas na união dos fatores.

²⁴ “É lamentável que, especialmente nos Estados Unidos, escritores conhecidos como Samuel Smiles e Horatio Alger e, mais tarde, o sociólogo W.

G. Sumner tenham defendido a livre iniciativa com o argumento de que ela, em regra, recompensa os que merecem, e é um péssimo sinal para o futuro da ordem de mercado que tal argumento se tenha transformado na sua única defesa compreendida pelo público em geral. Tendo-se tornado, em grande parte, a base da autoestima do empresário,

categórico ao afirmar que essa crença não tem razão de existir e completa sua posição afirmando que

quando a escolha é entre uma genuína ordem de mercado, que não efetua e não pode efetuar uma distribuição correspondente a qualquer padrão de justiça material, e um sistema em que o governo usa seus poderes para pôr em prática semelhante padrão, a questão não é se o governo deve exercer, justa ou injustamente, poderes que exercerá de qualquer modo, mas se ele deveria ter e exercer poderes adicionais que pudessem ser usados para a estipulação de cotas dos diferentes membros da sociedade²⁸.

Assim, não deve haver apenas reivindicação para a criação de normas uniformes, que dariam respaldo à distribuição igualitária de bens, mas sim a reivindicação de um governo que assuma novas responsabilidades, ligadas à manutenção da lei e da ordem e que possam atender às demais necessidades coletivas não atendidas pelo mercado²⁹.

A concepção de igualdade, portanto, está intimamente ligada ao tratamento igualitário dos cidadãos, em conformidade com as mesmas normas.

É preciso lembrar que há um conflito quando se analisa o objetivo de diferentes maneiras de governar colimando a igualdade entre os particulares: o governo que busca tratamento igualitário segundo a lei, e o governo que, interferindo na ordem social por intermédio de instrumentos jurídicos, tem como fim colocar os diferentes cidadãos em condições materiais menos desiguais³⁰.

Segundo Frederich August von Hayek, muitas noções contemporâneas de justiça social estão focadas na especificidade individual dentro da ordem geral. Mas, no sistema de Frederich August von Hayek, a justiça só pode ser mantida no âmbito do enquadramento jurídico geral em consonância com as regras do jogo. Ações específicas que visam corrigir determinadas situações de “injustiça” falharão na tentativa de remediar a situação e comprometerá o sistema geral.³¹ (tradução livre.)

Neste aspecto, Frederich August von Hayek defende a posição de que, na hipótese de se pretender proporcionar igualdade de posições materiais, o governo acabaria por tratar os indivíduos de maneira desigual:

Na verdade, a fim de assegurar a mesma posição material a pessoas que diferem muito em força, inteligência, habilidade, conhecimento e perseverança, bem como em seu ambiente físico e social, é óbvio que o governo seria obrigado a tratá-las de maneiras muito diferentes para compensar as desvantagens e deficiências que não teria como alterar diretamente³².

Além disso, o governo que tem como fim proporcionar a igualdade de benefícios, acabaria por gerar desigualdade de posições materiais.

Podemos afirmar, portanto, que o mecanismo de distribuição de riquezas não leva ao tratamento igualitário dos indivíduos, em outras palavras, a distribuição idêntica de

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 102.

²⁹ Hayek não traz uma resposta exata do que constitui a necessidade básica do indivíduo. Considera, apenas, que os bens que não puderem ser acessados pelos indivíduos através do mercado, devem ser fornecidos pelo Estado.

³⁰ “Princípio da equidade (John Rawls): age de tal modo, que todos os envolvidos participem de igual forma, tanto nos benefícios como nos encargos”. Cf. KAUFMANN, Arthur, *Op. cit.*, p. 273.

³¹ BEAULIER, Scott, et. Al. **Knowledge, economics, and coordination: understanding Frederich August von Hayek’s legal theory.**

Journal of Law & Liberty, NYU: vol. 1. 2004. “According to Frederich August von Hayek, many contemporary notions of social justice are focused on the particular case of individuals within the general order. But, in Frederich August von Hayek’s system, justice can only be maintained at the level of the general legal framework and rules of the game. Specific actions designed to remedy certain instances of “injustice” will fail to effectively remedy the situation and will undermine the general system (...).”

³² Cf. HAYEK, Frederich August von. *Idem*, vol. I, p. 88.

riquezas não é, necessariamente, uma distribuição igualitária.

Vale citar, pela propriedade da exposição, o jus-filósofo italiano Norberto Bobbio, ao revelar que os defensores contemporâneos do Estado assistencial democrático tendem a

propugnar os princípios menos extremos da igual satisfação das necessidades fundamentais e da Igualdade de oportunidades. Estas duas regras de nivelamento, andam geralmente unidas a outra regra, inigualitária, de redistribuição: a cada um segundo a sua capacidade. Uma vez atendidas as necessidades mínimas de cada um e tendo todos a mesma possibilidade, inicia-se a competição; a posição ocupada ao fim por cada um dependerá unicamente da sua capacidade ou "habilidade", pelo menos em teoria. Ao contrário do "mérito" de uma pessoa, sua habilidade, entendida como capacidade para uma tarefa específica, pode ser objetivamente determinada, pelo menos teoricamente. Mas, tal como "a cada um segundo o que merece" — e diferentemente de "a cada um segundo a própria necessidade" —, "a cada um segundo a própria capacidade" constitui uma regra inigualitária de redistribuição. (...) Naturalmente não existe contradição em considerar a meritocracia igualitária e justa ao mesmo tempo. Pode até ser considerada injusta, mas desejável por outras razões: injusta porque a capacidade de um indivíduo depende, em parte, de fatores que ele não controla, como uma inteligência inata, a educação ou o treinamento (pelo menos na ausência de uma completa Igualdade de oportunidades de instrução); todavia, desejável, sob o ponto de vista utilitarista, porque os incentivos a uma maior produção aumentarão o bem-estar de todos³³

Em artigo publicado sobre a concepção da igualdade no liberalismo, Octávio Luiz Motta Ferraz, traz a ideia da responsabilidade pelas escolhas do indivíduo:

a distribuição das riquezas sociais deve expressar de algum modo as escolhas das pessoas e que, portanto, uma distribuição idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição justa ou igualitária³⁴.

Há que se destacar, ainda, que não é só nas expectativas de resultados que se visualizam diferenças entre os indivíduos, mas, também, nas oportunidades a eles concedidas:

Estas são afetadas por circunstâncias de seu ambiente físico e social que escapam ao seu controle, mas que, sob muitos aspectos particulares, poderiam ser alteradas por ação governamental³⁵.

A igualdade de oportunidade influenciada por decisões governamentais é ponto central do liberalismo clássico. Todavia, deve-se considerar que é inatingível para qualquer governo humano proporcionar as mesmas oportunidades a todos os indivíduos.

Numa visão como essa, utópica, o governante deveria ser conhecedor de todos os dados sociais, realidade essa, impossível. Outrossim, tal autoridade deveria ter controle total do ambiente físico da sociedade, outro ponto que não tem adequação em qualquer realidade social. Com esse pensamento Frederick August von Hayek entende que cumprir o lema da igualdade de oportunidades a todos é ilusório.

³³ Cf. BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. I, Brasília: Editora UnB, 11ª edição. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini, p. 604-605.

³⁴ FERRAZ, Luís Mota. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. In: Novos estudos CEBRAP. São Paulo, n. 77, Mar. 2007. p. 2.

³⁵ Cf. HAYEK, Frederick August von. Idem, vol. I, p. 105.

3. JUSTIÇA SOCIAL E LIBERDADE

O ponto crucial da relação entre justiça social e liberdade é a total incompatibilidade existente entre ambas.

A ideia de justiça distributiva só poderia ser alcançada obrigando os indivíduos a obedecerem às normas de conduta que determinam as vantagens que serão auferidas pelos membros da sociedade. A obediência dessas regras específicas de conduta acabaria por impedir que os indivíduos atuassem segundo o seu conhecimento, o que, “é a essência da liberdade”³⁶.

O indivíduo livre pode estar limitado por regras de conduta, mas estas devem ser apenas normas gerais, que determinem, apenas, o caráter formal das atividades numa ordem.

Faz-se aqui, ainda, a distinção entre norma geral – que produz, apenas, meios para a consecução de objetivos individuais – e regras específicas, emitidas pelo Estado, que possuem normas com propósitos e fins pré-estabelecidos e que atingem determinados membros.

O que se combate é a produção de regras tendentes a “corrigir” intencionalmente as diferenças sociais, de modo que ele denomina o segundo volume da obra analisada de “Miragem da justiça social” exatamente com esse objetivo; segundo o autor, não é possível planejar a sociedade a ponto de presenciar uma distribuição equânime da totalidade da riqueza produzida entre os membros, propositadamente.

Nessa mesma linha de raciocínio, o trecho da obra **Knowledge, Economics, and Coordination: Understanding Frederick August von Hayek’s Legal Theory** traz importantes considerações acerca desta teoria:

³⁶ Cf. HAYEK, Frederick August von. *Idem*, vol. I, p. 107.

³⁷ BEAULIER, Scott. *Op. cit.*, p. 216. “The “mirage of social justice” is the belief that specific distributional outcomes can be picked independent of the very process through which exchange and production takes place. The rules of just conduct serve to govern the means by which various

A “miragem da justiça social” é a crença em que a distribuição específica dos rendimentos ocorre independentemente do processo de produção e transação. As regras de comportamento só servem para o governo como meio pelo qual vários propósitos e os planos que por ele são perseguidos. Como tal, estas regras se destinam a reconciliar as ações realizadas por indivíduos diferentes dentro da ordem geral regidas por estas normas. Em contraste, um comando serve a um propósito específico e, como tal, está em conflito direto com as regras de conduta justa. Em síntese, leis discriminatórias minam as regras de conduta justa e também o quadro normativo de uma sociedade justa³⁷.

Importante lembrar que a busca de uma ordem jurídica justa é, até hoje, alvo de constantes reflexões. André Franco Montoro ressalta:

Não há razão para que o jurista se envergonhe de sondar os fundamentos de uma ordem jurídica justa, ainda que a tarefa exija incursões laterais no campo da antropologia filosófica e de outras ciências não jurídicas. A preocupação com a ‘boa sociedade’ não pode ser posta de lado pela ciência social, e não deve ser relegada por ela aos políticos e legisladores absorvidos pela permanência dos problemas práticos do momento. Se a procura da justiça e da razoabilidade do direito for abandonada pelos espíritos mais esclarecidos, sob a alegação de que a justiça é uma noção sem sentido, quimérica irracional, então existe o risco de a espécie humana retroceder a uma condição de barbárie e ignorância em que o irracional predominará sobre o racional, e em que as negras forças do preconceito talvez

purposes and plans are pursued. As such, these rules serve to reconcile the actions pursued by disparate individuals within the general order governed by these rules. In contrast, a command serves a particular purpose and as such is in direct conflict with rules of just conduct. Put simply, discriminatory laws undermine the rules of just conduct and the framework of a just society”.

ganhem a batalha contra os idéias humanitários e as forças do bem e da benevolência³⁸.

Fato é que se interpretássemos o direito como a obediência a toda e qualquer norma de conduta, bem como qualquer ordem emitida por autoridades, teríamos a mera legalidade, desprovida da liberdade individual.

Ressalvada a possibilidade de o governo garantir uma renda mínima³⁹ aos indivíduos, o que não restringiria a liberdade. Todavia, é inviável que o governo determine a remuneração de diferentes serviços, sob pena de interferir no mecanismo do mercado que orienta a direção dos esforços individuais.

Ao final do seu pensamento sobre justiça social, Frederich August von Hayek evidencia claramente que o conceito do termo é vazio, uma vez que descarta o funcionamento de uma sociedade que protege a liberdade individual:

O que espero ter deixado claro é que a expressão ‘justiça social’ não é, como a maioria das pessoas provavelmente supõe, uma expressão ingênua de boa vontade para com os menos afortunados, tendo, antes, se tornado uma insinuação desonesta de que se tem o dever de concordar com uma exigência feita por algum grupo de pressão incapaz de justificá-la concretamente. Para que o debate político seja honesto, é necessário que as pessoas reconheçam que a

expressão é desonrosa, do ponto de vista intelectual, símbolo da demagogia ou do jornalismo barato, que pensadores responsáveis deviam envergonhar-se de usar, pois, uma vez reconhecida a sua vacuidade, empregá-la seria desonesto. Talvez, em decorrência de longos esforços para averiguar o efeito destrutivo da invocação de “justiça social” sobre nossa sensibilidade moral, e de ter encontrado repetidas vezes até eminentes pensadores usando irrefletidamente a expressão, tenha eu ficado demasiado alérgico a ela, mas adquiri a forte convicção de que o maior serviço que posso ainda prestar a meus semelhantes seria poder fazer com que, entre eles, os oradores e escritores sentissem pra sempre total vergonha de empregar a expressão “justiça social”⁴⁰.

A sociedade livre, por sua vez, é aquela em que há normas a serem aplicadas igualmente a todos “a justiça, no sentido de normas de conduta justa, é indispensável à interação de homens livres”⁴¹.

No contexto de liberdade, insere-se o sistema de mercado, a seguir analisado, que privou a sociedade do comando de um poder político que determinaria a posição material dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BEAULIER, Scott A. Knowledge, economics, and coordination: understanding Frederich August von Hayek’s legal theory. **Journal of Law & Liberty**, New York University, 2004.

BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. I, Brasília: Editora UnB, 11ª edição. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini, p. 604-605.

³⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 283.

³⁹ Essa questão encontra íntima ligação com a atual ideia do “mínimo existencial”. A última dessa

dissertação abordará esse tema com maior profundidade.

⁴⁰ Cf. HAYEK, Frederich August von. Idem, vol. I, p. 118.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 119.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva – Desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Frederick August von Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000.

FRITSCH, W.; SMITH, A. **A riqueza das nações – Investigação sobre a sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, vol. I.

GRAY, John N. "F. A. von Hayek and the Rebirth of Classical Liberalism", In: **Literature of Liberty**. Arlington, VA: Institute for Humane Studies, vol. V, n. 4. 1982.

GUIDENS, Anthony. **El capitalismo y la moderna teoría social**. Madri, Espanha: Vision Libros, 1988.

HAYEK, Frederick August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985. vol. I, II, III.

_____. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1978

HAYEK, F.A. **Monetary Theory and the Trade Cycle: Augustus M Kelley Pubs**, 1933

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, 2ª edição. Trad. Antonio Ulisses Cortês.

KELSEN, Hans. 7ª ed. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

LOCKE, John. **Second Treatise on Government**. Cambridge: P. Laslett, 1960.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**, I. 3ª ed. São Paulo: EPU/EDUSP, 1974. Trad. Lamberto Pucinelli.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOSTERÍN, Jesús. **Racionalidad y acción humana**, Madrid: Alianza, 1978.

POPPER, Karl. 3ª ed. **Em busca de um mundo melhor**. Tradução de Teresa Curvelo. Lisboa: Editorial Fragmentos.

PUGLIESI, Márcio. "Filosofia Geral e do Direito – Uma abordagem contemporânea". Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. 27ª ed. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização – Processo de formação e causa do desenvolvimento desigual para os povos americanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição: Ridendo Castigat Mores, Versão para e-Book, eBooksBrasil.com. Fonte Digital, www.jahr.org.

SALDANHA, Nelson. **Ethos Político, Direitos e Cidadania. Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** (1814), In: **Thibaut und Savigny**. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1959.

SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. London, 1759, Part 6.

_____. **Wealth of Nations**. London: E. Cannan, 1930, vol. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

TUMA, Eduardo. A tributação na perspectiva do estado neoliberal – Leitura da obra **Law, Legislation and Liberty**, de Friedrich August von Hayek. São Paulo: PUC, 2010.

VALADÃO, Alexandre Roberto Alves. **O Mínimo Existencial e as Espécies Tributárias**. Tese de doutorado. Curitiba Universidade Federal do Paraná, 2008.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: UNB/Imprensa Oficial, 2004.

ZACHER, Friedrich Hans, **O Direito Constitucional e a Intervenção no Estado Social**. Munique: Ludwig-Maximilians, 1962.

RESUMO

A Carta Fundamental de 1988, em seu artigo 196 e 197 prevê expressamente o direito à saúde, sendo reconhecido como um direito social e fundamental para todos, questões de relevância pública e dos Serviços de Saúde, cabendo ao Poder Público nos termos da lei, a regularização, fiscalização e controle. Assim, a sua execução deve ser feita diretamente ou tramite terceiros, ou por meio das pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado. Na Itália, o Direito à saúde, vem previsto na *Costituzione Della Repubblica Italiana* de 1948, é constituída como direito fundamental do homem, sendo elevado ao *status* de um dos direitos de solidariedade e inviolabilidade prevista no artigo 32 da *Costituzione della Repubblica*. Ressalta-se que a *Costituzione Italiana* foi a primeira a reconhecer a Saúde, como um direito à saúde e, portanto, é pertinente se fazer uso dos mecanismos do ordenamento jurídico italiano, uma vez que o direito fundamental social à saúde, não é somente uma norma pragmática, mas um “Direito de todos e um dever do Estado”.

Palavras-chave: Direito à saúde; Dano Biológico.

ABSTRACT

The Fundamental Constitution of 1988, article 196 and 197 expressly provides for the right to health is recognized as a social and fundamental rights for all, issues of public relevance and Health Services, being the Government in accordance with law, the regulation, supervision and control. Thus, its implementation must be done directly or tramite third parties, or by physical or legal persons of private law. In Italy, the right to health, is provided in *Costituzione Della Repubblica Italiana*, 1948, is incorporated as a fundamental human right, being elevated to the status of one of the rights of inviolability and solidarity provided for in Article 32 of *Costituzione della Repubblica*. It is noteworthy that the Italian *Costituzione* was the first to recognize the health, as a right to health and, therefore, it is pertinent to make use of the mechanisms of the Italian legal system, since the fundamental social right to health is not only a pragmatic standard but a "law of all and a duty of the State".

Keywords: Right to health; Biological damage.

* Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP e advogada.

Introdução

O direito à saúde no Brasil, previsto na Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, previsto no artigo 196. Este dispositivo legal é constituído como um direito de todo o povo, um meio de qualidade e preservação da vida.

O direito à saúde na Itália é previsto no artigo 32 da *Costituzione della Repubblica*¹. É um direito com eficácia *erga omnes*, e corresponde ao direito de garantir e proteger, cada indivíduo, enquanto membro do Estado Social.

Deste modo, se consolida na jurisprudência italiana, um instituto chamado dano biológico pressuposto de proteção à saúde, capaz de criar alternativas e possibilidades de proteção da saúde no Brasil.

O dano à saúde atribui à vítima que tenha sofrido um prejuízo ao seu direito fundamental da saúde, encontrando fundamento na própria intangibilidade da pessoa humana, ou seja, nos direitos da personalidade.

Para a realização deste estudo, portanto, se utiliza o método sistemático-crítico, a questão do direito à saúde e a figura do dano biológico na Itália, para no final, afrontarmos a possibilidade desta figura italiana se afirmar como um elemento de fundamentação da proteção à saúde no Brasil.

1. A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO *NEMINEM LAEDERE*

O princípio *neminem laedere* consta do Digesto² (Pandectas), do latim *digerere*, que significa pôr em ordem. O Digesto 1.1.10.1 (Ulpiano), foi promulgado em 15 de dezembro de 533, e, entre os três preceitos do direito há o

neminem laedere, não lesar a outrem, que é um dos fundamentos da responsabilidade civil, ao lado de outros dois preceitos: viver honestamente e dar a cada um o que é devido (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

A origem desses preceitos é grega, pois em meados da República (510 a.C até 27 a.C), Roma conquistou a Grécia, e absorveu sua cultura do período *helenista*, em especial na didática, retórica, literatura, oratória e filosofia.

A noção de correção na Grécia antiga estava relacionada ao respeito dos direitos da outra parte, com a realização daquilo que foi prometido, que era o cumprimento da obrigação decorrente de um contrato. Essa ação justa é exemplificada na obra de Aristóteles, dirigida a seu filho Nicômaco, no livro V, ao tratamento da justiça, o qual resultou a *iustitia comutativa*.

No início desse livro³, Aristóteles dá uma primeira definição do termo da seguinte maneira:

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.

O preceito *Honeste Vivere*, no direito *justinianeu*, que abarca as *Institutas*⁴, compreende além da honestidade, lealdade, boa-fé e justiça⁵

O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (a ninguém ofender, não lesar

¹ Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*

² Trata-se de uma compilação de fragmentos de textos de juriconsultos clássicos.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e G. Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova

Cultural, 1987. (Coleção os Pensadores). V, 1, 1129 a,6.p.81

⁴ As *Institutas* serviam como um manual de direito romano aos estudantes de Direito de Constantinopla (Cretella Jr., J; Cretella, Agnes. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT,2005

⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuela da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001

a outrem), tem o escopo dos homens não se prejudicarem uns aos outros.⁶

O preceito *suum cuique tribuere*, indica a justiça distributiva (*iustitia distributiva*), trata da divisão de dignidades, das funções e das vantagens sociais, trazendo a idéia de proporcionalidade.

Neste sentido, o Digesto nos dá a exata noção não apenas da reparação do dano, mas da sua prevenção; lembrando que, a prevenção não integra o rol de pressupostos da responsabilidade civil.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil como Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, deve oferecer o direito à saúde de maneira igual para todos os cidadãos, e dar proteção ao bem supremo, a vida.

A afirmação do direito à saúde como direito constitucionalmente protegido se realizou através da criação do Sistema Único de Saúde, integrado a uma rede pública, regionalizada e distribuída em escala hierárquica, descentralizada, capaz de oferecer qualidade e assistência a toda população, favorecendo as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços sociais.

O direito à saúde é o segundo direito social, em conformidade com o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, vindo apenas atrás da educação. Partindo do pressuposto que o direito à saúde é igual para todos, ou seja, que não pode ser visto de forma individual ou isolada, haja vista o impacto direto na coletividade significa dizer que, independente da situação econômica do indivíduo, caso

contrário, não teria algum significado a norma constitucional⁷.

Neste sentido, oportuno recordar Bobbio⁸, quando diz que, não se trata de saber com relação aos direitos, quais e quantos são qual a natureza e o fundamento deles, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual o modo mais seguro para garanti-los e para impedir que sejam continuamente violados.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, é importante dar um significado preciso a palavra “responsabilidade”. Maria Helena Diniz⁹ afirma que o termo “responsabilidade”, jungido etimologicamente ao verbo latino *respondere*, com a raiz latina de *spondeo*, o qual correspondia à antiga “obrigação contratual do direito romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta: *spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, promete me dar um cento? Prometo.

A palavra “civil” se refere ao cidadão e ao ato do exercício da cidadania¹⁰, nas relações com outros membros da sociedade, da qual derivam direitos e deveres¹¹.

É de grande importância a responsabilidade civil, para distribuição da riqueza em conformidade com a justiça, já que se funda em uma idéia de ação e reação, voltando para recuperação de uma harmonia violada¹².

Partindo do pressuposto que não existe responsabilidade sem prejuízo, este último causado por um agente, é o dano, que se caracteriza como elemento essencial e indispensável para responsabilizar o agente.

⁶ Villey, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 524

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 1993, v. 7, p. 28.

¹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 13

¹¹ CORREIA, Jadson Dias. *Responsabilidade civil*. Disponível in: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=662>>. Consulta realizada em 05/04/2014

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2007

Do ponto de vista etimológico, a palavra “dano”, é derivada do latim *damnum*, termo amplo, que significa qualquer lesão a bem jurídico, sendo imprescindível a prova concreta da lesão, passível de indenização ou satisfação; salvo no caso de evento fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, que são causas excludentes de responsabilidade.¹³

4. DANNO NON PATRIMONIALE X DANNO MORALE

No direito francês, assim como no Brasil, a presença de uma lesão concreta, é uma condição *sine qua non*, para o ressarcimento: *sans dommage, pas de droit a reparation*. Esse princípio não é conciliável, nos casos que os danos forem ressarcidos à vítima de qualquer outro modo.

Para definir o dano patrimonial, reclama expressamente a lesão ao patrimônio da vítima, consistindo na perda ou deterioração total ou parcial do bem, suscetível de avaliação pecuniária. Define a melhor doutrina¹⁴: “a privação do uso da coisa, o prejuízo causado a esta, a incapacidade do lesado de trabalhar em ofensa a sua reputação, nos casos em que repercute sobre sua vida profissional ou sobre o seu negócio”.

No entanto, existem outros danos que podem se enquadrar na categoria de danos não patrimoniais e com a natureza jurídica diversa dos danos morais. Um bom exemplo são os danos de ordem estética, que, sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, porque atinge a autoestima, a beleza, a saúde, apenas pode ser compensada com uma obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo mais uma satisfação do que uma indenização. Como nos ensina Jourdain¹⁵: “*C'est celui qui, ne portant*

pas atteinte au patrimoine, n'a pas d'incidence économique directe et n'est donc pas immédiatement susceptible d'évaluation pécuniaire”.

No direito italiano, são reconhecidos dois tipos de dano: o dano patrimonial, que “consistente em uma ação dolosa ou culposa, que causa a vítima um dano injusto, que obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano¹⁶”.

O “*danno non patrimoniale*”, a Corte Costituzionale¹⁷, tem confirmado que por dano não patrimonial, são aqueles que não possuem valoração econômica. Nesta categoria enquadram-se tanto o dano moral subjetivo, quando o dano à saúde. Essas duas figuras de dano não patrimonial são diferentes, enquanto o dano à saúde refere-se à própria patologia do sujeito; a noção de dano moral, alude às dores e aflições.

Apropriado ressaltar que no ordenamento jurídico italiano, o dano não patrimonial, é passível de ressarcimento somente nos casos previstos em lei, mesmo se originário de um crime, de uma conduta penal típica. Assim, deve ser observado o artigo 2059 do *Codice Civile*¹⁸, c/c com o artigo 185 do *Codice Penale*¹⁹.

5. DANO BIOLÓGICO

Para poder distinguir o dano biológico do dano moral subjetivo, como dos danos não patrimoniais em sentido *stricto*, deve ser verificado a estrutura do fato realizado com relação ao prejuízo da integridade bio- psíquica do sujeito ofendido.

Para tal fim devemos fazer a distinção entre o evento danoso e perigoso, ao qual pertence o dano biológico, e dano –

ad altri un danno ingiusto, oblige colui che há commesso il fatto a risarcire il danno.

¹⁷ Corte Cost. Ord, 22 Luglio de 1996

¹⁸ Art. 2059. O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos previstos em lei.

¹⁹ Art. 185. Cada contravenção obriga as normas da lei civil. Cada contravenção que tenha ocasionado um dano patrimonial ou não patrimonial obriga o ressarcimento pelo culpado e as pessoas que as normas da lei civil, devam responder pelo fato.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 62.

¹⁵ JOURDAIN, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, 2e édition, Dalloz, 1994, p. 117.

¹⁶ Art. 2043. *Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona*

conseqüência a qual pertence o dano moral subjetivo e o dano patrimonial.

O dano biológico constitui um evento do fato lesivo da saúde, com valoração por meio de critérios médicos legais, e desvinculados de conseqüências de cunho patrimonial; enquanto o dano moral subjetivo (e o dano não patrimonial) pertence à categoria do dano – em sentido *stricto*.

O dano – biológico (ou fisiológico) é dano específico, é um tipo de dano, que identifica-se com um tipo de evento. O dano moral subjetivo é, um genero de dano que pode derivar de uma série numerosas de tipos de evento.

O dano moral subjetivo, se substancia no turbamento transitório psicológico do sujeito ofendido, é dano – resultante, em sentido próprio do fato ilícito lesivo da saúde e constitui, quando existe condição de recuperação do mesmo; o dano biológico, é um evento interno ao fato lesivo da saúde, deve necessariamente ser provado, não podendo ter relevância e fatos de conseqüência externas (morais ou financeiras), sem a completa realização deste último, obviamente o evento e prejuízo da integridade psicofísica do sujeito ofendido.

No direito italiano o dano biológico foi consagrado na sentença da Corte *Costituzionale* de 14 de julho de 1986²⁰. O dano biológico é entendido na jurisprudência e doutrina italiana²¹ como a afetação de um dano que vale por si. É, por isso, encarado como um dano emergente, liquidável com base em critérios tabelares, fixados por peritos médicos legais, por

contraposição ao lucro cessante, traduzido na perda de rendimentos. Quer dizer a perda de uma parte do corpo de uma pessoa (um braço ou uma perna), assim como de uma função do corpo (vista, audição), tem um custo pré-determinável e, por isso, constitui bens patrimoniais em si mesmos.

O primeiro bem jurídico tutelado é a saúde (artigo 32 da *Costituzione Italiana*²²).

O reconhecimento do direito a saúde como direito operante também nos relacionamentos de direito privado, resulta do artigo 32 da *Costituzione Italiana* e artigo 2043²³ do *Codice Civile*.

O artigo 2043 é uma norma penal em branco assim, quando dispõe que: “qualquer fato doloso ou culposos, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano” não especifica quais são os bens jurídicos tutelados. Deste modo, o artigo contém uma norma jurídica secundária, cuja aplicação pressupõe a existência de uma norma jurídica primária, pois o artigo em comento, somente estabelece uma norma *contra jus*, isto é a violação de uma norma de direito objetivo.²⁴ Assim, o reconhecimento do direito à saúde, ratificado pelo Tribunal de Genova²⁵, como o principal referencial para tutela do direito em apreço, invocou a norma do artigo 32 da *Costituzione Italiana*, como direito fundamental da pessoa humana, combinado com o artigo 2043 *Codice Civile* completando o preceito primário.

Deste modo, os magistrados da Corte italiana, reconheceram que não somente os danos patrimoniais, originados de um ilícito

²⁰ Sentença n.º 184, depositada a 14 de Julho de 1986, tendo sido emitida a 30 de Junho de 1986 (consultar em <www.cortecostituzionale.it>)

²¹ Franzoni Massimo, *il danno risarcibile*, in “*Trattato de la Responsabilità Civile*”, dirigido por Massimo Franzoni, 2.ª ed., Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp 407 .

²² Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

²³ *Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri um*

danno ingiusto, obliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno. (Cod. Pen. 185)

²⁴ NETO, Amaro Alves de Almeida. *Dano existencial - a tutela da dignidade da pessoa humana.* Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2005/dano_existencial_.doc>. Consulta realizada em 29/05/2014.

²⁵ Tribunale di Genova, 30 maggio 1974, Sezione seconda civile, Pres. Gro, giudici Monetti e Pellegrino. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/pronunce.asp>. Consulta realizada em 15/05/2014.

civil devem ser ressarcidos, mas também todos os danos que criam obstáculos as atividades de relação da pessoa humana.

A respeito do acima citado, importante ressaltar a sentença 184/86 *della Corte Costituzionale*²⁶, pois a Corte admitiu o direito de ressarcimento à pessoa diante da ocorrência de um dano a saúde, independente de prova do prejuízo patrimonial para o ofendido, bem como da prova de que o dano originasse de uma conduta penal (como se exige na Itália).

O dano biológico é definido expressamente no *codice delle assicurazioni* na Itália, da seguinte forma: segundo o qual prevê o artigo 138:

Art. 138. “lesão temporária ou permanente a integridade psicofísica da pessoa suscetível de avaliação médico legal que explica uma incidência negativa cotidiana e sobre aspectos dinâmicos e de relacionamento da vida do lesionado, independente de eventual repercussão sobre a capacidade de produzir renda”

Como se vê, no dano biológico existe dois componentes: um de natureza psicofísica e outro que influi nas relações de atividade do sujeito.

5.1. Cálculo do Dano Biológico sobre Lesões Micro Permanentes na Itália

É liquidado pelo juiz pelo *sistema de punto variable o tabellare*²⁷, este método, é o sistema de liquidação por pontos, em função²⁸:

²⁶ <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0184s-86.html>

²⁷ SILLA, Flavia. *Il danno biologico – orientamenti di dottrina e di giurisprudenza. Tabelle dei principali Tribunali*. Milano, Il sole, 2000.

²⁸ http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=14&id=00012569&part=doc_dc-articolato_ddl&parse=no&stampa=si&toc=no. Consulta realizada em 02/03/2014

²⁹ <http://www.calcoloprestiti.org/altri-software-calcolo/tabelle-danno-biologico-permanente.htm>

a) gravidade da lesão e de cada elemento em grau idônea de provar a efetiva incidência sobre o lesado.

O cálculo do dano biológico micro permanentes são consideradas as lesões até 09 (nove)²⁹ pontos de invalidade (artigo 139 do *Codice delle Sicurazioni Private*).

1. O ressarcimento do dano biológico é determinado sobre a base dos valores monetários uniformizados fixados na Tabela indicativa nazional (T.I.N), em função da idade e grau de invalidade.
2. Se a lesão da integridade psicofísica sofrida pelo lesado é inferior a 70% , pode ser aumentado ou diminuído, com avaliação da circunstância do caso.

Determinado a soma correspondente ao dano biológico, calcula-se o dano moral que geralmente vêm determinados entre ¼ a ½ do dano biológico³⁰.

Entende-se para os efeitos do dano biológico, a lesão temporária ou permanente a integridade psicofísica da pessoa, suscetível a apreciação do médico legal, que implica uma incidência negativa nas atividades cotidianas e sobre os aspectos dinâmicos e de relações na vida do lesionado, independente da sua capacidade de produzir renda³¹ (art. 139 do *Codice delle Assicurazioni Private*, item 2, 1ª parte).

O dano biológico deve ser avaliado caso a caso, e a tabela preparada pelos Tribunais pode ser utilizada como um ponto de referimento.

Na hipótese prevista no *codice delle assicurazioni*, (artigo 138), acrescenta que o

³⁰ http://www.studiocataldi.it/calcolo_danno_biologico.asp. Consulta realizada em 21/01/2013.

³¹ Art. 139. 2 Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito (...)

dano determinado na tabela única nacional pode ser aumentado pelo juiz até 30%, com justa e fundamentada apreciação das condições subjetivas do lesionado³².

5.2. Cálculo do Dano Biológico sobre Lesões Macro Permanente na Itália

Este cálculo se refere a lesões acima de 09 (nove) pontos. Basta inserir a idade do sujeito, e os pontos de invalidez³³. É utilizada a Tabela de Milão ou de Roma, o módulo de cálculo do dano biológico desenvolve os resultados aplicando os critérios indicativos ao artigo 139 do Dec. Legislativo de 7 de setembro de 2005, n. 209 (*Codice delle Assicurazioni*) e o Decreto Ministerial de 6 de junho de 2013 (*Gazzeta Ufficiale*, 14 de junho de 2013, n. 138), fixou o montante de 791,95 euro (setecentos e noventa e um euro e noventa e cinco centavos), relativo ao primeiro ponto de invalidez, e o valor de 46,20 euro (quarenta e seis euro e vinte centavos), relativo a cada dia de inabilidade absoluta.

Importante frisar que o objetivo das Tabelas Nacionais estabelecidas acima, não tem como objetivo a fixação definitiva de valores indenizatórios, mas estabelecem um grupo de regras e princípios que permitam agilizar a apresentação de propostas razoáveis, possibilitando ainda que a autoridade de supervisão possa avaliar, com grande objetividade, a razoabilidade das propostas apresentadas.

6. A tutela indenizatória do dano material e do dano imaterial no Código Civil. O dano moral como espécie de dano imaterial

A pessoa humana deve ser protegida quanto a qualquer ato ilícito de terceiro, que lhe cause um prejuízo material ou imaterial: *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere pote*.

³² *Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabela unica nazionale può essere aumentato del giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato*

Dispõe o artigo 949 do Código Civil:

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido nas despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofridos.

Todos os bens, materiais e imateriais, inatos ou adquiridos pelo indivíduo no transcorrer da sua vida, formam o seu patrimônio e merecem ampla proteção do Estado.

Desta forma, negar ao ser humano o direito à indenização pelo dano injusto sofrido, seja qual for a sua natureza, significa contrariar frontalmente um dos princípios básicos da responsabilidade civil – *alterum non laedere*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração constitucional da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro tem como consequência a necessidade de assegurar a prestação dos serviços públicos necessários a uma condição de vida digna, sob pena de responsabilidade. É justamente neste ambiente que se pode inserir a garantia do direito à saúde, e a responsabilidade pela sua proteção e realização.

O dano à saúde, não deve ser confundido com o dano patrimonial e o dano moral clássico, mas sim enquadrar-se em uma categoria autônoma, não patrimonial no sentido *lato*. Como nos ensina a doutrina italiana, o dano à saúde, se encontra fundamento na intangibilidade da pessoa humana, nos pilares que informam os direitos da personalidade³⁴.

Neste sentido, o Poder Público deve praticar os seus atos guiado pelos princípios constitucionais que regulam a administração pública com o objetivo de alcançar o bem comum, pois o direito à saúde não deve ser visto

apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato

³³ http://www.ordineavvocatimilano.it/upload/file/allegati_articoli/Danno_non_patr_2013_tab_ella.pdf. Consulta realizada em 28/04/2014.

³⁴ PAJARDI, Daniela. *Danno Biologico e Danno Psicologico*. Milano, Giuffrè, 1990.

de modo isolado e individual, pois há um impacto sobre toda a coletividade. O Poder Judiciário deve assumir uma posição ativa na sociedade para que seja concretizado todos os direitos sociais e o direito à saúde.

No Brasil, cabe destaque as políticas sanitárias, que consistem de fato em uma série de decisões que fazem frente aos problemas individuais dos cidadãos nas questões de saúde. As decisões são presas aos organismos do governo, como por exemplo, o Ministério da Saúde e os vários departamentos e setores os quais cabe a responsabilidade de promover as políticas públicas.

A equivalência entre o dano e a indenização é tida como uma das concreções da própria ideia de justiça. Desta forma, decorrem daí, as dificuldades, distorções e equívocos de avaliação, submetendo os cidadãos a valores variáveis, apesar de irradiadas de fatos, se não idênticos, semelhantes.

Por fim, como nos ensina Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e G. Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

BRASIL.

CRETELLA, Jr., J; Cretella, Agnes. *Institutas do Imperador Justiniano*. Trad. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, ed. Saraiva. São Paulo*.1993.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

FRANZONI, Massimo, *il danno risarcibile, in “Trattato de la Responsabilità Civile”*, dirigido por Massimo Franzoni, 2.^a ed., Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo Saraiva, 2007.

JOURDAIN, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, 2e édition, Dalloz, 1994

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuela da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 4.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAJARDI, Daniela. *Danno Biologico e Danno Psicologico*. Milano, Giuffrè, 1990.

SILLA, Flavia. *Il danno biologico – orientamenti di dottrina e di giurisprudenza. Tabelle dei principali Tribunali*. Milano, Il sole, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004,

RESUMO

O Presente artigo tem a finalidade de analisar os principais aspectos que a tecnologia informacional traz a sociedade atual no que diz respeito à questão da privacidade. Os cidadãos do século XXI vivenciam um novo momento causador impacto profundo na ordem mundial, que, se de um lado vem possibilitar o acesso rápido e fácil à informação, de outro, cobra o alto preço da redução da esfera privada dos indivíduos. Como objetivo principal, pretende-se abordar os reflexos produzidos pelos *cookies* e *spams* na vida dos cidadãos na Sociedade da Informação. Pretende-se, abordar os aspectos históricos de seu surgimento, suas classificações, seus aspectos jurídicos e demonstrar os casos práticos em que atuam como instrumentos de invasão da privacidade dos usuários da rede.

Palavras-chave: Privacidade, Intimidade, Cookies, Spams.

ABSTRACT

The Present article aims to analyze the main aspects informational technology brings to the current society in respect to the subject of privacy. The citizens of XXI century live a unique moment of deep impact in the world order, that, in one side comes to make the fast and easy access to information possible; and in another, brings the high price of reduction on the individuals' private sphere. As main objective, an approach on the reflexes produced by cookies and spams in the individuals' life of Information Society, is made. It is intended to draw the historical aspects of their appearance and classifications along with its legal aspects and a demonstration of the practical cases in which they act as favorable instruments on the invasion of the net users' privacy.

Keywords: Privacy, Intimacy, Cookies, Spam.

*Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas FMU. Especialista em Administração de Empresas pela FGV/Ceag. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Mater Dei. Bacharel em Direito pela Faculdade Mater Dei. Curso de Extensão em Estratégia e Marketing pela University of La Verne – CA. USA. Curso de Extensão em English Common Law: Structure and Principles pela University of London – ENG. Advogada. Docente nas disciplinas de Direito Civil do Centro Universitário FMU/SP.

Introdução

A Constituição Federal no seu Capítulo I, Título II, ao tratar dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais especificamente no seu art. 5º, inciso X, menciona como invioláveis a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Assim, a proteção da intimidade e da privacidade dos cidadãos não é apenas um fator ético, mas uma garantia Constitucional, que deve ser resguardada.

Todavia, com o advento da nova era informacional vivenciada nas últimas décadas do século XX, e que se intensificou sobremaneira nos tempos atuais, o conceito de privacidade e intimidade tem assumido nova abrangência. Jamais poderíamos imaginar que os grandes avanços tecnológicos nos permitiriam vivenciar a então ficção de George Orwell, no seu livro 1984, onde os indivíduos eram constantemente observados por teletelas¹, eis que “O Grande Irmão”² observava a tudo e a todos.

O momento presente retrata uma realidade em que estamos cercados por câmeras por todos os lados, as quais observam o mundo em sua totalidade. A vida dos indivíduos está sendo vigiada tanto no seu aspecto coletivo (ruas, praças, galerias e demais lugares públicos) como no seu aspecto privado (elevadores, salas de reuniões e residências). Filmadoras, câmeras fotográficas e até mesmo satélites, captam as imagens e as disponibilizam na internet, de forma que o acesso seja possibilitado em nível global.

Programas como *GoogleEarth*³, permitem a visualização de qualquer lugar do mundo, em tempo real. Sua versão mais recente possibilita, inclusive, a visualização de planetas, galáxias, constelações e muito mais.

¹ A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Qualquer barulho que Winston fizesse, mais alto que um cochicho, seria captado pelo aparelho; além do mais, enquanto permanecesse no campo de visão da placa metálica, poderia ser visto também. (ORWELL, 1996: 8)

² Tendo o controle das comunicações, fazendo da televisão, onipresente, o seu poderoso olho policial, o Grande Irmão dobrava todos à sua vontade. O lema do regime era *Big Brother is Watching You*, o Grande Irmão te vigia. Nada, portanto, lhe escapava. Invertendo a lógica do aparelho televisor, obrigatoriamente ligado,

Alguns sites disponibilizam aos usuários da rede, monitorar o movimento filmado em lugares públicos, é o caso de sites como *worldcam* e *earthcam*⁴ que monitoram ruas de SP e Nova York, respectivamente.

A Sociedade da Informação vai muito além do monitoramento da vida coletiva, pois, por meio da engenharia eletrônica, passa a observar a vida de cada cidadão, na sua particularidade. Aspectos da vida privada são monitorados através de programas baixados no computador. *Cookies* capturam dados de perfil do usuário da internet, e através de informações como sites acessados, buscas realizadas, compras efetuadas, passam a encher nossa caixa de e-mail com propagandas de produtos e serviços não solicitados.

Os bancos de dados da internet se tornaram tão poderosos que, por meio de pesquisa em sites de busca, podemos ter acesso a qualquer informação de nosso interesse. Basta que a informação tenha sido adicionada à rede para que nela permaneça, e para que seu acesso seja irrestrito em qualquer lugar e em tempo real.

Resta concluir que a esfera da privacidade dos cidadãos está cada vez mais reduzida. Tamanha revolução tecnológica nos traz enormes benefícios, porém, tem seu custo aos indivíduos que acabam cedendo às benesses da tecnologia e abrindo mão da vida privada.

1. *Cookies*: Conceito e Comportamento

LISBOA define cookies como “pequenos arquivos de texto-gravados no computador do usuário, pelo browser, quando ele visita determinados sites do comércio eletrônico. Têm por escopo guardar alguns dados, como nomes e senhas, para que quando o usuário

sem outras alternativas de programas, era por meio do tubo que ele controlava os cidadãos rebaixados a servos obedientes. (texto retirado da página da internet: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/bigbrother2.htm>, acessada no dia 28 de outubro de 2007, às 21:06 hrs)

³ Programa disponível para download na seguinte página da internet: <http://earth.google.com>.

⁴ O site <http://www.earthcam.com> e <http://worldcam.eu/> apresentam cenas ao vivo de câmeras distribuídas em várias cidades do mundo.

retorne a determinados sites não precise digitar tudo novamente”⁵.

Em informática, a ideia deriva dos *magic cookies*, um conceito usado em programação Unix através do qual um servidor pode fornecer uma senha ou "passe" para identificar um cliente. Nas visitas futuras, o servidor consulta o cliente e se este exibe seu "*magic cookie*" é reconhecido e tratado de acordo. O conceito foi adotado pela internet e hoje muitos servidores HTTP usam *cookies* para identificar visitantes⁶.

Em tese os *cookies* não podem acessar informações do sistema. Podem apenas armazenar uma cópia dos dados que fornecidos no momento do preenchimento de formulários e gravar informações sobre a maneira pela qual os usuários se movimentam dentro do sítio consultado e apenas dele (pelo menos em teoria nenhum sítio pode consultar *cookies* enviados por outro). Em suma: um *cookie* armazena em seu próprio disco rígido informações sobre as preferências pessoais exclusivamente referentes ao sítio que o enviou e teoricamente serve para tornar a navegação mais confortável e proveitosa.

HAYES, muito bem define *cookie* como um simples arquivo de texto que geralmente contém dois pedaços de informação – um identificador da página da internet e um identificador do consumidor. Eles são usados

para ligar o consumidor à informação armazenada sobre sua visita na página da internet, tais como preferências, compras e outras ações. Elas são enviadas da página da internet para o *drive* do computador do consumidor, aonde elas sentam quietamente até que o consumidor feche o *browser* da internet ou atinjam a data de duração⁷.

Há a possibilidade de configurar o computador para alertar quando um *cookie* está sendo instalado, denominados de *shareware* e *freeware*. Estes programas permitem determinar quem criou os *cookies*, quando foram criados, que dados contém, etc. Todo bom sítio de distribuição de *shareware* tem diversos destes programas à disposição.

Ressalta-se que alguns programas baixados no computador, tal como programas de bate-papo, barra de tarefas, correios eletrônicos, requerem a instalação de *cookies* no computador.

2. Spams: Origem do Termo

O termo *spam* tem origem no famoso seriado britânico denominado Monty Python⁸, episódio 25, e representa uma espécie de apresuntado enlatado⁹, que na cena do filme é servido em todas as refeições do cardápio. O termo *spam* deriva desse seriado e representa as

⁵ In: ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. O direito no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2003. p.379.

⁶ Texto retirado da página da internet <http://www.bpiropo.com.br/rco990830.htm> em 15 de março de 2008 às 20:54.

⁷ A Cookie is a simple text file that generally contains two pieces of information - an identifier of the web site, and an identifier for the consumer. They are used to match the consumer to information stored about his or her visit to the web site such as preferences, purchases and other actions. They are sent from the web site to the hard drive of the consumer's computer, where they sit quietly until the consumer closes the web browser or until they reach an expiration date.

⁸ Monty Python ou The Pythons foram os criadores e intérpretes da série cômica *Monty Python's Flying Circus*, um programa de *televisão britânico* que foi ao ar pela primeira vez em *5 de outubro de 1969*. Como série televisiva, consistiu de 45 episódios divididos em 4 temporadas. Entretanto o fenômeno Python não se limitou a apenas isso, espalhando-se por *shows*, *filmes*, programas de *rádio* e diversos *jogos de computador* e

livros, além de lançar seus seis integrantes ao estrelato. Sua influência na comédia chegou a ser comparada ao impacto causado na *música* pelos *Beatles*. Enquanto no *humor britânico* sua presença sempre foi nítida, nos Estados Unidos ela é especialmente evidente em programas de conteúdo absurdo como *South Park*, *Adult Swim* e trechos de *Late Night with Conan O'Brien*. No *Brasil* uma geração de humoristas e artistas *cariocas*, como *Regina Casé*, *Luís Fernando Guimarães*, *Evandro Mesquita*, do grupo *Asdrúbal Trouxe o Trombone*, são exemplos do estilo *non-sense* sob influência do Monty Python. Em uma enquete de *2005* para escolher "O Comediante dos Comediantes" realizada pela emissora britânica Channel 4, três dos seis integrantes do Monty Python foram incluídos entre os 50 maiores humoristas. Michael Palin ficou em trigésimo, Eric Idle em vigésimo-primeiro e John Cleese em segundo lugar, sendo superado apenas por *Peter Cook*. Segundo parte da crítica de cinema, o filme *Monty Python and the Holy Grail* é um dos melhores do cinema britânico. Texto retirado da página da internet: http://pt.wikipedia.org/wiki/Monty_Python

⁹ Visite a página da internet: <http://www.spam.com/>, para saber mais sobre o produto.

coisas indesejáveis que são empurradas ao consumidor em seu e-mail.

A origem do enlatado corresponde ao ano de 1934, é um produto muito popular nos Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Inglaterra, Austrália e Venezuela. A sigla *SPAM* representa as palavras *SPiced hAM*, ou seja, presunto apimentado, fabricado pela empresa Hormel Foods Corporation. *SPAM* é tão popular que no ano de 2002 já haviam sido vendidas mais de 6 bilhões latas de *SPAM* ao redor do mundo. Até mesmo a rede de fast-food, Bob's, aderiu ao *SPAM*¹⁰, que em 2007 passou a servir um prato especial com o ingrediente. Na cidade de Austin, Minnesota, foi criado o *SPAM Museum*¹¹, o qual recebe cerca de 100.000 visitantes por ano. O enlatado, na maioria das vezes, é representado por um *spam sandwich* ou por um *spamburger*, as variedades em que pode ser servido, conforme retratado nas figuras abaixo:



Todavia, não foi o *SPAM* em sua variedade enlatado, o principal responsável pela denominação dos lixos virtuais de *spam*. O popular seriado¹² Monty Python em uma enquete de 1970 vinculou o termo *spam* como uma coisa chata que é empurrada para você. A cena acontece num restaurante onde a governanta, pela ausência de comida, propunha somente pratos com base no ingrediente *SPAM*. No ambiente encontravam-se um grupo de vikings que cantavam o seguinte refrão em *back vocal*: “*SPAM SPAM SPAM SPAM SPAM* , *Wonderful SPAM, Marvellous SPAM!*”, até que a governanta mandasse-os calar a boca. Assim, a figura de *spam* é retratada como algo que se repete constantemente, de forma irritante, com o intuito de dificultar a comunicação. Segue abaixo ilustrações representantes das cenas do seriado:



Mas foi somente no ano de 1993, mais especificamente na data de 31 de março, que o lixo virtual *spam* passou a receber esta denominação. Todavia, a primeira mensagem abusiva de e-mails que se tem conhecimento reporta-se ao ano de 1978 quando Einar Stefferud fez uso da ARPANET para enviar um convite á todos os seus usuários para uma recepção a se realizar na Califórnia. Os e-mails foram considerados abusivos e em desacordo com a política da ARPANET¹³.

¹⁰

¹¹ SPAM Museum: Address: 1937 SPAM Blvd, Austin, MN. Opened Monday to Saturday from 10 a.m. to 5 p.m., Sunday from noon to 4p.m.; closed Mondays in the off-season (Call to verify). Phone: 800-588-7726.

¹² Visualize o filme na seguinte página da internet: <http://www.youtube.com/watch?v=3kjdr16qjwY>.

¹³ Einar Stefferud, a longtime net hand, reports that DEC announced a new DEC-20 machine in 1978 by sending

an invite to all ARPANET addresses on the west coast, using the ARPANET directory, inviting people to receptions in California. They were chastised for breaking the ARPANET appropriate use policy, and a notice was sent out reminding others of the rule. I have put up a page with [the message and its reaction](#) or you can see it directly in the msggroup archives (if they come back online.) It may amuse some to see a young Richard Stallman as one of the [defenders of the spam](#). Texto

O termo passou a ganhar popularidade quando dois advogados, Canter e Siegel, usaram o correio eletrônico para divulgar anúncios de seus serviços de forma que se espalhassem através da lista de contatos de todas as pessoas que os recebessem. Denominada de *Green Card Lottery - Final One?*, esta foi a primeira correspondência eletrônica a receber o nome de *spam*. Assim, o termo passou a ser relacionado a anúncios não desejados que eram enviados repetidamente, de forma maciça¹⁴.

Keith Lynch detalha a história dos *spams* com a construção de uma linha do tempo, do ano de 1982 até o ano de 2001; onde podemos destacar os seguintes eventos principais¹⁵:

- ano - mês – evento:
- 82 2 primeira cadeia de e-mail que se tem conhecimento
- 93 6 cadeias de e-mails intituladas MAKE.MONEY.FAST
- 94 3 e-mail comercial não solicitado (agora chamado de spamil)
- 94 4 "spam" (significando notícias enviadas em massa)
- 94 12 "spam" (significando correio em massa para legitimar listas de clientes)

retirado da seguinte página da internet: <http://www.templetons.com/brad/spamterm.html>.

¹⁴ In April of 1994, the term was not born, but it did jump a great deal in popularity when two lawyers from Phoenix named Canter and Siegel posted a message advertising their fairly useless services in an upcoming U.S. "green card" lottery. This wasn't the first such abusive posting, nor the first mass posting to be called a spam, but it was the first deliberate mass posting to commonly get that name. They had posted their message a few times before, but on April 12, they hired an mercenary programmer to write a simple script to post their ad to every single newsgroup (message board) on USENET, the world's largest online conferencing system. There were several thousand such newsgroups, and each one got the ad. Quickly people identified it as "spam" and the word caught on. Future multiple postings soon got the appellation. Some people also applied it to individual unwanted ads that weren't posted again and again, though generally it was associated with the massive flood of the same message. It turns out, however, that the term had been in use for some time before the

95 1 "Krazy" Kevin Lipsitz (grupo spammer notório)

95 4 Jeff Slaton (spammer notório, "o Rei de Spam")

95 8 lista de 2 milhões de endereços de e-mail oferecidos à venda

96 1 Freedom Knights ("anti-censura" grupo a favor do spam)

Atualmente *spams* passaram a ser muito comum na rotina de qualquer indivíduo que faz uso de e-mails eletrônicos. Estatísticas demonstram que ao passar dos anos sua prática tem sido utilizada com maior intensidade e hoje representam não só um meio de divulgar reportagem, mas um artifício eletrônico utilizado para concretização das as mais diversas ilegalidades contra a dignidade da pessoa no meio virtual.

2.1. Conceito e espécies de spams

Spam não está vinculado somente ao correio eletrônico comercial. O termo diz respeito à todo e qualquer tipo de mensagem indesejável e não solicitada direcionada a um número maciço de usuários da internet. Também não diz respeito unicamente ao correio eletrônico, pois abrange canais de bate-papo, grupos de interesse, entre outros meios de comunicação virtual.

Recentemente verificou-se o envio de *spams* em jogos virtuais no *Mundo do Warcraft*¹⁶. Um jogador relata que seu

famous green card flood. Later, some particularly nasty folks figured they could take mass e-mailing software (which had been around for decades to handle mailing lists) and use it to send junk e-mail to large audiences who hadn't asked for it. The term quickly came to be used to describe these unwanted junk e-mails, and indeed that is the most common use of the term today. Texto retirado da seguinte página da internet: <http://www.templetons.com/brad/spamterm.html>.

¹⁵ Keith Lynch's timeline of spam related terms and concepts. Texto disponível na seguinte página da internet: <http://keithlynch.net/spamline.html>.

¹⁶ World of Warcraft é um [MMORPG](#) da produtora [Blizzard](#), um jogo massivo, on-line, de ação e aventura, no mundo fantástico de [Azeroth](#), introduzido no primeiro jogo da série, [Warcraft: Orcs & Humans](#) em 1994. Joga-se com um programa cliente ligado a uma rede de servidores. O acesso aos servidores é pago e requer uma chave original que acompanha o produto. Trata-se de u

personagem havia recebido *spam* pelo sistema de correios de jogos¹⁷. Veja a foto do spam:



O *Spam* se caracteriza principalmente por possuir caráter comercial, ser enviado em massa, ter conteúdo uniforme e não ter sido solicitado pelo destinatário.

Ressalta-se, no entanto, que além da finalidade originária de anúncio comercial, existem variedades de *spams*, denominados *scams* e *phishings*, os quais são portadores de arquivos maliciosos, denominados *spywares* e *trojans*, e disfarçam-se da vestimenta de *spam*, agindo no computador do usuário com o objetivo de obter dados pessoais dos indivíduos de forma ilícita.

O *spam* se origina de pessoas ou companhias que possuem o endereço eletrônico

do destinatário, o qual é informado pelo usuário quando faz assinatura de revistas *on-line*, preenche uma pesquisa, navega na internet, etc. Normalmente essas empresas vendem seus cadastros a terceiros, incluindo listas de endereço de e-mail dos usuários da internet.

O *spam* pode se apresentar nas variedades de *scam* e *phishing*, portadores de *malicious softwares* – programas maliciosos como *spywares* e cavalos de tróia.

Scam se refere traduz como artifícios eletrônicos utilizados para obter vantagens financeiras. A tradução literal do termo, segundo o dicionário Longman, se refere a uma maneira esperta e desonesta de ganhar dinheiro.

Phishing é uma variedade de *scam*, ou seja, uma página falsa da internet é enviada ao usuário por meio de correspondência eletrônica, a qual solicita informações como número do cartão de crédito, informações pessoais ou senhas e tem o intuito de roubar a identidade do usuário¹⁸.

Spywares são programas instalados no computador do usuário quando o mesmo abre a correspondência virtual – normalmente advinda de um *spam*. Funcionam como um *cookie*. Trata-se de um arquivo armazenado no computador com a finalidade de observar o comportamento do usuário na rede e captar informações pessoais.

Segundo informações de usuários da rede, trata-se de um perigoso Cavalo de Tróia preparado para roubar todas as informações do computador¹⁹.

m jogo de interpretação de personagem online e em massa para múltiplos jogadores que permite a milhares de jogadores criem personagens em um mundo virtual dinâmico e ao mesmo tempo na [internet](#).

Texto retirado da seguinte página da internet: http://pt.wikipedia.org/wiki/World_of_Warcraft e <http://pt.wikipedia.org/wiki/MMORPG>, acessado aos 21 de março de 2008 às 18:14 hrs.

¹⁷ Parece piada, mas é verdade. Um dos meus personagens no [World of Warcraft](#) recebeu um spam pelo sistema de correios do jogo! [Veja aqui](#) um screenshot... O mais engraçado é que o sujeito que enviou a mensagem usou uma linguagem típica de *role-playing games*, com expressões ("Honor to serve you") e nome ("T askmaster Chugchug") típicos dos Orcs no Warcraft. Sensacional! Agora é só uma questão de tempo até começarem a enviar mensagens sobre pílulas mágicas de emagrecimento ou remédios para impotência. Três vivas para o realismo no mundo digital! ([\[w.campezzi.com/wp-content/uploads/2006/10/spam_no_warcraft.jpg&imgrefurl=http://www.campezzi.com/2006/10/&h=768&w=1024&sz=142&hl=pt-BR&start=8&um=1&tbnid=-323p-whVK31VM:&tbnh=113&tbnw=150&prev=/images%3Fq%3Dspam%26svnum%3D10%26um%3D1%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DN\]\(http://www.campezzi.com/wp-content/uploads/2006/10/spam_no_warcraft.jpg&imgrefurl=http://www.campezzi.com/2006/10/&h=768&w=1024&sz=142&hl=pt-BR&start=8&um=1&tbnid=-323p-whVK31VM:&tbnh=113&tbnw=150&prev=/images%3Fq%3Dspam%26svnum%3D10%26um%3D1%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DN\)\)](http://images.google.com.br/imgres?imgurl=http://ww</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸ [uncountable]. The criminal activity of sending emails or having a website that is intended to trick someone into giving away information such as their bank account number or their computer password. This information is then used to get money or goods. Longman.

¹⁹ La [Unión de Bloggers Hispanos](#), lanzó hoy desde su sitio una alerta a la cibercomunidad sobre un trojano que anda circulando en forma de correo de Gmail. Carmen, la administradora del blog, explicó que recibió un correo en el cual le anunciaban que su cuenta estaba a punto de caducar y que para evitarlo debería abrir unos enlaces. El

Há uma nova espécie de *spam*, muito utilizada nos dias atuais, denominado de “engenharia social”²⁰. O malfeitor se utiliza desse artifício, encaminhando mensagens de interesse geral ou específico da vítima usuária da rede, para chamar sua atenção fazendo com que a mesma se interesse pelo assunto e pretenda acessá-lo. É nesse momento, quando o usuário clica no link solicitado, que a tela abre uma mensagem de erro, e o vírus se instala no computador.

Nota-se que normalmente essas mensagens estão vinculadas a temas de interesse do usuário, coletadas a partir de informações de navegação na rede, ou ainda dizem respeito a um assunto do momento, de alta repercussão na mídia.

Uma das técnicas de engenharia social mais populares é a utilização de mensagens de correio eletrônico sobre acontecimentos atuais, incluindo política mundial e incidentes regionais. Como exemplo podemos citar o TROJ_SMALL.EDW, foi enviada como spam através de mensagens de correio eletrônico que prometiam mais informação sobre uma tempestade de Inverno que assolava a Europa, quando a tempestade estava no seu ponto mais alto.

2.2. Estatísticas de spams no Brasil e no mundo

O Comitê Gestor da Internet no Brasil, por meio da Comissão de Trabalhos Anti-*Spam*, em conjunto com o Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil, cert.br, realizou o Projeto SpamPots: Uso de *Honeypots* de Baixa Interatividade na Obtenção de Métricas sobre o

destinatario del email, que se identificó como Grupo Arroba, le envió un mensaje que estaba escrito en portugués/brasileño. Pero, las cuentas de Gmail no caducan.

Carmen no se tragó el cuento y se tomó la molestia de verificar la confiabilidad del correo. Su conclusión fue: “¡NO TOQUEIS LOS ENLACES”!, porque no solo “resulta que la joya trae un trojano preparadito para robarte todo tipo de información”, sino que parece que amenaza con causar estragos en los países de habla hispana.

²⁰ Chama-se Engenharia Social o conjunto de técnicas usadas por invasores para convencer as pessoas a instalar programas maliciosos, divulgar informações confidenciais etc, ou seja, são técnicas que buscam

Abuso de Redes de Banda Larga para o Envio de *Spam*.

Dados coletados entre junho de 2006 e julho de 2007 analisaram 4.307.010.941 destinatários e coletados 480.120.724 *e-mails*.

O número de *e-mails* recebidos intensificou-se em julho de 2007, e o código mais frequente naquele ano foi de Taiwan.^{21 22} Vejamos os gráficos a seguir:

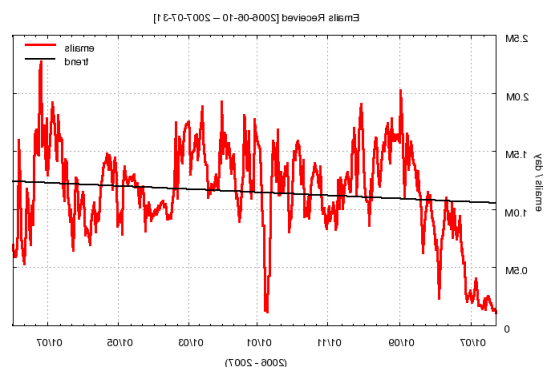


Tabela 2.1: Country Codes mais frequentes.

#	Country Code (CC)	E-mails	%
01	TW	354.042.709	73,74
02	CN	77.922.019	16,23
03	US	26.384.260	5,50
04	CA	6.680.596	1,39
05	KR	3.712.431	0,77
06	JP	3.491.197	0,73
07	HK	3.085.048	0,64

explorar o usuário e não atacar sistemas de informação. Um exemplo clássico são os telefonemas falsos que tentam lhe convencer a divulgar suas informações pessoais e financeiras.

Informação retirada da página da internet: <http://linhadefensiva.uol.com.br/dicionario/>, em 22 de março de 2008 às 19:00 hrs.

²¹ Disponível em: <http://www.cert.br/docs/whitepapers/spampots/versao1.1/>. Acesso em: 23 mar. 2008.

²² Verificar que o item 6.2.1 da presente pesquisa, mais especificamente na construção da linha de tempo dos *spams*, feita por Keith Lynch, apresenta o país de Taiwan (.tw) com a principal fonte de *spam* no mundo em julho de 1999.

08	DE	932.330	0,19
09	BR	771.130	0,16
10	UA	617.714	0,13

A página da internet da empresa Trend Micro ²³, empresa de segurança na internet, também oferece estatísticas sobre incidências de *spams*.

No ano de 2006 e início do ano de 2007.²⁴ A empresa relatou que a espécie mais comum de infecção de vírus se dava por meio de *worms*, com o aparecimento na primeira posição do WORM_NYXEM.E, que infectava redes pelo correio maciço por meio de um esquema de engenharia social com conteúdos para adultos.

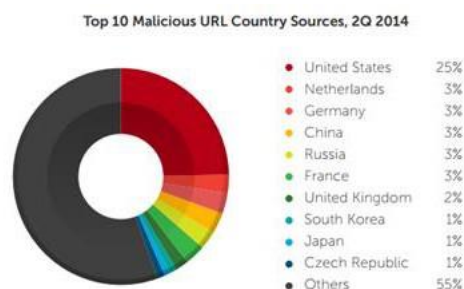
Acrescentou que *worms* como NETSKY e BAGLE continuavam a manter-se no ranking, graças à quantidade de utilizadores que não atualizam o seu software de segurança ou que não possuem sequer qualquer tipo de proteção.

Já, no ano de 2014 a empresa revelou os seguintes três maiores vírus transmitidos através de anúncios da internet e os seguintes *malwares*²⁵:

NAME	VOLUME
ADW_INSTALLCOR	234K
ADW_OPENCANDY	204K
ADW_DOWNWARE	107K

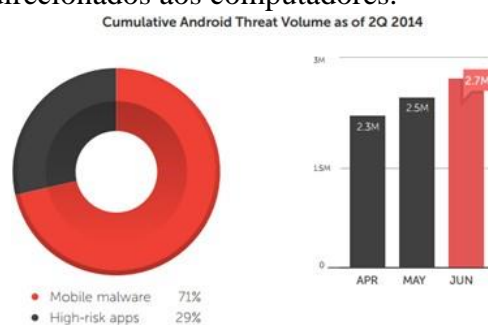
NAME	VOLUME
WORM_DOWNLOADAD	35K
LNK_DUNHISMIX	33K
JS_NEVARA	19K

Ainda, a empresa publicou os 10 países com maior número de páginas de internet mais maliciosas do mundo, estando os Estados Unidos com uma fatia de 25%; vejamos²⁶:



Outra recente ameaça são os ataques realizados nos telefones celulares do sistema Android, que em 2014 somou um volume de 2,7 M de ataques, sendo 71% correspondente a *malwares* e 29% correspondentes a aplicativos de alto risco. 46% das ameaças dizem respeito a vírus decorrentes de anúncios e 40% dizem respeito a serviços.

A pesquisa verificou que 81% dos ataques de vírus são direcionados ao governo e 4% são direcionados aos computadores.



Outrossim, de acordo com pesquisa²⁷ realizada pelo Centro de Estudos da Tecnologia da

²³ Trend Micro, a global leader in internet content security, focuses on securing the exchange of digital information for businesses and consumers.

Tradução: Trend Micro, um líder global de segurança de conteúdo da internet, foca em assegurar a troca da informação digital para empresas e consumidores.

²⁴ Disponível em:

<<http://www.trendmicroportugal.com/Parceiros/Newsletter/Revisãodeameaçasdoprimeiortrimetre/tabid/85/Default.aspx>>. Acesso em: 22 mar. 2008.

²⁵ Disponível em <http://www.trendmicro.com/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/reports/rpt-turning-the-tables-on-cyber-attacks.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

²⁶ Disponível em <http://www.trendmicro.com/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/reports/rpt-turning-the-tables-on-cyber-attacks.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

²⁷ Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil : TIC Domicílios e TIC Empresas 2007 = Survey on the use of Information and Communication Technologies in Brazil: ICT Households and ICT Enterprises 2007 / [coordenação executiva e editorial/ executive and editorial coordination, Mariana Balboni]. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.cetic.br/tic/2007/indicadores-cgibr-2007.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

Informação e da Comunicação no Brasil com 2.801 pessoas, sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil no ano de 2007, 69% delas afirmaram que se sentem prejudicadas com o gasto desnecessário de tempo em razão do recebimento de *spams*, 33% alegaram transtorno pelo recebimento de mensagens impróprias e ofensivas e 21% alegaram ter perdido *e-mail* importante por ter sido filtrado. Somente 20% dos indivíduos afirmaram gostar de receber *spam*. Veja o gráfico:



Base: 2.801 entrevistados que receberam spam nos últimos três meses.
Reference: 2.801 interviewees who received spam over the last three months

Dos 1.056 indivíduos entrevistados, 71% afirmaram receber de 1 a 10 *spams* diários em sua caixa de correio eletrônico, 16% afirmaram receber de 1 a 20 *spams*. Somente 1% dos entrevistados afirmou não saber quantos *spams* recebe diariamente

Apenas 23% dos 4.758 entrevistados possuíam filtro *antispam*, e 70% não possuíam qualquer tipo de filtro.

Em 09 de março de 2013 o Comitê Gestor da Internet no Brasil veiculou notícia intitulada “Brasil sai da lista dos 10 países que mais enviam spam no mundo”, acrescentando que em 2009 o Brasil era o primeiro colocado, com mais de um milhão de IPS, e que na data de 2013 apareceu na 12ª posição²⁸.

²⁸ Notícia disponível na seguinte página eletrônica: <http://www.cgi.br/noticia/brasil-sai-da-lista-dos-10-paises-que-mais-enviam-spam-no-mundo/328>. Acesso em 01 de setembro de 2014 às 17:30 hrs.

²⁹ Tabela disponível na seguinte página da internet: <http://cbl.abuseat.org/country.html>. Acesso em 01 de setembro de 2014 às 17:40.

³⁰ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e os dados pessoais e de consumo deverão ser comunicados por escrito ao consumidor, quando não solicitados por ele.

O CBL – Composite Blocking List divulgou na data de 01 de setembro de 2014 uma seguinte tabela com a classificação de países que mais enviam spam no mundo, estando o Brasil em sétimo lugar, perdendo apenas para Índia, China, Rússia, Irã, Estados Unidos²⁹

3. Aspectos Jurídicos

O uso dos *cookies* tem sido questionado pelos operadores do direito devido ao monitoramento do perfil do usuário na rede, o que favorece a invasão da privacidade dos indivíduos, pois o titular do programa passa a ter acesso a dados sensíveis do usuário e na maioria das vezes, o usuário não tem conhecimento que seu perfil está sendo monitorado.

O artigo 43 § 2º³⁰ da Lei 8.078/90 estabelece que qualquer inclusão de dados do consumidor em bancos de dados por meio de cadastro, ficha ou registro, deve ser comunicada ao consumidor.

Trata-se de uma afronta a princípios constitucionais de proteção à intimidade e à vida privada, bem como ao princípio da boa-fé objetiva, do direito à informação, e caracteriza-se como uma prática abusiva, conforme disciplinado pelos seguintes dispositivos legais, respectivamente nos artigos 5º, X da Constituição Federal³¹, e 6º, III do Código de Defesa do Consumidor³².

A abusividade do *spam* se fundamenta não só nos delitos realizados por seu intermédio, mas na simples remessa da propaganda em si. Como instrumento de propaganda em massa causa enorme prejuízo

³¹ 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.

³² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

ao consumidor, que paga alto custo pela remessa indevida de e-mails.

O raciocínio segue no sentido que as empresas, quando optam pela propaganda através dos meios tradicionais, arcam com todas as despesas dela inerente, por meio de anúncio em meios de comunicação, distribuição de panfletos, elaboração de outdoors. Todavia, ao fazer uso da correspondência eletrônica, quem paga a conta é o usuário, que dispende parte de seu tempo e dinheiro com acesso à rede, selecionando as mensagens indevidas de sua caixa de correio para que não fiquem sobrecarregadas com as mensagens desnecessárias.

SILVA NETO sobre os prejuízos causados pelo *spam* afirma:

Economicamente, o *spammer* causa prejuízos de monta aos usuários da rede e aos provedores de acesso à internet. Socialmente, coloca em risco o bom funcionamento da *web* como um todo, podendo, potencialmente, até mesmo levá-la ao colapso. No pertinente à boa-fé, essa não lhe pode ser emprestada, pois que, com voluntariedade e acinte, ele se dispõe a invadir a privacidade de terceiros para perturbar sua tranquilidade. O *spammer* está cômico de que, além dos aborrecimentos decorrentes de sua ação no campo anímico, também há transferência dos custos de sua operação publicitária aos destinatários de suas mensagens. Interessam-lhe apenas os lucros daquele empreendimento que nada lhe custou. Quer os bônus, mas rejeita os ônus.³³

Todavia, os questionamentos jurídicos que envolvem o *spam*, não são somente a incomodidade. Outra questão muito comum é a dificuldade que o usuário tem de identificar o verdadeiro remetente da correspondência. Nos dizeres de SILVA NETO:

Se o salafrário digital resolver se valer da utilização de *remailers*

anônimos, virtualmente logrará um anonimato inexpugnável, o que tornará ainda maior o desafio de sua identificação, haja vista que a combinação desses fatores (conta falsa, anonimadores e *remailers* anônimos) propicia uma anonimia aparentemente inquebrantável e perfeita para o *spammer*.³⁴

Na esfera penal, sobre os aspectos contravencionais do *spam*, SILVA NETO afirma que:

Na escada dos ilícitos, o *spam* se encontra em todos os seus degraus. É contravenção, é crime, é ilícito civil, além de atentar contra direitos difusos e coletivos. Sua tipificação depende do volume dos *spams* enviados e de seu conteúdo. Um único *spam*, *lacto sensu*, enviado a uma única pessoa pode configurar molestação à tranquilidade, constrangimento ilegal, estelionato e muito mais. Já o *spam* em massa, em grande volume, configura-se como atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública, entre outras tipificações.³⁵

Verifica-se, portanto, que o *spam* traz prejuízos tanto na esfera civil quanto penal, e por esse motivo enseja na indenização por danos materiais e morais sofridos pelo usuário. SILVA NETO, com muita propriedade analisa com maior especificidade a questão da responsabilidade civil decorrente do envio de *spams* e afirma se dar de forma subjetiva, objetiva e solidária.³⁶

Sobre a regulamentação jurídica dos *spams* no Brasil, até o presente momento foram apresentados 10 (dez) Projetos de Lei na Câmara de Deputados:³⁷

1) Projeto Lei no. 4187/2008, de autoria do Deputado Edinho Bez, que dispõe sobre o envio de mensagens de correio eletrônico não solicitadas. O mesmo encontra-se em trâmite, estando pensado ao Projeto Lei 2186/2003.

2) Projeto Lei no. 3095/2008, de autoria do Deputado Ayrton Xerez, que disciplina as

³³ SILVA NETO, Amaro Moraes. Spam: abuso de direito ou ilícito civil? In: OSMAR, Kaminski. **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2008. p.189.

³⁴ SILVA NETO, op. cit., p. 89.

³⁵ Ibid., p. 101.

³⁶ Ibid., p. 177.

³⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/ccjc/projetos.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2008.

relações de contato comercial por intermédio de telefone, telemarketing e as comunicações publicitárias via informática, entre pessoas físicas e jurídicas e o cidadão. O mesmo encontra-se em trâmite, estando apensado ao Projeto Lei 2387/2003. Em 06/12/2012 o mesmo foi recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

3) Projeto Lei nº 1227/2007, de autoria do Deputado Eduardo Gomes, que estabelece critérios para o envio de *e-mails* não solicitados ("spam"); constituindo crime falsear ou fraudar informações acerca do remetente, da data e hora de expedição ou do roteamento de mensagem eletrônica. O projeto fora recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 4/6/2007. Em 08/06 de 2007 o projeto foi apensado ao Projeto Lei 2186/2003.

4) Projeto Lei nº 169/2007, de autoria da Deputada Raquel Teixeira. Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público e sobre as limitações ao envio de mensagem não solicitada - uso de "spam". Apensado ao Projeto Lei nº 4562/2004. Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário em Regime de Tramitação: Urgência art. 155 RICD. Em 01/03/2007 o mesmo foi apensado ao Projeto Lei 4562/2004. Em 25/03/2014 foi declarado prejudicado em face da aprovação da Subemenda Substitutiva Global apresentada ao Projeto Lei 2126/2011.

5) Projeto Lei nº 3731/2004, de autoria do Deputado Takayama. Limita e define o envio de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas "spam" por meio da internet. Em 31/1/2007 o projeto fora arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno e em 10/4/2007 fora desarquivado nos termos do artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-235/2007. DCD 11 04 07 PAG 15319 COL 01. O mesmo encontra-se em trâmite, estando apensado ao Projeto Lei 2186/2003.

6) Projeto Lei nº 3872/2004, de autoria do Deputado Eduardo Paes. Dispõe sobre o envio de mensagens comerciais por rede de computadores para uso do público e estabelece critérios para o envio de mensagem eletrônica não solicitada ("spam"). Apensado ao Projeto

Lei nº 2186/2003. Em 31/1/2007 o projeto fora arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento e em 10/4/2007 fora desarquivado nos termos do artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-235/2007. DCD 11 04 07 PAG 15319 COL 01. O mesmo encontra-se em trâmite, estando apensado ao Projeto Lei 2186/2003.

7) Projeto Lei nº 4562/2004, de autoria do Deputado Silas Brasileiro. Dispõe sobre a identificação de assinantes de serviços de correio eletrônico em redes de computadores destinadas ao uso público, inclusive a internet cria mecanismos para coibir o "spam". Em 25/03/2014 foi declarado prejudicado em face da aprovação da Subemenda Substitutiva Global apresentada ao Projeto de Lei no. 2126/2011.

8) Projeto Lei nº 2186/2003, de autoria do Deputado Ronaldo Vasconcellos. Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público e regulamenta o uso de "spam". Apensado aos Projetos 2423/2003, 3731/2004, 3872:2004 e 1227/2007. Em 19/12/2007 encontrava-se em trâmite perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sendo designado como relator o Deputado Leonardo Picciani. Em 27/02/2014 foi emitido parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e no mérito pela aprovação desde, do substitutivo da Comissão de Ciência e Tecnologia e Informática, do Projeto Lei 2423/2003, do Projeto Lei 3731/2004, do Projeto Lei 1227/2007 e do Projeto Lei 4187/2008 apensados, e pela constitucionalidade, injuridicidade, técnica legislativa e no mérito pela rejeição do Projeto Lei 5485/2013.

9) Projeto Lei nº 2423/2003, de autoria do Deputado Chico da Princesa. Dispõe sobre procedimentos de invasão de computadores e envio de mensagem eletrônica não solicitada ("spam"), por meio da internet. Em 31/1/2007 o projeto fora arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno. DCD de 01 02 07 PÁG 203 COL 01. Suplemento A ao Nº 21 e em 10/4/2007 fora desarquivado nos termos do artigo 105 do RICD, em conformidade com o

despacho exarado no REQ-235/2007. DCD 11 04 07 PAG 15319 COL 01. Atualmente encontra-se tramitando, estando apenso ao Projeto Lei 2186/2003.

10) Projeto Lei nº. 6210/2002, de autoria do Deputado Ivan Paixão Limita o envio de mensagem eletrônica não solicitada ("spam") por meio da internet. Atualmente encontra-se arquivado desde 17/02/2004.

Os projetos *anti-spam* que tramitaram no Senado Federal são os seguintes:

1) Projeto Lei nº 21/2004, de autoria do Senador Duciomar Costa, que disciplina sobre o envio de mensagens eletrônicas comerciais. O projeto chegou a tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e não obstante o avanço na tramitação foi arquivado em 11/01/2011.

2) Projeto Lei 36/2004, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, que dispõe sobre mensagens não solicitadas no âmbito da rede mundial de computadores, o qual foi arquivado em 11/01/2011.

3) Projeto Lei nº 367/2003, de autoria do Senador Hélio Costa, que coíbe a utilização de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas por meio de rede eletrônica. O projeto foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em março do presente ano (2008) e o último andamento que se tem conhecimento data de 2 de outubro de 2008, quando o projeto foi Devolvido da Comissão de Educação pelo relator, Senador Eduardo Azeredo, com parecer concluindo pela aprovação do projeto, na forma do substitutivo oferecido, e pela prejudicialidade do PLS 367/03 e do PLS 36/04. Não obstante o avanço de tramitação o mesmo foi arquivado em 11/01/2011.

O Projeto Lei nº 2186/2003, de autoria do Deputado Ronaldo Vasconcellos é o que se encontra em fase de tramitação mais avançada. Estão nele apensado os Projetos 2423/2003, 3731/2004, 3872/2004 e 1227/2007.

O Projeto Lei 2186/2003 define *spam* como "qualquer mensagem eletrônica recebida

por rede de computadores destinada ao uso do público, inclusive a internet, sem consentimento prévio do destinatário"³⁸. Estabelece em seu art. 4º que o envio de *spams* é crime punível com detenção de seis meses a dois anos e multa de até R\$ 200,00 (duzentos reais) por mensagem enviada, acrescida de 1/3 na reincidência. Como justificativa para o projeto o Deputado Sr. Ronaldo Vasconcellos traz dados apresentados pela revista Info Exame, de que mais da metade de todas as mensagens que trafegam na internet são "*spams*".

O Projeto Lei 2423/2003 proíbe a invasão de computadores e envio de *spams* por meio da internet originados ou destinados a equipamentos no País. O Projeto Lei define spam como "mensagem eletrônica recebida por meio de rede de computadores, sem o consentimento prévio do destinatário"³⁹. Estabelece em seu art. 5º multa de até oitocentos reais por mensagem enviada, acrescida de um terço na reincidência.

O Projeto Lei 3731/2004 define spam como "mensagens eletrônicas comerciais recebidas por meio da rede de alcance mundial de computadores "internet", sem consentimento prévio do destinatário, e que tenha por objetivo a divulgação de produtos, marcas, empresas ou endereços eletrônicos, cartas-corrente; esquemas de vendas piramidais (multi-level-marketing, ou MLM)/ cartas sobre como enriquecer rapidamente (esquemas MMF); ofertas de números telefônicos e anúncios de sites pornográficos; ofertas de programas de coleta de endereços de e-mail para envio de e-mail comercial não solicitado (ECE), remédios milagrosos e fitas/livros de auto-ajuda; programas comerciais piratas, os chamados "warez", e e-mails bomba "Mail-bomber". Verificamos que a definição apresentada pelo Projeto Lei 3731/2004 limita o conceito de *spam*. Estabelece em seu artigo 5º pena de multa de detenção de seis meses a dois anos e multa de até quinhentos reais, por mensagem enviada, acrescida de 1/3 na

³⁸ Art. 2º Para os efeitos desta lei, considera-se mensagem não solicitada ("spam") qualquer mensagem eletrônica recebida por rede de computadores destinada ao uso do público, inclusive a internet, sem consentimento prévio do destinatário.

³⁹ Art. 2º Considera-se mensagem eletrônica não solicitada ("spam"), para os efeitos desta lei, a mensagem eletrônica recebida por meio de rede de computadores, sem consentimento prévio do destinatário.

reincidência. Como justificativa o Deputado Sr. Takayama alega que o *spam* é um problema financeiro, pois quem acaba prejudicado com o “spam” é o próprio usuário da rede pois além de perder tempo acaba ainda perdendo dinheiro, pois, querendo ou não, quando se está conectado a internet está pagando pela conexão.

O Projeto Lei 3872/2004 define *spam* como “mensagem enviada por correio eletrônico ou outro procedimento se identificação válida e confirmável do remetente”. O art. 5º estabelece infrações o envio de mensagem eletrônica comercial não identificada, o envio de mensagem eletrônica não solicitada em desacordo com a lei, o envio de mensagem eletrônica a destinatário que tenha optado por não recebê-la, a omissão do provedor de acesso a redes de comutadores para uso do público de oferecer recurso para identificar, bloquear e optar por não receber mensagem. As multas pela infração alteram de duzentos reais à quinhentos reais. O art. 6º estabelece como crime sujeito à detenção de três meses à dois anos e multa de até quinhentos reais por mensagem, falsear ou fraudar informações acerca do remetente, da data e hora de expedição ou do roteamento de mensagem eletrônica.

O Projeto Lei 1227/2007 é muito semelhante ao teor do Projeto Lei 3872/2004.

Verificamos, portanto, que há iniciativa em regulamentar o uso abusivo de *spam* conceituando-o, limitando-o, penalizando-o, bem como determinando responsabilidades para provedor de acesso à rede de identificar a origem dos e-mails indesejados, bem como de criar possibilidades técnicas para que o usuário possa bloquear as mensagens indesejadas.

A penalização, que varia de multa à detenção, é um fator preponderante para dar coercibilidade à normativa legal.

Não obstante o avanço legislativo, entendemos que os projetos ainda encontram-se

embrionários. O assunto deve ser melhor debatido e desenvolvido para que seja apto a atender a necessidade dos cidadãos e, ao mesmo tempo, possibilitar o desenvolvimento da internet. Resta, contudo, cristalino que o advento de uma lei faz-se necessário para regular os abusos realizados pela internet.

4. Regras de Etiquetas para *Cookies* e *Spams*

Segundo LIMEIRA⁴⁰, a vantagem do *e-mail* marketing é a rapidez e a praticidade. A prática recomendada seria o *opt-in e-mail*, uma lista de *e-mails* criada com nomes de pessoas que deram permissão para o gerenciador da lista enviar *e-mails* para elas. Essas listas são oriundas geralmente de formulários de cadastro emitidos pelos diversos sites e preenchidos pelos usuários, e são baseadas em um tipo específico de informação de interesse dos usuários⁴¹.

A autora explica que, para realizar uma campanha de *e-mail* bem-sucedida, o profissional de marketing deve conseguir uma relação de assinantes corretamente segmentada para o envio de seus *e-mails*. Acrescenta que diversas empresas oferecem serviços de listas de *e-mail* e de gerenciamento da campanha de *e-mail* marketing, incluindo a seleção das listas por segmento de usuários, o envio dos *e-mails*, o acompanhamento das respostas, a remessa de respostas aos usuários, o controle e a avaliação do retorno da campanha.

Cita algumas empresas do gênero: Opt-in Source, Acabus, Yesmail Fulano, Datamidia, MailBR, emailDireito.

Finalmente, a autora acrescenta que existem várias políticas de privacidade com relação ao uso do *e-mail* para campanhas publicitárias, como o caso da aliança ReCA (Responsible Electronic Communication Alliance⁴²) firmada em setembro de 2001 pelas

⁴⁰ LIMEIRA, op. cit., p. 174-176.

⁴¹ *ibid.*, p. 173.

⁴² Email Marketing Companies Announce Coalition. 2000-09-14. Fifteen of the nation's top email service bureaus announced Thursday the creation of the Responsible Electronic Communication Alliance (RECA) to promote professional standards for online communication and marketing. The coalition also announced progress on the adoption of industry-wide

messaging and e-commerce benchmarks designed to respect consumer privacy and the needs of Internet Service Providers (ISPs). Founding members of RECA include: 24/7 Media, @Once, Acxiom Corporation, American, List Council, Bigfoot Interactive, ClickAction Inc., Digital Impact, DoubleClick, e-Dialog, EmailChannel, Inc., FloNetwork, Inc., Netcentives Inc., Phase2Media, Responsys, yesmail.com, "There is legitimate concern among Internet users about the email

principais empresas norte-americanas. Ela tem o objetivo de estabelecer padrões para que a comunicação *on-line* respeite a privacidade do consumidor. No Brasil, a Fundação Vazolini, ligada à Escola Politécnica da USP, também criou um conjunto de normas que preservam a privacidade na internet. A Associação Brasileira de Marketing Direto (ABEMD), que representa as empresas de marketing direto, divulga em seu site, www.abemd.org.br, os procedimentos a serem seguidos visando preservar a ética no setor.⁴³

De acordo com a política de relacionamento adotada pela ABEMD, a propaganda *spam* deve ser enviada ao consumidor mediante sua autorização, ou seja, mediante um cadastro em que ele permita o envio de tais mensagens. Toda a mensagem *spam* deve ter uma opção *opt-out*, para que o consumidor cancele seu recebimento.⁴⁴

Considerações Finais

A problemática jurídica trazida em razão do uso abusivo e inadequado dos *cookies* e *spams* ainda não está resolvida pelo nosso ordenamento jurídico uma vez que os projetos de lei que pretendem regulamentar a matéria ainda não foram votados pelo Congresso Nacional.

they're receiving," said RECA president Christopher Wolf, a noted Internet attorney with the law firm of Proskauer Rose LLP. "RECA is a conscientious attempt by our members to address that concern in a positive way. RECA will foster action -- the implementation of conduct standards that give Net users control over the email marketing and communication they receive." RECA's formation comes at a time of increased public attention to email marketing practices. In July, the FTC endorsed a set of core, "fair information practices principles": notice, choice, access, and security. RECA members fully subscribe to and endorse those principles. (Disponível em: <<http://emailuniverse.com/list-news/?id=186>>. Acesso em: 10 nov. 2008.)

Tradução: Empresas de e-mail marketing anunciam aliança. Quinze dos maiores escritórios de serviço de e-mail anunciaram na última quinta-feira a criação da Responsible Electronic Communication Alliance (Reca) para promover modelos profissionais para o marketing e a comunicação *online*. A aliança também anunciou progresso na adoção de envio de mensagem e comércio eletrônico, desenhados para respeitar a privacidade do consumidor e as necessidades dos provedores de serviço da internet. Os membros fundadores da Reca incluem 24/7 Media, @Once, Acxiom Corporation, American,

Há de se ressaltar que a internet é um meio autorregulado e com o transcorrer do tempo seus usuários têm entendido a necessidade de proteção da intimidade e da privacidade e, via de consequência, criado regras de etiqueta, as denominadas *netiquets*, que garantem maior proteção a esses direitos.

Os *cookies* e os *spams* não sempre podem ser vistos como ilegais, pois trazem benefícios aos usuários da rede; contudo sua utilização tem sido desenfreada e desregulada acarretando prejuízos de tempo, dinheiro e invasão de privacidade para o usuário.

Atualmente verificamos uma tendência de consciência por parte dos fornecedores que comercializam produtos e serviços na rede; buscando aliar seu nome e sua marca a um comportamento ético e respeitador dos direitos do usuário da internet.

Não obstante a mudança de entendimento, abusos com relação ao envio de *spams* e uso de *cookies* ainda são constantes e muitas vezes passam despercebidos pelo usuário, o qual não possui o conhecimento técnico para saber se está sendo monitorado ou não.

Outrossim, o anonimato da rede favorece a utilização de *cookies* e *spams* como ferramentas de envio de vírus e prática de crimes como furto de dados entre outros.

List Council, Bigfoot Interactive, ClickAction Inc., Digital Impact, DoubleClick, e-Dialog, EmailChannel, Inc., FloNetwork, Inc., Netcentives Inc., Phase2Media, Responsys, yesmail.com. "Há preocupação legítima entre os usuários da internet sobre os e-mails que eles estão recebendo", disse o presidente da Reca Christopher Wolf, um advogado reconhecido na área de internet. "Reca é uma tentativa consciente de nossos membros em lidar com essa preocupação de forma positiva". Reca vai promover ações para implementar padrões de conduta que dão aos usuários da internet controle sobre os e-mails de publicidade e comunicação que eles recebem". A formação da Reca se dá num tempo de aumento da atenção pública para as práticas de e-mail marketing. Em julho o FTC endossou princípios de prática de informação no que diz respeito a observações, escolhas, acesso e segurança. Os membros da Reca concordaram com os princípios e os endossaram.

⁴³ Íntegra no ANEXO S.

⁴⁴ Associação Brasileira de Marketing Direto: Boas maneiras nas ações de e-mail marketing. Disponível em: <http://www.abemd.org.br/AutoRegulamentacao/BoasManeiras.aspx>. Acesso em: 18 jul. 2008 .

Nesse sentido, entendemos que se faz necessária a aprovação dos projetos de lei que atualmente se encontram em trâmite no Congresso Nacional de tal forma a prever penalidades de caráter pecuniária e criminal em

razão da utilização de *cookies* e *spams* indevidamente, acarretando prejuízos ao consumidor ou até mesmo na prática de ilícitos penais.

REFERÊNCIAS

A Sociedade da Informação no Brasil. Grupo Telefônica no Brasil.

ADORNO, Sérgio. O Social e a Sociologia em uma Era de incertezas. In Plural – **Revista do programa de pós-graduação em sociologia da USP.** São Paulo, n.4, 1 semestre de 1997.

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 64

BARBOSA, Marco Antonio. Poder na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação.** São Paulo: Atlas, 2007. p.31-60.

BRETON, Philippe. **História da Informática.** São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1991.

CASTELLS, Manuel, **Galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade;** trad. Maria Luiza X. de A. Borges – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2003 p. 13/33

_____, **A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura.** V.1, 8. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação.** 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

GAY, Peter. **A experiência burguesa da Rainha Vitória a Freud: a educação dos sentidos.** São Paulo: Companhia das Letras. 1988.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos** - São Paulo, Ed. Atlas, 2007

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1997.

LUCCI, Elian Alabi; BRANCO, Anselmo Lazaro; MENDONÇA, Claudio. **Território e sociedade no mundo globalizado.** 1. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2005

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet** – São Paulo, Ed. Atlas, 2000

MASUDA, Yoneji: **A sociedade da informação como sociedade pós-industrial.** Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73-93.

ZUFFO, João Antonio, **A Sociedade e a economia no novo milênio** – Barueri, SP Ed: Manole 2003

Endereço eletrônico:

<<http://www.aisa.com.br/historia.Html#intro>>, acesso em 07 de julho de 2008, às 10:30 hrs.

Endereço eletrônico: <<http://www.camara-e.net/interna.asp?tipo=1&valor=4114>>, acesso em 05 de maio de 2008, às 21:35 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.pontodosconcursos.com.br/professor.asp?menu=professores&busca=,&prof=76&art=2406&idpag=3>>. Acesso em 05.11.2008 às 23:55 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.bpiropo.com.br/rco990830.htm>>, acesso em 15 de março de 2008 às 20:54.

Endereço eletrônico:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Monty_Python>, acesso em 05 de julho de 2007.

Endereço eletrônico:

<<http://www.spam.com/>>, acesso em 10 de agosto de 2007, às 23:00 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.youtube.com/watch?v=3kjdr16qjwY>>, acesso em 15 de setembro de 2007, às 18:25 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.templetons.com/brad/spamterm.html>>, acesso em 17 de agosto de 2007, às 19:00 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.templetons.com/brad/spamterm.html>>, acesso em 17 de agosto de 2007, às 15:45 hrs.

Endereço eletrônico:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/World_of_Warcraft> e <<http://pt.wikipedia.org/wiki/MMORPG>>, acesso em 21 de março de 2008 às 18:14 hrs

Endereço eletrônico:

<http://images.google.com.br/imgres?imgurl=http://www.campezzi.com/wpcontent/uploads/2006/10/spam_no_warcraft.jpg&imgrefurl=http://www.campezzi.com/2006/10/&h=768&w=1024&sz=142&hl=ptBR&start=8&um=1&tbnid=-323pwhVK31VM:&tbnh=113&tbnw=150&prev=/images%3Fq%3Dspam%26s_vnum%3D10%26um%3D1%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DN>, acesso em 16 de julho de 2008, às 9:30 hrs.

Endereço eletrônico: <http://adoromeusspams.blogspot.com/2007_06_01_archive.html>, acesso em 22 de março de 2008, às 18:00 hrs.

Endereço eletrônico: <<http://linhadefensiva.uol.com.br/dicionario/>>, acesso em 22 de março de 2008 às 19:00 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www2.camara.gov.br/comissoes/ccjc/projetos.html>>, acesso em 21 de março de 2008 às 21:19 hrs.

Endereço eletrônico:

<http://congressoemfoco.ig.com.br/UserFiles/Image/PLS_21_04_substitutivo.doc>, acesso em 22 de março de 2008 às 22:00 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.cert.br/docs/whitepapers/spampots/versao1.1/>>, acesso em 23 de março de 2008 às 22:34 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.trendmicroportugal.com/Parceiros/Newsletter/Revisãodeameaçasdoprimeirotrimestre/tabid/85/Default.aspx>> acesso em 22 de março de 2008 às 23:15 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.cetic.br/tic/2007/indicadores-cgibr-2007.pdf>>, acesso em 18 de julho de 2008, às 18:06 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://www.abemd.org.br/AutoRegulamentacao/BoasManeiras.aspx>>, acesso em 18 de julho de 2008, às 18:50 hrs.

Endereço eletrônico:

< <http://www.cgi.br/noticia/brasil-sai-da-lista-dos-10-paises-que-mais-enviam-spam-no-mundo/328>>, acesso em 01 de setembro de 2014 às 17:30 hrs.

Endereço eletrônico:

<<http://cbl.abuseat.org/country.html>>, acesso em 01 de setembro de 2014 às 17:40.

Endereço eletrônico:

<<http://www.trendmicro.com/cloud-content/us/pdfs/security-intelligence/reports/rpt-turning-the-tables-on-cyber-attacks.pdf>>, acesso em 22 de setembro de 2014.

RESUMO

“*O homem é o que come*” l'homme est ce qu'il mange, seguindo este mesmo pensamento considera-se que o homem também é o que bebe, se cerca de 70 a 75% do corpo humano é composto por água, este recurso hidromineral está diretamente ligado à saúde humana, que é garantida pela Constituição Federal pela exposição do direito à saúde, assim o Estado deve garantir aos seus a saúde pública de qualidade e além dessa concepção deve garantir a preservação da vida e de sua qualidade. Assim a medida que a água se torna elemento essencial à manutenção da vida humana, esse recurso deve ser protegido e garantido à toda população, por meio da conscientização de sua boa utilização e além disso por uma Política Nacional para utilização dos recursos hídricos nacionais, de modo que eles não se extingam e sirvam as gerações atuais e vindouras.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Recursos Hídricos. Escassez. Saúde Pública. Água.

ABSTRACT

"Man is what he eats " l' homme est ce qu'il mange , following this same thought is considered that the man is also the drinking , is about 70-75 % of the human body is water , this hidromineral feature is directly linked to human health, which is guaranteed by the Federal Constitution by exposure of the right to health, so the state must guarantee its public health and quality beyond that design must ensure the preservation of life and its quality. So as the water becomes essential to the maintenance of human life , this feature must be protected and guaranteed to all people , through awareness of proper use and also for a National Policy for use of national water resources, so that they are not extinguished and serve the current and future generations.

Keywords: Right to Health. Water Resources. Scarcity. Public Health. Water.

*Advogada, Doutora em Direito do Estado(2012), sob orientação do professor Nelson Nazar, PUC-Pontifícia Universidade Católica, mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005) e graduada em Direito pela FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas (2002). Autora da obra, " Efeitos da Reprodução Humana Assistida no Direito" . Atualmente é professora na FMU-Faculdades Metropolitanas Unidas, Professora na Pós Graduação em Direito, FMU, professora Mestre da Universidade de Santo Amaro, atua como membro da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB-SP (desde 2009), e também da Comissão em Estudos do Direito da Moda, OAB-SP, Relatora do 20.Tribunal de Ética da OAB-SP.

** Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas-FMU, Advogada, Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, pós-graduada em Direito Empresarial Contemporâneo pelo Centro universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, Bacharel em direito pela Universidade São Francisco, possui curso de extensão em advocacia trabalhista com enfoque em cálculos trabalhistas pela Escola Superior de Advocacia e curso de extensão em Advocacia Tributária pela Escola Paulista de Direito. Atualmente trabalha com Direito Empresarial, Assessora de Eventos Acadêmicos da Comissão do Jovem Advogado da OAB-SP.

Introdução

O entendimento do vocábulo “saúde”, para o ser humano, tem passado por modificações variadas. Em sua acepção a etimologia em latim da palavra significa: “salus”¹. No dicionário de português, saúde significa “estado de quem é são, estar normal, estado habitual de equilíbrio do organismo”².

De maneira geral apontaria para a ideia de salvação, conservação da vida, e até nos primórdios iniciais ausência de doenças, a utilização do Direito Canônico para os regramentos da alimentação se pautavam na determinação do que era saudável à alimentação humana, ao se analisar esses regramentos a hipótese do que era permitido para a alimentação tem-se a noção exata da “permissão-prevenção”, e assim a subsistência humana, ao ponto de se evitar doenças alimentares e provenientes da alimentação.

A água, por sua vez, sempre foi considerada o alimento essencial à vida humana e a sua sobrevivência, trazendo consigo, de forma intrínseca a sua importância para a manutenção da vida humana, dessa forma o consumo de água é primordial para a sobrevivência dos seres humanos, uma vez que, o corpo humano possui em sua composição uma média de 70 a 75% de água.

Algumas condições são determinantes para a existência do indivíduo e seu contínuo adiantamento. O arquétipo dos indivíduos encontrado é crescimento, reprodução, adaptação, transformação de elementos, adaptação ao meio orgânico.

O ser humano é organizado, sistematizado, convive socialmente e necessita dessa estruturação para que haja uma interação entre todos os componentes nos quais convive.

Todavia o ser humano traz em si, características únicas, que correspondem às suas necessidades singulares, para manutenção

de sua vida. Assim sendo a saúde é um estado que se busca para a conservação da vida, com toda potência, para satisfazer não só as necessidades biológicas do indivíduo, mas também efetivar sua dignidade humana.

1. Noções Gerais, Conceito de Saúde e Histórico

A expressão do termo “saúde” gerou pensamentos distintos sobre o assunto, posto que de um lado relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens, e por outra como ausência de doenças.

No decorrer da história muitos pensantes já desenvolveram a conceituação de saúde e enfrentaram a temática. A autora Sueli Gandolfi Dallari³ relembra que Hipócrates mencionou a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirmou que o médico não erraria ao tratar as doenças de determinada localidade quando tivesse compreendido adequadamente tais influências.

Outra corrente de pensamento foi desenvolvida por Descartes que ao visualizar o corpo humano frente à máquina, acreditou na possibilidade da descoberta da “causa da conservação da saúde”⁴.

Pela tela da Revolução Industrial foi possível debater e conceituar a saúde, de um lado apontava-se para a compreensão dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, moradia e alimentação. E de outro, como a descoberta de germes causadores das doenças, desenvolvimento de remédios específicos⁵.

Entretanto foi em meados do século XX, com a criação da Organização Mundial de Saúde- OMS (1946), que aquela foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política, condição social ou econômica.

¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2ª edição revista, atualizada e aumentada. 4º volume (Q – Z). São Paulo: Saraiva, 2005.

² Disponível em: <<http://www.dicionariowe.com.br/sa%C3%BAde.html>> Acesso em 09 mar 2012.

³ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito a Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p.17.

⁴ DESCARTES, R. Oeuvres de. 12 vols. Paris: Vrin/Centre Nationaldu Livre: Ed. de Ch. Adam & P. Tannery., 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ss/v1n3/a03v1n3.pdf>> Acesso em: 04 abr 2012.

⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito a Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995, p.18.

Só restou a sociedade sobrevivente e pós Grande Guerra, formar um novo pacto, fomentando então a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive resultando na criação de órgãos que garantissem esses direitos.

Logo após, a saúde passa a ser objeto de proteção da Organização Mundial da Saúde-OMS, que no preâmbulo de sua constituição conceitua saúde.

Sob a ótica da Organização Mundial de Saúde, a saúde é bem reputada como “um estado de completo bem estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”⁶.

Com esses ditames a noção de saúde estendeu-se ao pleno bem estar físico, mental e social. E como salienta o autor Julio Cesar de Sá da Rocha, apontando Capra: “... o completo bem estar do ser humano é um processo, ou seja, a saúde é uma busca contínua pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e os vários componentes”⁷.

O direito a saúde reconhecida e proclamada em outras legislações é também um direito ao cuidado, reporta-se a teoria da responsabilidade, quando oportuno revela a necessidade de reparação, e especialmente o direito de viver plenamente.

Esse direito está introduzido no elenco dos direitos constitucionais, por causa do clamor das revoluções, cabe ao Estado proteger a saúde pública, especialmente promovê-la.

No Brasil foi a meados de 1919 que o Estado interferiu na área do Seguro Social, com o seguro de acidentes do trabalho, criando as Caixas de Aposentadoria e Pensões - CAP. O Decreto-lei n. 4682/23 cria a primeira CAP, dos ferroviários, e tal modelo é replicado. Estas CAPs surgem na finalidade assistencial: benefícios em dinheiro e prestação de serviços.

O Estado em tese financia então essa seguridade social surgindo dupla função da saúde tão somente curativa e também o caráter preventivo da saúde. Também ocorrem as

campanhas sanitárias, para o combate a febre amarela, varíola.

Como resultado, surge a divisão de responsabilidades, ao Estado, medidas coletivas de saúde, como controle de epidemias, que se apresentam como obstáculos para o crescimento das atividades econômicas agroexportadoras. E a assistência médica individual sob responsabilidade do seguro social em sua quase totalidade é financiada por recursos provenientes dessas contribuições⁸.

A década de 30 assiste à formação dos IAPs - Institutos de Aposentadoria e Pensões - que institucionalizam o seguro social. Os Institutos transformados em autarquias passam a ser geridos pelo Estado.

Até meados de 1966, tanto as IAPs como as CAPs subsistem quando então ocorre a unificação de todo o sistema previdenciário no Instituto Nacional de Previdência Social-INPS.

Ao mesmo tempo as principais alternativas adotadas pela saúde pública foram: ênfase nas campanhas sanitárias, reorganização do Departamento Nacional de Saúde, a estrutura de atendimento hospitalar de natureza privada, com fins lucrativos já estava montada a partir dos anos 50.

Ainda neste contexto, a autora Maria Inês Sousa Bravo enfatiza⁹: “A política social no período de 1974 a 1979 teve por objetivo obter maior efetividade no enfrentamento da questão social a fim de canalizar as reivindicações e pressões populares”.

É na lei n. 6229/75 que o Sistema Nacional de Saúde reafirma as especialidades preferenciais a cargo da Previdência Social e também do Ministério da Saúde e destacam a assistência médica individual.

Logo após surge a atuação do direito contratual consolidando a assistência médica, e nota-se então uma diferenciação berrante entre o acesso e disponibilidade de serviços médicos nos setores rurais e urbanos.

Ocorre uma superação na divisão de trabalho entre os setores privado e público, quando este setor último assume também a

⁶ Disponível em: <<http://www.who.int/en/>> Acesso em: 09 mar 2012.

⁷ ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 43.

⁸ COHN, Amélia Cohn (et al). *Saúde como direito e serviço*. São Paulo: Cortez, 2006, p.15.

⁹ Idem, p.95.

assistência médica individual curativa, e essa crescente incorporação questiona e desafia os modelos de atenção médica até então prevaletentes.

Associa-se aos fatos acima, a fase que em torno de 1983 iniciam-se as Ações Integradas de Saúde- AIS, com o aumento significativo dos recursos previdenciários, e com a diferenciação dentro do setor privado, o oferecimento dos serviços através do INPS, posterior INAMPS, se consolida a ideia do direito à saúde, como possibilidade de acesso a uma precária assistência médica de eficiência duvidosa¹⁰.

Igualmente, o fato notório relacionado à discussão da questão saúde no Brasil ocorreu na realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde realizada em março de 1986, em Brasília, Distrito Federal¹¹.

O temário central tratou: I- Saúde como direito inerente à personalidade e à cidadania; II- Reformulação do Sistema Nacional de Saúde, III- Financiamento Setorial.

No desenrolar desse contexto histórico ratificou-se a aplicação dos princípios da descentralização, universalização e na equidade do direito à saúde, especialmente com a promulgação do texto constitucional em outubro de 1988.

Ainda vale ressaltar que o Poder Constituinte, no tocante à saúde, transformou-se no palco político apresentando interesses organizados em duas vertentes: os grupos empresariais e as forças da Reforma Sanitária. Assim o texto constitucional atende em grande parte às reivindicações do movimento sanitário, mas prejudica alguns interesses empresariais do setor hospitalar¹².

O desenvolvimento do saber e do conhecimento nesse sentido requer a todo

instante, quebras, novas construções, elaborações de novos paradigmas, e a construção desse conhecimento implica especificar o cotidiano de cada movimento social, das práticas institucionais, dos agentes de saúde, da coletividade, do indivíduo.

Antes da conceituação da saúde vale mencionar que este bem é protegido e abarcado pelos direitos sociais. O primeiro documento histórico que deu realce aos direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848.

Aquele instrumento normativo, no artigo 13 vem apontar para a criação do chamado “Estado do bem-estar social, no século XX”. Inclusive protegendo o indivíduo até mesmo necessitado¹³.

Art. 13 - La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports, entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir¹⁴.

Na ordem jurídica brasileira a Constituição brasileira de 1824, não refletia expressamente os direitos sociais, mas trouxe em seu bojo no art. 179, XXI, XXII e XXIII, a garantia aos “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita.

¹⁰Ob.cit. p.21

¹¹Ministério da Saúde. In: 8ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf> Acesso em: 09 mar 2012.

¹² Ob.cit. p.98

¹³ Constituição Francesa de 1848. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>> Acesso em: 17 jul 2012.

¹⁴ Tradução: A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e a indústria. A empresa promove e incentiva o desenvolvimento do trabalho de educação primária gratuita, a educação profissional, relações igualitárias entre patrão e trabalhador, fundos de pensão e de crédito, instituições agrícolas, associações voluntárias, e a criação por parte do Estado, condados e municípios, obras públicas para empregar próprias mãos ociosas, ela presta assistência a crianças abandonadas, dos enfermos e idosos sem recursos, e suas famílias não podem resgatar.

Vale observar:

Art. 179: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXI - As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.

XXII - E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenisação.

XXIII - Também fica garantida a Dívida Pública.

É sabido que os direitos sociais envolvem uma ampla gama de direitos, como por exemplo, de proteção do trabalho, o direito de saúde e o direito de educação.

Os autores Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior destacam que os direitos sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas, que permitam ao indivíduo partilhar dos benefícios da vida em sociedade. Ainda ressaltam que estes direitos são um subsistema dos direitos fundamentais, que reconhecendo um segmento social, busca por meio da atribuição de direitos prestados, pela normatização e regulação, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade¹⁵.

2. A Garantia Constitucional do Direito à Saúde

A saúde está disciplinada no tópico da Ordem Social, no título VIII, e a realização

daquela está vinculada às políticas sociais e econômicas e ao acesso de certos serviços determinados.

Então o conceito de saúde está ligado diretamente à sistemática jurídica. A saúde implica também uma política pública que vise seu cuidado, sua defesa e proteção¹⁶.

A Constituição Federal ainda menciona a saúde como uma política social, no art.6º e também destaca no artigo 196. É uma política de relevância pública devendo ser financiada por toda a sociedade¹⁷.

É um direito universal, de todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil, e como direito fundamental tem aplicação imediata¹⁸.

A previsão é que o acesso à saúde seja¹⁹:

Universal, igualitário e integral às ações e serviços de saúde, com regionalização e hierarquização, descentralização e direção única em cada esfera de governo, com participação da comunidade e com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Em paralelo o autor Fabio Zambitte Ibrahim, preleciona²⁰:

A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos. É garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, com o acesso universal e igualitário às ações aos serviços necessários para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi (et al). *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p.63.

¹⁶ *Constituição Federal*, Art. 23,II e 24,XII

¹⁷ *Constituição Federal*, art.195,197, 198

¹⁸ *Constituição Federal*, art.5º, par.1º

¹⁹ Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública. Vol. II*. Brasília: Ed. MS, 2003, p.40.

²⁰ IBRAHIM, Fabio Zambiete. *Curso de Direito Previdenciário*. 15ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Niterói – RJ: Impetus, 2010, p. 09.

O ministro Celso de Mello, ao confrontar a temática, destaca a importância também do direito à saúde, para o Estado Federativo²¹:

Ementa – Paciente com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio – pessoas destituídas de recursos financeiros – direito a vida e a saúde – necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes – dever constitucional do estado (CF Art. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes do STF – Abuso de direito de recorrer – imposição de multa – Recurso de Agravo Improvido. (STF – RE 393175/RS, Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006)²² –(grifo nosso).

Nesse esteio o autor Julio Cesar de Sá da Rocha, conceitua a saúde²³:

Como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria de nossa população. Consequentemente, a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Por fim, a Constituição Federal no art. 200 dispõe sobre a atuação do SUS - Sistema Único de Saúde, nas mais variadas atividades:

Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de

medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Para o presente trabalho a fiscalização e inspeção dos alimentos e o controle de seu teor nutricional é a base jurídica para o desenvolvimento da tese, buscando então a concretização da saúde, frente a problemática da escassa disponibilidade de água potável à sociedade brasileira na atualidade.

3. A Ausência de Chuvas e a Escassez de Água pelo País

Os habitantes do estado de São Paulo convivem nos últimos 12 meses com a escassez de recursos hídricos, sendo considerada a pior crise aquática dos últimos 80 anos, embora o nível pluvial de algumas represas tenha aumentado no mês de março de 2015, o alerta ainda permanece para os habitantes do Estado.

O mesmo ocorre para alguns Estados do País que também permanecem com Escassez de recursos hídricos como Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, dentre outros.

²¹ Re 393175 AgR/RS- Rio Grande do Sul, Relator Min. Celso de Mello. *Julgamento*: 12/12/2006. Publicação DJ02-02-2007 PP-00140. Ement. Vol.02262-08 PP-01524

²² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> Acesso em: 09 mar 2012

²³ ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da saúde*: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999, p. 44.

Tal crise hídrica é o resultado concreto da má utilização da água pela população do País, para os brasileiros o mito de que o País detém a maior quantidade hídrica e os maiores recursos hidrominerais do mundo, gerou a cultura de que se pode dispor desses recursos de forma indiscriminada.

Porém, por mais que os recursos hídricos do país sejam, de certa forma, relevantes, o que a população esquece é que esses recursos são finitos e que a garantia constitucional do Direito à saúde e ao bem estar social, depende da disponibilidade dos recursos hídricos à população, assim essa disponibilidade sempre estará interligada a forma como os indivíduos utilizam os recursos hídricos em seu dia a dia.

A utilização indiscriminada da água não é a única problemática encontrada para a escassez aquática, a concentração urbana, a extinção das florestas tropicais e da mata atlântica e a poluição dos aquíferos e dos mananciais, são aspectos que resultam na ausência de recursos hídricos aptos para o consumo.

A ocupação de áreas de mananciais tornou-se o aspecto mais relevante e perigoso para a manutenção do tema, a água que é gerada pelo manancial é a mesma que irá abastecer as grandes fontes de energia e de consumo, se estes locais forem habitados sem que haja um controle rígido ou até mesmo uma restrição a esta possibilidade, o manancial pode vir a ser contaminado, e, com isso, há a afetação de toda a cadeia de distribuição aquática desse manancial, tornando a água dali derivada imprópria para o consumo e para a geração de energia elétrica.

4. O Desperdício dos Recursos Hídricos: Consumo e Energia Elétrica

O desperdício dos recursos hídricos não abrange apenas a má utilização da água, como exposto no item anterior, mas tem na poluição uma grande aliada, visto que em mananciais poluídos a utilização dos recursos se torna impossibilitado, influenciando também a geração de energia elétrica.

Neste raciocínio a poluição é a maior forma de desperdício dos recursos hídricos do país, haja vista que ao poluir os indivíduos extinguem as possibilidades de consumo e de

geração de energia, com isso fere a garantia fundamental da saúde populacional e o princípio da dignidade humana.

Afinal, como o Estado poderá garantir os recursos básicos de vida digna, se os próprios indivíduos sujeitos dessa garantia não preservam os recursos disponíveis pela natureza? Para o conceito grego de Cidadão o indivíduo deveria zelar da *Polis* e de seus recursos para ter por resposta a contribuição do Estado no cumprimento de seus deveres de amparo à sociedade.

Porém, para os indivíduos, atualmente, o imediatismo unilateral é conceito comum, visto que sua identificação como seres estatais já não é reconhecida, possuindo o indivíduo em sua percepção natural, o pensamento de que o estado politizado é responsável pelos seus males, não identificando a causalidade, mas apenas o resultado de suas próprias ações, resultado este que se resume atualmente na culpa estatal pelos males sociais.

Este conceito, todavia, não deve prevalecer, haja vista que a noção capitalista dos recursos hídricos, tornou os indivíduos consumidores, fazendo com que a noção solidária desses recursos fosse perdida, uma vez que a partir do momento em que se utiliza o recurso e em contrapartida se paga por seu uso, os indivíduos terão a tendência a relacionar os recursos hídricos com a relação consumerista de maneira sobreposta à garantia que é de todos, o bem comum.

Nesta perspectiva, mesmo que os recursos sejam finitos o “consumidor” possui a tendência a identificar tais recursos como bens à disposição e que em momento algum se findarão, momento em que surge a crise, haja vista que o bem finito que é utilizado de forma indiscriminada chegará ao seu esgotamento.

A grande problemática da escassez dos recursos hídricos não se encontra na ausência de água para o consumo ou para a transformação em energia elétrica, dentre suas tantas outras utilizações, mas no Estado e no cumprimento de sua função em garantir a todos o bem estar social frente à atual circunstância social.

5. A Garantia Social de Bem Estar Social perante a Crise Hídrica

Diante da formação cultural da sociedade brasileira, a concepção de Estado provedor de recursos foi abrangida pela percepção dos indivíduos a ela pertencente, assim o Estado chamou para si, por meio da Constituição Federal de 1988, a obrigação de fornecer aos membros da sociedade brasileira os recursos básicos para a vida em sociedade, por meio do art. 1º, III, da Constituição Federal:

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Porém o que a maioria dos indivíduos não concebem é que este fundamento constitucional, no que se refere à questão hídrica, está interligado à atitude individual, e que as ações por eles praticadas refletem diretamente nesta garantia, haja vista que a atitude individual quanto ao consumo, será refletida no fornecimento dos recursos hídricos básicos.

Os indivíduos, pela cultura consumerista atual, projetam na figura estatal, o provedor, com isso o indivíduo toma para si a projeção apenas do provido diante da responsabilidade estatal de prover, ao invés de ter em si a projeção de que nesta situação também é provedor, com a utilização hídrica sendo realizada de maneira correta, para Roberto Senise Lisboa²⁴:

Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento. Os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E, quarto, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar situações na possibilidade de melhora.

Em seguimento a esse pensamento, o indivíduo tende a permanecer na condição que lhe foi imposta pelo próprio Estado para as demais situações, também para os recursos hídricos, pautando-se na ideia de que o Estado é provedor dos recursos independentemente da ação individual.

O sujeito do direito à saúde transfere para o poder estatal toda a responsabilidade de sua garantia e de manutenção dos recursos hídricos necessários à subsistência humana, nesse sentido ensina Roberto Senise Lisboa²⁵:

A economicidade dessa prática é evidente, vez que quanto mais rentes à realidade, menor é a rejeição às normas positivadas. Instituições e institutos jurídicos que perduram no tempo são aqueles que aderem às práticas, usos e costumes da sociedade.

Já os comportamentos individuais resultam de convenções aceitas pelas pessoas, são frutos de acordos ou técnicas de persuasão que também dependem da comunhão de valores – o que evidencia a dificuldade de acordos, porque valores ou julgamentos normativos diferentes não são,

²⁴ LISBOA, Roberto Senise; MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *Análise econômica do direito: reflexos do Teorema de Pareto nas relações de consumo*. PAESANI, Liliana Minardi (coord). *O Direito na*

Sociedade da Informação III: A evolução do Direito Digital. 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 136.

²⁵ Idem, 26, P.137.

necessariamente, reconciliáveis, diferentemente de métodos científicos.

Assim, as medidas impostas pelo governo para garantir a boa utilização dos recursos hídricos, por meio de restrições e contrapartidas pecuniárias para o mal uso, refletem exatamente o pensamento acima exposto, visto que ao impor uma conduta emergencial, para cuidados quanto à boa utilização dos recursos hídricos, o Estado demonstra ao indivíduo que a convenção aceita até o momento de que o Estado é o provedor e responsável pelo fornecimento de recursos hídricos e Elétricos e que o indivíduo é apenas o provido que possui o direito indelegável e único da dignidade da pessoa humana, independentemente de suas atitudes individuais quanto aos recursos disponíveis.

A Lei 9.433/97²⁶ traz em seu texto a Política nacional para utilização dos recursos hídricos, instituindo a disposição dos recursos e a concepção ideal para a sua utilização de maneira que preserve a sua utilização para os dias atuais e vindouros.

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Os fundamentos expostos no artigo supracitado trazem consigo a concepção de que a água é um recurso público e que por assim ser deve ser mantida por todos, retirando do Estado a responsabilidade única de sua manutenção. O texto normativo também traz a ideia de que a água é um recurso natural limitado, e dotado de valor econômico.

A ideia consumerista de valor econômico traz ao indivíduo em sua realidade de que por realizar em valor monetário a sua utilização do recurso hídrico, ele poderá utilizá-lo da maneira que melhor conceber. Porém tal concepção se torna errônea, haja vista que o mesmo inciso determina que a água é um recurso limitado e com isso poderá ter um fim.

Há doze meses enfrentando uma crise hídrica, que preocupa a maioria da população que de maneira forçada começou a identificar a possibilidade de finitude dos recursos hídricos, que anteriormente para o senso comum não era concebido, o Poder Público em sua atuação preventiva começou a vislumbrar a possibilidade de cumprimento do art. 2º da Lei 9.433/97²⁷:

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;

III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

O papel estatal quanto ao plano de manutenção de recursos hídricos é pautado na atuação Estatal para a manutenção saudável desses recursos e para a boa utilização dos recursos pela população, com garantia nacional a uma água considerada saudável para sua utilização segundo o direito constitucional à saúde.

Porém, o descumprimento do disposto nessa estipulação legal quanto à prevenção da

²⁶ Lei 9.433/97, art. 1.

²⁷ Idem.

escassez e quanto à disponibilidade dos recursos hídricos, não ocorreu pelo Corpo Estatal, ocasionando a má utilização dos recursos pelos indivíduos e gerando a escassez hídrica.

Somente após a crise é que o Poder Público implantou a medida de emergência, determinando contrapartida pecuniária para a má utilização dos recursos hídricos, para buscar solução quanto à sua escassez, como exemplo do projeto de Lei Municipal do estado de São Paulo nº 529/2014²⁸ que dispõe sobre a multa pecuniária para o desperdício dos recursos hídricos na cidade de São Paulo:

Art. 1º - Fica autorizada a Prefeitura do Município de São Paulo a multar em R\$ 1.000,00 (Hum mil reais), dobrando a cada reincidência, os munícipes que forem flagrados lavando calçadas e/ou veículos junto ao meio fio comprovadamente com água tratada da rede de abastecimento da cidade.

Art. 2º - A fiscalização destas infrações será dada pelos quadros de fiscais das respectivas Subprefeituras, emitindo no ato o Auto de Infração correspondente com cópia ao munícipe.

Art. 3º - No caso destes munícipes fiscalizados fazerem uso de água de poço e/ou água de reuso, a comprovação terá que ser mostrada/exibida ao fiscal no ato desta fiscalização, ou por documento que comprove a origem/construção do poço artesiano ou com a visualização, pelo fiscal, do referido recipiente da/para água de reuso.

Art. 4º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

As medidas tomadas e propostas pelo Poder Público, não demonstram em si a utilização consciente e solidária dos recursos hídricos, mas sim a utilização desses recursos sendo restringida de maneira coercitiva para a adequação segundo a necessidade imediata.

Os indivíduos deverão cumprir o plano de restrição para não serem penalizados, demonstrando, assim, que o pensamento quanto aos recursos hídricos não se alterou, tampouco a utilização destes está se realizando de forma consciente, pelo contrário, o estado continua demonstrando a sua soberania “Estado-Leviatã”, apenas para a utilização da adequação forçada, não cumprindo o que está disposto na Lei 9.433/97, quanto a Política Nacional de Recursos Hídricos.

Por fim, o que revela essa má utilização é o estado crítico ao qual o estado submeteu seus indivíduos, uma vez que a utilização do chamado “Volume-morto”, traz a população um risco extremo à saúde, ou seja, o Estado que deveria garantir o direito à saúde e com isso o planejamento para a boa utilização de recursos hídricos, é o mesmo que por falta de ação quanto à Política Nacional de Utilização de Recursos Hídricos, expõe os seus indivíduos ao risco à saúde, com a má utilização de tais recursos.

Conclusão

O Direito à saúde abrange de forma extensiva o que deve ser proposto pelo estado para a boa utilização dos recursos disponíveis à manutenção da vida e da saúde humana, o Estado por seu fundamento Constitucional deve garantir a todos a dignidade da pessoa humana e juntamente com esse princípio a boa utilização dos recursos hidrominerais para que possam ser utilizados no momento atual e no futuro com qualidade de vida e de saúde pela população.

Os recursos hidrominerais devem ser preservados para a manutenção da vida humana, estudos indicam que o corpo humano é composto por uma média de 70 a 75% de água, sendo esta indispensável à sobrevivência e boa vivência humana.

Para a lei 9.433/97 o Estado é responsável pela Política de Utilização dos recursos hídricos, essa política não abrange apenas o uso do recurso hídrico e a sua valoração, ela vai além e abrange a prevenção e a forma para a boa utilização desses recursos.

²⁸ PL. 529/2014, art. 1 e seguintes.

Assim, a água é bem social e por meio dela e de seus mananciais a sociedade alcança recursos que sem a sua existência não seria possível como por exemplo, o consumo, a produção industrial e agrícola, a produção de energias, todos esses bens são derivados da existência do recurso hidro mineral, sem ele toda a estrutura social seria alterada e poderia se pensar até mesmo em sua extinção.

Diante da crise hidromineral que a população brasileira está enfrentando nos últimos doze meses, a percepção da finitude do recurso hidromineral se tornou notória, obrigando o Estado à trazer à tona concepções preventivas que anteriormente a crise não seriam determinadas.

Por fim, ficam os grandes questionamentos: “as medidas estabelecidas pelo estado perdurarão? Ou serão realmente efetivas quanto à política nacional para utilização hídrica? O estado está sendo efetivo quanto à conscientização populacional para preservação dos recursos hídricos pelo princípio da dignidade humana?”, estes questionamentos somente poderão ser respondidos com a análise temporal futura, o que hoje se pode concluir é que de imediato as medidas utilizadas pelo Poder público são coercitivas, havendo, ainda, dúvidas quanto à educação populacional por meio da punição.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. (et al). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de Eleio Gomes Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ALEX, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2 ed. rev. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEX, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Palestra inaugural da comemoração dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRGS proferida no dia 09/12/1998 (material cedido para o crédito de Direito Constitucional, com a profa. Maria Garcia em Fevereiro de 2009, PUC/SP)

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. Alemã. Brasil: Malheiros, 2008.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro; BASTOS, Sabrina Cardoso Ribeiro; BASTOS, Fabiana Cardoso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Ed. 70. Lisboa, Portugal: Planete, 2005.

BÍBLIA SAGRADA. Genesis 2:15,19, 20.

BIDERMAN, C.; COZAC, L. F. L.; REGO, J. M. *Conversas com economistas brasileiros*. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.
- CARRAZZA, Roque A. *O Direito fundamental é vida e saúde: o ICMS – operações mercantis e o princípio da seletividade*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.
- CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: *Viente años de evolución de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- CASTRO, Marcus R. (et al). *Dimensões políticas e Sociais do direito sanitário brasileiro*. Brasília: UNB – Universidade de Brasília, 2003.
- COHN, Amélia Cohn (et al). *Saúde como direito e serviço*. São Paulo: Cortez, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O direito a saúde*. Entrevista. *Fármacos e Medicamentos*. São Paulo, ano 6, n.36, p. 8-10, set/out. 2005.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- _____. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.
- DESCARTES, R. Oeuvres de. 12 vols. Paris: Vrin/Centre National du Livre: Ed. de Ch. Adam & P. Tannery., 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ss/v1n3/a03v1n3.pdf>> Acesso em: 04 abr 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. 8ª ed. Adaptada ao Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Compendio de Introdução à ciência do Direito*. Introdução à teoria Geral do Direito, a Filosofia do Direito. A Sociologia jurídica e a Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Conflito de Normas*. 7.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOBB, Mauricio Herbert. *1900–1976. O Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtnr. *Direitos Fundamentais a Saúde: Parâmetros para sua eficácia*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.
- FILHO, Jorge Ribeiro de Toledo. *Introdução ao Mercado de Capitais Brasileiro*. Campinas: Lucre, 1997.
- GARCIA, Maria. *Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- GOMES Canotinho, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Almedina, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro I. Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBRAHIM, Fabio Zambiete. *Curso de Direito Previdenciário*. 15ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Niterói – RJ: Impetus, 2010.

LAZZARINI, Marilena; RIOS, Josué de Oliveira; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e exemplificado e legislação correlata*. São Paulo: ASV Editora, 1991.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LISBOA, Roberto Senise; MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. *Análise econômica do direito: reflexos do Teorema de Pareto nas relações de consumo*. PAESANI, Liliana Minardi (coord). *O Direito na Sociedade da Informação III: A evolução do Direito Digital*. 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MEDAUAR. Odete. *Direito Administrativo Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES. Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito sanitário e saúde pública*. Vol. II. Brasília: MS, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção a Saúde. *Guia Alimentar para a População Brasileira. Promovendo a Alimentação Saudável*. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Brasília – DF: Ministério da Saúde, 2005.

NUNES, Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVISAN, Flávia. *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Pochmann, Marcio. Política Social na periferia do capitalismo: a situação recente no Brasil. *Revista Ser Médico* n. 49. Ano XII. Out/Nov/dez/2009 – ABRASCO. (Associação Brasileira de Pós-Graduação em saúde coletiva).

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua Jurisprudência Anotada*, 6ª ed. rev.ampl. São Paulo: LTR, 2006.

_____. *O Tratamento jurídico do risco no direito a saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000). São Paulo: Malheiros, 2001

DOCUMENTOS REGISTRADOS EM FONTES ELETRÔNICAS

A saúde dos brasileiros piorou. Revista Época. Disponível em:

<<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI148770-15366-6,00-A+SAUDE+DOS+BRASILEIROS+PIOROU.html>> Acesso em: 18/06/2010.

A Segurança Alimentar e Nutricional e o Direito Humano a alimentação adequada no Brasil. Indicadores e Monitoramento da Constituição de 1988 aos dias atuais. Resumo Executivo. Consea. Brasília, 2010. Disponível em:

<<http://www4.planalto.gov.br/consea/internacional/documento/la-seguridad-alimentaria-y-nutricional-y-el-derecho-humano-a-la-alimentacionadecuada-en-brasil>> Acesso em: 25/10/2011.

ABESO. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/pagina/38/departamento-de-epidemiologia.shtml>> Acesso em: 16/12/2011.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Consulta Pública n 71, de 10 de novembro de 2006. Disponível em:

[http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/CP/CP\[16556-1-0\].PDF](http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/CP/CP[16556-1-0].PDF) Acesso em: 04/10/2011.

Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução – RDC n. 24, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.fnn.org.br/noticias.php?id=83> Acesso em: 09/03/2012.

Lei nº 9.433/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm Acesso em 18/04/2015.

Projeto de Lei nº 529/2014. Disponível em: <http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/projeto/PL0529-2014.pdf> Acesso em 19/04/2015.

RESUMO

No presente trabalho será analisado: os direitos fundamentais do trabalho, abordando-se a teoria geral dos direitos fundamentais, perpassando-se pela definição, terminologia, funções e categorização dos direitos fundamentais sociais e sua dimensão no mundo do trabalho considerando-se que a consolidação do fenômeno da globalização confronta os paradigmas clássicos do trabalho ao potencializar as questões econômicas e financeiras em detrimento do patrimônio social construído pelo Estado Social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

In this paper will analyses: workers' basic rights approaching the general theory of fundamental rights, going through the definition, terminology, functions and classification of fundamental social rights and its dimension in the labour world, considering that the consolidation of the globalization phenomenon challenges the classic paradigms of labour as it reinforces economic and financial issues at the expense of the social inheritance built by the welfare state

Keywords: Fundamental rights. Labour law.

* Mestrado em Direito FMU/SP, Especialização em Direito do Trabalho USP/SP. Especialização em Direito do Trabalho UCLM – Toledo – Espanha. Professora Universitária desde 1997 e Advogada.

Introdução

Desde o final do século XX até os dias atuais, a sociedade mundial se defronta com a consolidação de um processo de globalização que sem sombra de dúvidas possui fortes consequências políticas, sociais e econômicas e atinge diretamente o mercado de trabalho humano, especialmente considerando-se os avanços tecnológicos que levam a reestruturação das empresas em busca de maior competitividade o que confronta diretamente os paradigmas clássicos do trabalho subordinado, especialmente considerando-se a crise do Estado Social.

Pochmann¹ salienta que os efeitos da globalização geram debates divergentes entre os teóricos sociais, divergências essas que caminham entre o absoluto otimismo ao mais descrente pessimismo, indicando Castells, Massi Ianni como a facção otimista e de outro lado Alban, Sennett e Rifkin como integrantes da ala pessimista.

O fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos que permeiam a sociedade mundial atingem tanto os países desenvolvidos, como as novas economias mundiais e certamente devem ser analisados partir do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive na dimensão de dignidade do trabalhador.

Em fevereiro de 2002 o Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho instituiu a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização² a partir da constatação da necessidade de modificação da trajetória globalização, que agravou ainda mais as diferenças sociais eis que, uma grande maioria de homens e mulheres estava e está submetida a desequilíbrios profundos e persistentes, e sequer conseguem colocação profissional que proveja sustento próprio e de suas famílias.

Na concepção da globalização que potencializa de forma máxima as questões econômicas e financeiras, em detrimento do

patrimônio social construído em séculos de lutas e dos princípios de solidariedade internacional, a possibilidade de desregulamentação de direitos laborais ou a desconsideração fática dos direitos que se encontram positivados que constituem verdadeiro patrimônio jurídico e social dos trabalhadores como condição dos tempos de globalização, é matéria costumeiramente discutida, sendo que em muitas ocasiões observa-se a justificativa de necessidade de adequação do ordenamento trabalhista as perspectivas e necessidades de urgência do mercado mundial, onde o homem sujeito de direitos, muitas vezes, equivocadamente relegado à condição de mercadoria.

A globalização da economia que envolve a mudança de paradigmas no processo produtivo e nas relações de trabalho sob a ótica da integração e da internacionalização do capital financeiro, coloca a seguinte ordem do dia: existem países que “globalizam” e outros que são “globalizados”, estes últimos certamente são os que se defrontam com os piores reflexos dessa nova ordem social, pois, não adianta dizer não a globalização, ela se impõe, custe o que custar, não respeita pessoas, fronteiras, padrões éticos ou as soberanias nacionais, assim é de fundamental importância o estudo e pesquisa doutrinária para a sistematização de mecanismos jurídicos de proteção dos direitos laborais fundamentais.

Partindo-se do pressuposto que os direitos laborais são de natureza fundamental como corolário do supra princípio da dignidade da pessoa humana e necessitam da atividade legislativa infraconstitucional e responsabilidade social efetiva dos empresários e das entidades representativas dos trabalhadores para sua concretização, constituindo-se em verdadeiro patrimônio do trabalhador e de toda sociedade, não há de se admitir, sob pena de mácula ao princípio do não retrocesso social a adoção de medidas de caráter supressivas ou de alterações *in pejus*, bem como práticas empresariais que desconsiderem o acervo legislativo protetivo do

¹ POCHMANN, Marcio. **Emprego na Globalização**. São Paulo: Boitempo, p.11.

² Organização Internacional do Trabalho. **Relatório da Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da**

Globalização. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em 23 junho 2013.

vulnerável, que é objeto de conquistas seculares da classe trabalhadora.

No Brasil do século XXI os mais básicos direitos fundamentais dos trabalhadores ainda são aviltados, assim se faz necessária a análise desses direitos sob a ótica da dignidade da pessoa humana, do princípio do não retrocesso social e da função social da empresa, no cenário da competitividade empresarial terreno fértil a condutas de *dumping social*, objeto do presente trabalho.

1. Direitos Fundamentais: Terminologia. Definição. Funções. Direitos Fundamentais Sociais

Com relação à temática dos Direitos Fundamentais não há consenso com relação à definição, terminologia ou até mesmo em relação às funções dessa categoria de direitos, Canotilho³ ao distinguir direitos humanos e direitos fundamentais, sustenta que os direitos humanos, têm validade para todos os povos possuindo “dimensão intertemporal e universal”, já com relação aos direitos fundamentais, aponta que são os direitos institucionalmente garantidos em uma ordem jurídica concreta, logo, limitados pelo “espaço e pelo tempo”.

Bonavides⁴ acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais aponta o uso das expressões sob análise de forma promíscua na literatura jurídica, diferenciando- os no sentido que o emprego da locução “direitos do homem” ou direitos humanos” decorre da tradição histórica do direito anglo saxão e latino, respectivamente, e a expressão direitos fundamentais é utilizada pela maioria dos autores alemães.

A despeito da terminologia utilizada pela Constituição Federal Brasileira, que em vários dispositivos utiliza como expressões

sinônimas, direitos humanos, direitos e liberdades fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, entre outras⁵, sem maiores digressões, mas com a finalidade de se evitar ambiguidades, a despeito das posições doutrinárias sobre a terminologia, será adotada no presente trabalho a expressão Direitos Fundamentais, que para Delgado Godinho⁶ são as prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.

Para a busca de uma definição que contemple a excelência dessa categoria de direitos, é imprescindível que se considere a dignidade da pessoa humana como vetor fundamental de um Estado Democrático de Direito, organização estatal essa, concebida para Gonçalves Correia⁷ no contexto de uma sociedade livre, justa e solidária.

A passagem do Estado de Direito para o *welfare state* marca a transformação de um Estado de feição abstencionista norteado pelo princípio da liberdade individual, para um Estado interventor, pautado no princípio da igualdade material, que busca a realização do bem estar social sob a égide de uma lei justa e que assegure a participação mais ampla possível do povo no processo político decisório no contexto de uma *sociedade livre, justa e solidária*.

No Estado Social Democrático de Direito a definição de direitos fundamentais é imprescindível para que se evite a pequenez de restringir essa categoria de direitos exclusivamente às disposições literais incorporadas nos textos constitucionais, o que por certo, configuraria em patente injustiça social.

Assim os direitos fundamentais devem ser considerados, não somente sob a dimensão objetiva, mas também a partir de uma dimensão

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p.560.

⁵ Denominações utilizadas pela CF: *Direitos humanos* (art. 4º II, artigo 5º § 3º da CF e art. 7º ADCT) *Direitos e Liberdades fundamentais* (Artigo 5º XLI) *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana* (art.15 caput),

Direitos da pessoa humana (art. 17), *direitos sociais individuais* (preâmbulo).

⁶ GODINHO, Maurício Delgado. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. In SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; BOUJIKIAN, Kenarik; SEMER, Felipe (coord.). **Direitos Humanos - Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, p. 7.

⁷ CORREIA Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ltr, 2002.p.11.

subjetiva, como direitos de determinação do marco material da cidadania, a ponto de regularem as relações do cidadão com o Estado, bem como as relações entre particulares, como forma de manutenção de aspectos elementares de uma vida livre e digna, em uma sociedade justa e solidária.

Para Canotilho⁸, os direitos fundamentais são dotados das seguintes funções: função de defesa ou liberdade, função de prestação social, função de prestação perante terceiros e função de não discriminação. Na função de defesa ou liberdade, constata-se a proibição de ingerências do Estado na esfera jurídica dos particulares. Na função de prestação social, o Estado tem como finalidade principal a promoção do bem estar social, através da instituição e efetivação de políticas públicas. Na função perante terceiros, o Estado objetiva a proteção dos cidadãos em relação a práticas ofensivas aos direitos fundamentais praticados nas relações entre os particulares. Na função de não-discriminação, que para Canotilho⁹ abrange todos os direitos, como forma a garantir o tratamento isonômico aos indivíduos na sociedade.

Bonavides¹⁰ no estudo da segunda dimensão dos direitos fundamentais, que se solidificou sob a égide do Estado de Direito com o predomínio dos direitos sociais, culturais e econômicos, informa que esses direitos passaram inicialmente por um ciclo de baixa normatividade ou eficácia duvidosa na medida em que exigiam do Estado determinadas prestações materiais, pois, somente no pós Segunda Guerra Mundial ocorre à consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão em larga escala em constituições e pactos internacionais, obviamente obedecido o patamar de organização e desenvolvimento de cada país considerado em suas diferenças e especificidades.

A consagração dos Direitos Sociais certamente significa trazer para a civilização burguesa o princípio de solidariedade como um

dever jurídico e não apenas como um ideário a ser atingido, Canotilho e Moreira, sobre o tema:

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado aos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional de direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade¹¹.

A constitucionalização dos Direitos Sociais tem por finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana além do sentido dos direitos de liberdade, passando-se a conceber um conjunto de normas de caráter protetivo, sendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, certamente o grande paradigma de internacionalização dos direitos sociais.

Alexy¹² estudando as teorias que norteiam a definição das normas de direitos fundamental menciona a estreiteza de se considerar tão somente as normas diretamente expressas por enunciados da Constituição, o que denomina de disposições de direitos fundamentais, é necessário que se considere a legislação infraconstitucional (normas adstritas), para a correta distinção entre regras e princípios, considerando que as duas categorias constituem-se em dois tipos de normas. Assim a distinção acima referida é à base da teoria estrutural dos direitos fundamentais e constitui elemento cerne para os direitos fundamentais de todas as dimensões, inclusive com relação aos direitos fundamentais do trabalho.

Alexy¹³ ao sustentar o seu teorema da colisão de princípios rechaça a ideia de princípios absolutos, apresentando como

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 1402-1404.

⁹ Idem, p.1405.

¹⁰ CANOTILHO, op.cit., p. 1402-1404.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada** 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p.361.

¹² ALEXY Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60 e 80.

¹³ ALEXY. op.cit., p.114.

argumento de sua tese ao analisar um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais, que existem interesses individuais e coletivos e assim, na existência de um princípio coletivo absoluto, logo o mesmo não poderá sofrer limitação e vice e versa.

Na sequência Alexy explanando sobre a dignidade da pessoa humana na constituição alemã, parte do pressuposto que existe: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana:

Por isso é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. [...] ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios [...] há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.¹⁴

Em síntese as normas de direito fundamental possuem caráter duplo, ou seja, ao mesmo tempo podem se exteriorizar como regras ou como princípios, mas tal situação não interfere na nota de jusfundamentalidade.

No que se refere à posição nuclear dos direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico sob a égide de um Estado Social Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, deve ser considerada como o verdadeiro e único fundamento de todo o sistema e vetor de interpretação, com patente superioridade axiológica.

Miranda¹⁵ pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. Na mesma esteira

Canotilho¹⁶, pontua que a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da "angústia da existência" mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.

A significação da dignidade da pessoa humana está vinculada à ideia que o homem não é mero objeto do Estado ou de terceiros, para Sarlet¹⁷ “[...]Elevá-la como direito significa considerar o homem como o centro do universo jurídico”.

A dignidade da pessoa humana como supra princípio, como vetor da existência do próprio Estado, deve ser tido como princípio de caráter absoluto, de amplitude que não se restrinja a abstração do significado da liberdade, mas principalmente, na necessidade da sua concretização, aqui considerada a tese de Alexy com relação aos princípios, desta forma, a dignidade da pessoa humana necessita de atuação do Estado para a sua concretude, o que significa não apenas a atuação estatal na edição de leis, na fiscalização de sua aplicação, mas também que a atividade jurisdicional esteja vinculada aos postulados do Estado Social.

2. Os Direitos Fundamentais Sociais.

No século XX após a sociedade conceber que ideologicamente era insustentável e inadmissível um país permitir que houvesse explorações reiteradas da mão de obra, imposição de miséria pelo capital, o Estado foi chamado para que promovesse a igualdade e a limitação da liberdade econômica.

Houve assim, adesão aos chamados Direitos Fundamentais Sociais (direitos de segunda dimensão), a partir da concretização dos princípios de solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, o que por consequência limitou a economia, pode-se dizer que foi necessário o estabelecimento de

¹⁴ Idem, p. 114.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p.168-169.

¹⁶ CANOTILHO, op.cit., p.363.

¹⁷ SARLET, op.cit., p.60.

um compromisso entre Sociedade e Estado para a criação de uma sociedade mais justa e inclusiva, como condições mínimas de vida para todos.

Isto não significou que ocorreu uma evolução ou superação dos direitos de liberdade para os direitos sociais, e sim que os direitos de segunda dimensão são concebidos e se agregam aos direitos de primeira dimensão e no decorrer da história da humanidade observa-se a concepção de outras dimensões dos direitos fundamentais, pois, do compromisso da adesão até a concretização dos princípios de solidariedade e inclusão existia e existe uma grande distância, pois, da abstração da liberdade formal, até a concretização da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, várias questões se colocam, especialmente de caráter econômico.

Comparato ao discorrer sobre princípios éticos elege solidariedade como princípio que complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança:

Ela é um fecho de abóboda do sistema de princípios éticos, pois, complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas uma diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio da mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quando cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um de seus membros.¹⁸

A solidariedade deve ser considerada no combate às diferenças e a desigualdade social e econômica, como destaca Santos¹⁹, que a

¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, Moral e Região no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.577.

¹⁹ SANTOS, Boaventura. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, v.1, p.92-93.

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR. 2012, p. 17.

coloca como valor e atributo moral, que “somente alcança o seu propósito quando imbuído de força geral do Estado e seus componentes elementares”.

Souto Maior, sobre o tema:

[...] como se pode ver, o Direito Social não é apenas uma normatividade específica. Trata-se de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. Estes valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição de recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade da pessoa humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade a condição humana).²⁰

Assim direitos sociais não são apenas os reguladores das relações sociais, mas também buscam alcançar em concreto o bem estar social e para fazer valer este objetivo, conta com o caráter obrigacional do direito e o poder coercitivo do Estado.

A não fruição dos Direitos Sociais gera repercussão negativa na sociedade em geral e afeta o desenvolvimento econômico, diminuindo ou impedindo o crescimento da economia interna, vez que apenas as multinacionais que recebem capitais estrangeiros conseguem prosperar, o que provoca a falência de pequenas e médias empresas nacionais.

O comprometimento apresentado pelo Brasil com os Direitos Sociais além de retratado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 aparece também como fundamento da República no art. 1º²¹, o qual reconhece o

²¹ Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento – a soberania ;II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

caráter fundante dos Direitos Sociais, expressos no artigo 6º.

Assim não há de se admitir que a dignidade da pessoa humana se concretize através tão somente dos direitos de liberdade de primeira dimensão, mas ela reclama a atuação efetiva e positiva do Estado através dos direitos sociais.

O Brasil seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou expressamente ao seu texto o supra princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais têm por objeto determinada forma de prestação de serviço, correspondente ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, e outros, na Constituição Federal Brasileira, descritos no artigo 6º e decorrem quer no Brasil quer no plano internacional, do compromisso civilizatório em busca da justiça social, nessa toada, Souto Maior:

[..] Em segundo lugar, importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, portanto, um erro histórico, uma traição aos nossos antepassados e também assumir uma atitude de irresponsabilidade com relação às gerações futuras. Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para

desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável.²²

3. A Dignidade da Pessoa Humana na Dimensão do Direito Social do Trabalho. Princípio do Não Retrocesso Social frente à eficácia dos Direitos Fundamentais do Trabalho

Para a compreensão do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão do trabalho é necessária a definição e parâmetros do conceito de forma geral o que para Sarlet é a:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³

Apenas em 1998 foi possível a conclusão de uma Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho²⁴, que primou pela inserção de direitos mínimos dos trabalhadores no rol dos Direitos Humanos, quais sejam: (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação

Como já mencionado, além da dignidade da pessoa humana expressa no artigo. 1º, III, da

²² MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Por um Pacto Social**. Disponível em <www.calvet.pro.br/artigos>. Acesso em 20 de junho de 2013.

²³ SARLET, Ingo Wolf. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

²⁴ Organização Internacional do trabalho. **Declaração dos Direitos Fundamentais do Trabalho** disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/declaracao_direitos_fundamentais_294.pdf>. Acesso em: 10 julho 2013.

Constituição, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito., o referido artigo elenca, ainda em seus incisos II e IV, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente, desta forma, o legislador constitucional originário de 1988 optou por eleger a dignidade da pessoa humana e o trabalho como princípios fundamentais do Estado brasileiro ²⁵ ., bem como inseriu o trabalho no rol dos Direitos Sociais, explicitando de forma exemplificativa, diversos direitos básicos no artigo 7º, para a sua efetivação necessitam da incontestante atuação do Estado, quer do ponto de vista Legislativo, Administrativo ou Judiciário.

A dignidade da pessoa humana deve ser o vetor da produção legislativa infraconstitucional, bem como, o princípio que norteia a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao Direito do Trabalho.

A Constituição Federal estabelece os fundamentos do Estado Brasileiro no artigo 1º e são eles: a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a temática do presente trabalho relacionada a responsabilidade em relação ao nociva prática do *dumping* social, obriga a discussão do princípio do não retrocesso social e a sua eficácia em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por tudo quanto exposto, especialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana como principal fundamento de um Estado Democrático de Direito, a conceituação aqui considerada será a mesma já apresentada por ocasião da explanação acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, qual seja aquela apresentada por Sarlet buscando uma definição da categoria dos direitos fundamentais, que apresenta a distinção entre direitos fundamentais formais e materiais, ou seja:

[...] aqueles que por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como, as que pelo seu objeto e significado possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. ²⁶

Assim os direitos fundamentais dos trabalhadores não são apenas aqueles expressos na Carta Magna de 1988, mas também todos aqueles que por seu conteúdo finalístico baseados na dignidade da pessoa humana, independentemente da posição desses direitos na estrutura normativa.

O artigo 5º § 2º da Constituição Federal de 1988 ²⁷ insere de forma expressa outros direitos fundamentais, além daqueles dotados de constitucionalidade formal, mas que se identificam com o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

O catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores expressos na Constituição Federal é amplo, mas isso não significa de forma alguma que outros direitos consagrados quer no nível infraconstitucional, ou internacionalmente, ou mesmo implicitamente, estejam excluídos de fundamentalidade, sob pena se negar a própria razão de ser de um Estado Democrático de Direito e principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição Federal de 1988, não gozam do atributo da universalidade da mesma forma que outros direitos fundamentais gerais, sendo certo, que o trabalhador é titular deles na qualidade de pessoa e cidadão, tais como aqueles catalogados no artigo 5º e os outros direitos sociais expressos no artigo 6º.

O conteúdo e o alcance do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 obrigam a análise

²⁵ Constituição Federal Artigo 1º, III, IV – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

²⁶ SARLET, op.cit., p.61.

²⁷ Artigo 5º§2º CF Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

da expressão “trabalhadores”, utilizada no *caput* do dispositivo. Muito se discute se a expressão sob comento refere-se somente aos trabalhadores subordinados, urbanos, rurais definidos na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa, respectivamente, os avulsos e domésticos por disposição expressa do texto constitucional, o que parece um desacerto senão uma verdadeira mácula ao fundamento do Estado Social Democrático de Direito, que se funda na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, ao desconsiderar os demais trabalhadores, que mesmo não preenchendo os todos os requisitos caracterizadores da relação de trabalho²⁸ empregatícia exercem trabalho pessoal.

Essa interpretação restritiva que pairou e de certa maneira ainda paira na interpretação da Constituição, relega, não apenas os autônomos, mas inclusive outras categorias que não os empregados, os avulsos, os cooperativados e os parassubordinados, a uma posição de absoluta marginalidade.

O sistema constitucional de proteção aos trabalhadores não pode ser excludente, na medida em que isso não se coaduna com o princípio vetor já inúmeras vezes mencionado, qual seja, da dignidade da pessoa humana, eis que esse sistema faz parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão inseridos no Título II, Capítulo II da Constituição Federal, logo, se submetem a aplicabilidade imediata do artigo 5º § 1º e no rol da cláusula pétreas do artigo 60§ 4º e a abertura material consagrada no artigo 5º § 2º.

O artigo 7º da Constituição Federal arrola os direitos fundamentais dos trabalhadores, consignando de forma expressa a natureza exemplificativa do dispositivo, ao inserir na segunda parte do *caput* a cláusula de abertura para outros direitos que mesmo que não formalmente constitucionais expressam direitos materialmente fundamentais.

A expressão acima referenciada demonstra que não apenas o rol do artigo 7º, mas também outros direitos expressos na Constituição, tais como, o direito à liberdade

sindical, os direitos de participação dos trabalhadores, que são direitos fundamentais, mas também aqueles direitos fundamentais em sentido material, por seus atributos, importância e conteúdo relacionado à dignidade da pessoa humana, inclusive positivados nas normas decorrentes da autonomia privada coletiva, quais sejam, os acordos e convenções coletivas de trabalho, consideradas as suas especificidades.

Conforme já apresentado os direitos fundamentais em todas as suas dimensões são fruto da história da própria sociedade, pois, em um primeiro momento, surge a função de defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado e a seguir em caráter aditivo, esses direitos são concebidos para o papel de promoção do bem estar dos cidadãos através da adoção de políticas públicas ativas.

As normas de direito fundamental do trabalho produzem efeitos não somente na proteção deste em relação ao Estado, mas também, tem incidência nas relações privadas, o que se denominada, respectivamente de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia denominada vertical, ou seja, aquela que se concretiza entre o cidadão e o Estado, não é restringida aos direitos de defesa, mas também se exige uma atividade estatal positiva na concretização dos direitos fundamentais, em outras palavras, o Estado não tem apenas o dever de proteger, mas de promover o efetivo gozo dos direitos fundamentais.

Na relação jurídica entre particulares, especialmente considerando-se as especificidades do contrato entre empregado e empregador, norteados e diferenciados pelo requisito da subordinação, que coloca o último em relação de vulnerabilidade ao primeiro, impõe-se a proteção dos direitos fundamentais, especialmente considerando-se o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do não retrocesso social.

Na origem os direitos fundamentais foram concebidos para a proteção dos indivíduos, pois, sob a égide o Estado Liberal a violação aos direitos fundamentais tinham

²⁸ Dos Artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, são extraídos os requisitos da relação de

emprego: pessoalidade, não eventualidade, subordinação (jurídica) e onerosidade.

origem nos abusos praticados pelo poder no Estado Absolutista, na evolução da concepção de Estado de Direito não apenas a organização estatal coloca-se na condição de violador dos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que, nas relações privadas se configuram abusos diuturnos que maculam a dignidade da pessoa humana, considere-se inclusive que na atualidade certamente as violações por práticas de abuso aos direitos fundamentais se potencializam nas relações privadas, eis que em um Estado Social Democrático de Direito as salvaguardas em relação aos entes estatais encontram-se amplamente positivadas.

Considerando a temática dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a subordinação jurídica como caracterizadora da relação de trabalho subordinado, o terreno dessa espécie de prestação de serviço é frutífero para macula dos direitos fundamentais de caráter negativo, como a não discriminação, o direito à intimidade, o direito ao trabalho *etc.*

Para Souto Maior:

Uma efetiva luta pela justiça social, utilizando-se o direito do trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nesses postulados. O direito do trabalho assim construído e aplicado é instrumento decisivo para a formação e a defesa da justiça social, ainda que, concretamente, em primeiro momento, só consiga minimizar as injustiças. Sob o prisma específico da teorização do direito do trabalho, o objetivo primordial é destacar que a sua origem histórica, que marca uma preocupação com e eliminação da injustiça, que é característica da relação capital X trabalho, integra-se em seu conceito, advindo daí a noção de justiça social como seu princípio maior.²⁹

Por tudo quanto exposto a eficácia das normas de direitos fundamentais que tenham

como destinatários os trabalhadores é dotada de eficácia imediata e absoluta, sendo função do Estado a sua real concretização.

A despeito da Constituição da República Federativa do Brasil apresentar como princípio máximo o respeito à dignidade da pessoa humana, não se pode negar que inúmeros avanços sociais preconizados no texto magno não foram implementados, especialmente considerando-se que enorme parcela da população sequer tem satisfeitos pelo Estado direitos sociais laborais básicos e outros embora implementados não foram concretizados.

O princípio do não retrocesso social ou aplicação progressiva dos direitos sociais caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, ou que tenham sido positivados em normas infraconstitucionais, garantindo ao cidadão o acúmulo, proteção e perenidade de seu patrimônio jurídico e o avanço na concretude fática do conceito de cidadania.

Canotilho salienta que a noção de proteção aos Direitos Fundamentais engloba as categorias de proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, com relação a essa última categoria no sentido de busca da máxima efetividade dos direitos sociais:

Há, porém, um outro lado de proteção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (*untermassverbot*) Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*schutzpflicht*), adoptam medidas insuficientes para garanti uma protecccão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do

²⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTR, 2000, p. 259.

perigo de lesão dos direitos fundamentais.³⁰

Não bastasse a realidade que se verifica no Brasil da incontestável omissão do Estado que não protege, na medida em que não adota condutas de caráter material para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, aí incluídos os direitos fundamentais do trabalhador, não são poucas também as investidas de concepção neoliberal no sentido de desmantelamento do que as normas preconizam para essa categoria de direitos sob a justificativa da necessidade de competitividade imposta pela economia globalizada.

Costumeiramente o empresariado formula discurso no sentido de que os direitos dos trabalhadores além de demasiados, são os responsáveis pelas crises econômicas e pelo não crescimento econômico do Estado, o que se caracteriza em discurso que objetiva retrocesso social que macula o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana na dimensão do trabalho.

Em tempos de globalização impõe-se a discussão acerca da vedação do retrocesso social, com fundamento que um Estado Democrático de Direito se constrói não somente através de consenso, mas principalmente de valores inarredáveis de segurança, confiança, efetividade máxima da constituição e de solidariedade concreta, não se pretende relegar aqui um papel secundário ao princípio da democracia de forma alguma, muito ao contrário, a democracia somente e perene e se completa através do respeito à dignidade humana do trabalhador.

No Direito Constitucional Brasileiro, o primeiro doutrinador a tratar da proibição do não retrocesso social foi Silva³¹, para quem normas definidoras de direitos sociais teriam sido concebidas como normas programáticas, que dependem da atividade do legislador vinculada às imposições constitucionais, onde a lei nova não pode desfazer o grau de efeitos da constituição.

Barroso apresenta o impedimento de retrocesso social como um princípio implícito,

onde o comando constitucional não pode arbitrariamente ser ceifado:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.³²

O princípio do não retrocesso social não é expresso no texto constitucional, desta forma, necessário que se coloque a premissa necessária para o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, como verdadeiro direito que recebeu a garantia de fundamentalidade, qual seja, a segurança jurídica.

Não se diga que o princípio do direito adquirido, inserto no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal e ainda no artigo 6º parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, é capaz de exaurir a completude de fundamentalidade no impedimento de retrocesso social, ademais se considerando as especificidades das relações de trabalho, de cunho via de regra de natureza privada.

Barroso analisando o princípio do direito adquirido conclui que:

Note-se, que a matiz do princípio do direito adquirido é por certo restritiva, na medida em que se refere a uma dada situação concreta, o que pode levar a concepção de que todas as situações que não se submetem ao conceito delineado do artigo 6º da LICC não estariam cobertas pela estabilidade

³⁰ CANOTILHO, op.cit., p.273.

³¹ SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162

³² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

e revestido de um formalismo de caráter restritivo.³³

O fundamento estruturante do Estado Social Democrático de Direito em conferir segurança jurídica às relações sociais através da materialização dos direitos fundamentais, e consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível para que se admita a existência da vedação do retrocesso social, assim como refere Canotilho³⁴:

A segurança e proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente à actos normativos- proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais = inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação aos actos da

administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos³⁵

Note-se que a segurança jurídica deve ser tomada como verdadeiro princípio constitucional norteador, ao lado da máxima efetividade das normas constitucionais, para que se sustente o princípio do não retrocesso social mesmo que não positivados, mas de importância inarredável para a realização da dignidade da pessoa humana, que somente pode se concretizar através da protecção dos direitos fundamentais e o impedimento de medida retrocessivas, denominado por Canotilho³⁶ como proibição de “contra-revolução social” ou “revolução reacionária”.

Assim, para o constitucionalista de Coimbra, na medida em que os direitos sociais atinjam um determinado grau de realização observa-se uma “dupla face”, ou seja, além de dotados de garantia institucional passam a constituir um direito subjetivo, sendo que medidas retrocessivas justificam a sanção da inconstitucionalidade, pois, são contrárias à Justiça Social.

Sarlet, nessa linha aponta:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.³⁷

O alcance do princípio do não retrocesso social deve levar em consideração o caráter absoluto dos direitos fundamentais, a despeito

³³ Idem, p.159.

³⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.257. *Apud* CONTO, Mario de. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma Análise a partir dos pressupostos de hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 89

³⁵ Idem, p.89.

³⁶ Idem, p.89.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.

de entendimentos contrários da doutrina, no que se refere à relativização.

Os direitos fundamentais sociais estão umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim considerá-los em caráter relativo, coloca em risco e na berlinda o principal princípio de um Estado Social e de Direito e o verdadeiro alcance do princípio do não retrocesso trata-se de verdadeira blindagem e proteção dos direitos fundamentais.

A tese de existência e valoração ligada à dignidade da pessoa humana do princípio do não retrocesso social tem sentido contrário ao preconizado princípio da reserva do possível³⁸ de matiz desconectada da relevância e fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, e justificador da omissão estatal no que se refere à efetivação de políticas públicas falsamente justificadas por fatores de ordem econômica.

A aplicação do princípio da reserva do possível principalmente em países periféricos ou em desenvolvimento acaba por justificar discursos de cunho neoliberal, autorizador de ação política visando à implementação de medidas retrocessivas que afrontam o Estado Social Democrático de Direito, muitas vezes sob falsas premissas de inexistência de recursos, que se revelam de fato por alocação de recursos equivocadas dissociada de políticas públicas destinadas a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana e distantes das reais necessidades dos cidadãos.

O princípio do não retrocesso social faz parte da essência de um Estado de Direito, pois, só através dele é possível a concretização da segurança jurídica, que se materializa através de todas as atividades estatais, quer as de natureza legislativa, onde a atuação do legislador deve se pautar nos fundamentos e estruturas definidas pela constituinte originária e nos valores da sociedade, nas de natureza administrativa na concepção e efetivação de políticas públicas de inclusão e erradicação das mazelas que permeiam a sociedade, e por fim, nas funções judiciárias, de verdadeiro guardião do Estado de Direito através de medidas

corretivas às ações que visem macular o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada uma vez concretizados os direitos fundamentais em sede legislativa, passam a exibir status negativo próprio dos direitos de primeira dimensão, inclusive em relação ao legislador, que não pode impedir através da atividade legiferante a concretização dos direitos fundamentais, sem a criação de mecanismos equivalentes, sob pena de ato atentatório a justiça social.

A discussão sob vedação de retrocesso social no contexto da necessária existência de recursos financeiros e materiais, se estende de forma sub-reptícia, aos direitos dos trabalhadores, sob a alcunha de flexibilização ou desregulamentação dos de direitos laborais, necessária para que o Estado brasileiro e as empresas aqui sediadas, sejam elas nacionais ou transnacionais, possam fazer frente às exigência do mercado globalizado, o que significa relegar o trabalho humano a um simples e secundário elemento de produção que pode ser descartado e objeto de máculas sem qualquer cerimônia.

Considerações Finais

A sociedade do século XXI se defronta com um avanço da tecnologia jamais experimentado pela Humanidade, assim, em tempos de sociedade informacional onde as redes de comunicação monitoram e controlam todo o planeta, o capitalismo financeiro através da globalização econômica se impõe, na medida em que se observa o aumento significativo das desigualdades entre países ricos e pobres, pois, na busca pelo aumento de produtividade objetivando maiores lucros, o capital desconsidera patamares mínimos de civilidade em uma ação de exploração de mão de obra sem precedentes, onde os paradigmas clássicos do trabalho são diuturnamente colocados em xeque.

Na concepção dessa globalização que potencializa de forma máxima as questões econômicas e financeiras, em detrimento do patrimônio social construídos em séculos de

³⁸ O princípio da reserva do possível conforme entendimento do Tribunal Constitucional Alemão impossibilita a exigência acima de certo limite básico

social, conforme caso concreto analisado com referência ao número de vagas em universidades públicas disponibilizadas para os cursos de medicina.

lutas e dos princípios de solidariedade internacional, a possibilidade de desregulamentação de direitos laborais ou a desconsideração fática dos direitos que se encontram positivados é matéria costumeiramente discutida, sendo certo, que em muitas ocasiões observa-se a justificativa de necessidade de adequação do ordenamento trabalhista as perspectivas e necessidades de urgência do mercado mundial, sendo o homem sujeito de direitos relegado à condição de mercadoria como ferramenta secundária do processo produtivo.

Nesse contexto social a posição nuclear dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico sob a égide de um Estado Social Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como o verdadeiro e único fundamento de todo o

sistema e vetor de interpretação com patente superioridade axiológica, deve e necessita ser fortalecida através de ações concretas, não apenas no plano legal, mas também no que se refere à aplicação do direito.

No advento do Estado Global coloca em discussão os fundamentos do Estado Nação na dimensão do trabalho, pois, as empresas transnacionais escapam sem qualquer cerimônia do controle do Estado, na medida em que podem transferir com muita rapidez e agilidade suas atividades produtivas de um país para outro, assim de vital importância que se considere o papel do Estado e dos demais atores do processo social, para que se resguarde os direitos dos trabalhadores e a própria soberania dos Estados Nacionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, Moral e Região no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Constituição Dirigente e vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 257. Apud CONTO, Mario de. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma Análise a partir dos pressupostos de hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2012.

_____. Direitos Fundamentais Na Relação de Trabalho. In SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; BOUJIKIAN, Felipe Kenarik; SEMER, Marcelo. **Direitos Humanos - Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

POCHEMANN, Marcio **Emprego na Globalização**. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. **O Emprego na Globalização.** A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil Escolheu. São Paulo: Boitempo, 2012.

SANTOS, Boaventura. **A crítica da Razão Indolente:** contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1. 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros. 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Dano Social e sua Reparação. **Revista Ltr,** São Paulo, v.71, nº 11, novembro, 2007.

_____. **O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: Ltr, 2000.

_____. MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 2012.

_____. **Por um Pacto Social.** Disponível em: <www.calvet.pro.br/artigos>. Acesso em: 20 junho 2013.

Sítios Internet

Ministério do Desenvolvimento, Industria Comercio Exterior. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=373>> Acesso em 03 março 2014.