

ETHOS JUS

ISSN 1808-8422



REVISTA ACADÊMICA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE EDUVALE DE AVARÉ - Vol 5 - Nº 1 - 2011

FACULDADE EDUVALE DE AVARÉ
CURSO DE DIREITO

ETHOS JUS

Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas

Volume 5 - Número 1 - 2011

ETHOS JUS - Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas

Presidente da Associação Educacional do Vale da Jurumirim

Cláudio Mansur Salomão

Diretor Acadêmico da Faculdade Eduvale de Avaré

Evandro Márcio de Oliveira

Coordenador do Curso de Direito

Vagner Bertolli

Coordenação Editorial

Celso Jefferson Messias Paganelli

Normalização

Josana Souza Carlos

Conselho Editorial

Alexandre Gazetta Simões

Celso Jefferson Messias Paganelli

Érica Marcelina Cruz

Giovani José Carreira Capecci

José Antônio Gomes Ignácio Júnior

Lourenço Munhoz Filho

Marco Antonio de Oliveira

Maria Júlia Pimentel Tamassia

Paulo Roberto Gomes Ignácio

Sérgio Saliba Murad

Vagner Bertoli

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica: Josana Souza Carlos CRB 8-7495

E847 Ethos Jus: revista acadêmica de Ciências Jurídicas/ publicada e editada pelo curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré - v.5, n.1, - Avaré: Faculdade Eduvale de Avaré, 2011. 250p.; 23cm

Anual

ISSN 1808-8422

1. Direito - Periódicos. I. Faculdade Eduvale de Avaré

CDD - 340.05

EDITORIAL

É com grande satisfação que é apresentado o quinto volume da Revista Ethos Jus, enfatizando a importância da pesquisa científica e a consequente publicação destas dentro do ambiente acadêmico desenvolvido pelo curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

O empenho do Conselho Editorial em trazer aos leitores textos instigantes revela-se na temática dos artigos apresentados pelos alunos e professores da Eduvale, bem como nos textos dos colaboradores externos.

O ativismo judicial tem destaque nesta edição, com vários textos abordando esse assunto polêmico e muito utilizado atualmente pelo judiciário, resolvendo questões espinhosas e caras à toda sociedade, complementando uma lacuna que nenhuma lei ainda conseguiu resolver, mas como é sabido, a população não pode ficar à mercê do poder legislativo indefinidamente esperando por algo que talvez nunca venha a acontecer.

A Faculdade Eduvale preza pelo avanço científico, e isso fica evidente com os artigos aqui publicados, suscitando temas intrigantes que visam o debate, não só dos alunos e dos professores da Instituição, mas de todos os interessados nos aspectos jurídicos que envolvem o cotidiano de todos nós.

Espero que esta edição possa acrescentar conhecimento e instigar o leitor ao debate de assuntos que sempre estão fervilhando dentro do mundo jurídico.

Celso Jefferson Messias Paganelli
Coordenador Editorial

SUMÁRIO

OS CONFLITOS ENTRE PARTICULARES NO CIBERESPAÇO FACE ÀS DIMENSÕES DA LIBERDADE E OS PRINCÍPIOS ÉTICOS COMO BASE DE SOLUÇÃO.....	13
Bruna Pinotti Garcia	
A BANCA EXAMINADORA E SUAS FUNÇÕES PRIMORDIAIS.....	43
Celso Jefferson Messias Paganelli	
A EUGENIA LIBERAL A PARTIR DO PENSAMENTO DE HABERMAS	57
Alexandre Gazetta Simões e Celso Jefferson Messias Paganelli	
CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O ARTIGO 475-J DO CPC - NATUREZA E TERMO INICIAL PARA CUMPRIMENTO.....	71
Alisson Rafael Forti Quessada e João Guilherme de Oliveira	
A NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.....	83
Alexandre Gazetta Simões e Jean Davis Guido	
COLISÕES DE PRINCÍPIOS NA INTERNET E A ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO: CONTROVÉRSIAS E AVANÇOS SOB O FOCO DOS PROJETOS DE LEI N. 84/1999 E 2126/2011	97
Bruna Pinotti Garcia e Guilherme Domingos de Luca	
ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DA PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	127
Alexandre Gazetta Simões, Celso Jefferson Messias Paganelli e José Antonio Gomes Ignácio Júnior	
O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A PEC Nº 03-2011 - UM SAUDÁVEL LIMITADOR À JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA.....	141
José Antonio Gomes Ignácio Junior e Celso Jefferson Messias Paganelli	
DO EFEITO INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	159
Alexandre Gazetta Simões, Celso Jefferson Messias Paganelli e José Antonio Gomes Ignácio Júnior	
REFLEXOS DA LEI MARIA DA PENHA NAS IMUNIDADES PENAIS DOS DELITOS PATRIMONIAIS.....	187
Alisson Rafael Forti Quessada e João Guilherme de Oliveira	
PROVEDORES DE CONTEÚDO NA INTERNET E A RESPONSABILIDADE SOBRE AS PUBLICAÇÕES SOB SEUS SERVIÇOS.....	203
Alexandre Gazetta Simões, Celso Jefferson Messias Paganelli e José Antonio Gomes Ignácio Júnior	
A LEGITIMIDADE PARA SUBSTITUIÇÃO DE SUJEITOS CONSTITUCIONAIS POR INEFICIÊNCIA.....	233
Alexandre Gazetta Simões, Celso Jefferson Messias Paganelli e José Antonio Gomes Ignácio Júnior	

OS CONFLITOS ENTRE PARTICULARES NO CIBERESPAÇO FACE ÀS DIMENSÕES DA LIBERDADE E OS PRINCÍPIOS ÉTICOS COMO BASE DE SOLUÇÃO

Bruna Pinotti Garcia¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo expor resumidamente sobre a evolução dos conceitos de ética subjetiva ou moral, como uma necessária conduta individual, e de ética objetiva ou justiça, por ser o fundamento de uma sociedade fundada na dignidade humana, aplicando-os como base de solução aos principais conflitos entre particulares no ciberespaço no tocante às dimensões da liberdade. Após o estudo dos conceitos de ética em obras filosóficas, foi analisado o contexto fático da Internet em relação a conceito, evolução histórica e características. Então, promoveu-se um estudo da axiologia no tocante às leis éticas estabelecidas em sociedade a partir do contexto da informatização, justificando a necessidade de utilizar os valores éticos fundamentais como base de solução aos conflitos entre particulares na Internet em face do direito de liberdade. Assim, foram expostos os principais conflitos entre particulares no ciberespaço, que envolvem, em resumo, o exercício abusivo do direito à liberdade em face das garantias de proteção à privacidade, à personalidade e à propriedade intelectual. Simultaneamente, sob um enfoque de aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, foram analisadas as principais situações nas quais surgem conflitos entre particulares no tocante ao exercício da liberdade e estabelecidas as normas éticas válidas para regulamentá-los, após a exposição do valor a ser utilizado em cada caso. Com efeito, concluiu-se que os valores éticos devem servir como base de solução aos principais conflitos entre particulares na Internet face às dimensões da liberdade, apesar das características próprias da sociedade informatizada.

Palavras-chave: Direito Virtual. Conflitos de Princípios. Ética na Internet.

ABSTRACT

The present article aims to do a brief description about the evolution of the concepts of moral or subjective ethics - as a necessary individual behaviour - and objective or justice ethics - for being the foundation of a society based on human dignity - applying them as a base of solution to the major conflicts between individuals in cyberspace in regard to the dimensions of freedom. After studying the concepts of ethics in philosophical works from different moments in history,

¹ Mestranda em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (modalidade 1). Aluna pesquisadora do “Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet”. Endereço eletrônico: <brunapinotti@univem.edu.br>. Advogada.

the factual context of internet was considered in regard to it's concept, historical development and characteristics. So, it was promoted a study of the axiology with regard to the ethical laws established in society from the context of computerization, justifying the need for fundamental ethical values as a basis for solution to conflicts between individuals on the Internet in face to the right to freedom. Thus, it was exposed the main conflicts between individuals in cyberspace, which involve, in summary, the abusive exercise of the right to freedom in face to the guarantees of privacy protection, personality and intellectual property. Simultaneously, from a perspective of application of the Tridimensional Theory of Law, it was analyzed the main situations in which conflicts arise between individuals in regard to the exercise of freedom and established the valid ethical standards to regulate them, after the exposure value to be used in each case. Indeed, it was concluded that ethical values should serve as a basis for solution to major conflicts between individuals on the Internet in face to the dimensions of freedom, in spite of the characteristics of the informatized society.

Key words: Virtual Law. Conflict of Principles. Ethics on the Internet.

INTRODUÇÃO

A Internet é um meio de comunicação que inovou completamente as relações sociais. Por se tratar de um meio eletrônico, seria possível dizer que tudo que ocorre no mundo virtual não ultrapassa seus limites, ou seja, não atinge o plano concreto. Entretanto, a simples observação dos conflitos que vêm surgindo nas relações humanas no ciberespaço permite afirmar que na Internet não existe uma dimensão social paralela.

Por sua vez, tem sido objeto de polêmicas discussões a questão dos conflitos entre particulares na Internet, especialmente no que se refere ao exercício arbitrário da liberdade. Ao contrário do que se pensou, a Internet não é uma área livre. Logo, direitos fundamentais como a privacidade, a personalidade e a propriedade intelectual merecem proteção, assim como o direito de liberdade.

Evidenciadas essas controvérsias, mostra-se justificável e necessário apurar qual seria a base mais coerente para solucionar esses conflitos entre particulares face às dimensões da liberdade. Partindo do pressuposto que a sociedade tem por fundamento os valores da ética, que ainda são preservados em seu cerne, apesar das mutações que sofreu através dos tempos, é adotada uma perspectiva axiológica como diretriz de leitura em relação aos principais conflitos entre particulares no ciberespaço.

Nesse contexto, apesar das peculiaridades do ciberespaço, questiona-se se um olhar atento aos princípios do Direito que envolvem a ética leva à constatação de que nesses está a base de solução aos conflitos que se dão na Internet envolvendo

particulares no tocante à liberdade.

Assim, efetuaremos uma breve análise conceitual sobre a evolução do conceito de ética segundo filósofos de diversos momentos da história, estabelecendo uma base suficiente de conhecimento sobre os valores que fundamentaram a sociedade.

Em seguida, será feito um estudo do contexto fático da Internet em relação a evolução histórica, conceito e características. Também serão expostos os principais conflitos entre particulares que ocorrem na Internet em decorrência do exercício da liberdade de expressão e da liberdade de pensamento, quais sejam: ofensa à privacidade, à personalidade e à propriedade intelectual. Simultaneamente, serão analisadas diretrizes para o agir ético na rede, baseadas na aplicação do tridimensionalismo das leis éticas: exposição de situações geradoras de conflitos (fato), estabelecimento dos princípios aplicáveis (valor) e previsão da norma ética (norma).

Com efeito, será possível fornecer uma discussão sobre a solução de conflitos entre particulares na Internet em relação às dimensões da liberdade, considerando a ética como valor fundamental da sociedade e do Direito.

BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ÉTICA

Uma das maiores problemáticas da questão ética envolve a sua contextualização na sociedade contemporânea, na qual aspectos como o individualismo, o imediatismo e a busca incondicionada de recursos materiais parece prevalecer. Entretanto, se consideradas as implicações negativas que este pensamento tem provocado (v.g., as crises financeiras globais e a destruição ambiental), mostra-se necessário o resgate dos conceitos éticos, que deverão ser adaptados ao contexto da sociedade globalizada, que tem no uso da tecnologia sua característica principal.

Na seara da filosofia tradicional, nota-se que, como a real bifurcação do conceito de ética somente ocorreu no Renascimento, a moral, parte integrante deste conceito, resume-se na definição de virtude. Sob o aspecto da moral, diversos conceitos foram discutidos, como o de sumo bem, virtude, meio-termo, apetite e livre-arbítrio.

Quanto ao sumo bem, Aristóteles (2006, p. 25-29), em *Ética a Nicômaco*, estabeleceu ser a felicidade, e os demais bens seriam escolhidos apenas para alcançá-la, devendo ser considerado que necessariamente a felicidade se relacionaria à virtude. Já Maquiavel (2007, p. 22), em *O Príncipe*, defendeu a inexistência de um bem absoluto.

Sobre as virtudes, elementos relacionados à moral, Aquino (2005, p. 95),

em Suma Teológica, considerou que são capazes de produzir a potência perfeita e o agir ético perfeito. Aliás, em geral, no pensamento filosófico, as virtudes são consideradas elementos essenciais do conceito de ética, pois impulsionam o agir ético.

Cícero (1995, p. 19), em *Da República*, entendeu que são espécies de virtude a esperança, a fé e a justiça, que deverão guiar as pessoas. Já Aristóteles (2006, p. 39-42) afirmou que as virtudes podem ser intelectuais, como a sabedoria filosófica e prática, ou morais, como a liberalidade e a coragem; ao passo que Aquino (2005, p. 114) dividiu as virtudes em intelectuais, morais e teologais. Ainda, Maritain (1962, p. 110), em *Humanismo Integral*, defendeu a necessidade de agir conforme os valores da verdade, da justiça e do amor, elementos do bem comum. Basicamente, podem ser vistas como virtudes a prudência, a temperança, a liberalidade, a bondade, o respeito etc.

Contudo, no uso do meio-termo que é possível encontrar uma base para a ação moral. Estudaram o meio-termo Aristóteles (2006, p. 42), que percebeu que as virtudes podem ser destruídas pela deficiência e pelo excesso, Aquino (2005, p. 189-195), para quem a virtude moral constitui o meio-termo, e Maritain (1962, p. 110), ao defender uma similitude de proporções. Colabora para compreensão do meio-termo na moral a lei da razão pura prática em Kant (2005, p. 32): “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”. Não se trata de decorar as virtudes humanas, mas de agir com respeito ao próximo.

Por isso, prevaleceu que o agir moral deveria estar presente nos meios para que se atingisse determinada finalidade, conforme estabelecido por Aristóteles (2006, p. 63) e Aquino (2005, p. 122), em contrariedade ao pensamento de Maquiavel (2007, p. 111).

Ainda, o pensamento filosófico reconheceu que o homem possui um elemento interno que pode o levar a contrariar a moral. Aristóteles (2006, p. 37-38), Cícero (1995, p. 127), Aquino (2005, p. 131-132) e Kant (2005, p. 20) permitiram que se concluísse que o homem possui um elemento moral e, em regra, deverá segui-lo. A questão não é defender um supermoralismo, como ressaltou Maritain (1962, p. 169-172), e sim perceber no homem a capacidade de agir pela ética sem sanções.

Aliás, no início da filosofia, foi afirmado por Aristóteles, Cícero e Aquino, que o homem é um ser dotado de virtude e capacidade de direcionar sua ação para o bem. Mas o conceito de moral sofreu relativização no mesmo momento em que se deu a bifurcação, no início radical, do conceito de ética: a moral deveria ser restrita ao espaço privado e a justiça, agora virtude relativa ao Direito, ao espaço público, e com reservas.

Este posicionamento renascentista pode ser visto na obra de Maquiavel.

Não obstante, Maquiavel (2007, p. 67) expôs: “não se pode, contudo, achar meritório o assassinio dos seus compatriotas, a traição dos amigos, a conduta sem fé, piedade e religião; são métodos que podem conduzir ao poder, mas não à glória”. Desta forma, mesmo na radical teoria por ele elaborada, não ocorreu a negação da existência da moral, que apenas não prevaleceria no espaço público.

Houve um resgate do conceito de moral no período iluminista, por autores como Kant (2005, p. 25), para o qual há uma razão pura prática determinante do agir ético. Após a 2ª guerra mundial, tomou força uma corrente filosófica humanista, que reforçou a necessidade do agir ético e do respeito à dignidade humana, posicionamento defendido por Maritain (1962, p. 70-72).

Basicamente, ao se falar no conceito de ética sob o aspecto da moralidade é possível identificar uma linha histórico-filosófica de cunho realista-humanista, na qual pensadores de diversos momentos defenderam a primazia da moral, mas sem deixar de atentar para aspectos práticos da natureza humana (!).

Em sociedade, cria-se a ilusão de que somente o Direito é capaz de reger a vida em sociedade, o que implica em dizer que se não existisse a norma jurídica, todas as pessoas iriam agir de maneira contrária às leis éticas. Mas embora as regras morais se imponham no plano interno, concedendo ao agente o livre-arbítrio em segui-las ou não, elas não se encontram desprovidas de sanção. Nas leis éticas, essencialmente referidas ao mundo dos valores, que abrangem a moral e o Direito, sempre existirá sanção, apesar de a moral não ser compatível com a força organizada (REALE, 2002, p. 258-259).

Portanto, a moral constitui um dos componentes do conceito de ética e fornece o fundamento para a aplicação da justiça, finalidade essencial do Direito, também integrante do mesmo conceito de ética.

O Direito é componente essencial do conceito de ética no que se refere à justiça, seu elemento axiológico fundamental. Segundo Reale (2002, p. 37), “o Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório”.

Quanto ao conceito de justiça, vislumbra-se a integração da moral ao Direito, o que permite a afirmação da existência de uma base comum no conceito de ética, tanto que, inicialmente, a justiça foi vista como uma virtude. Este aspecto se visualiza em Aristóteles (2006, p. 103-104), que definiu a justiça como uma virtude humana e legal, e em Aquino (2005, p. 265), para o qual a ação conforme a razão é virtuosa.

Já o estabelecimento das dimensões da justiça por Aristóteles (2006, p. 105-110), quais sejam, distributiva, comutativa e social, permitiu a visualização de que existem diversos modos de aplicar a justiça no Direito e de que também é possível se falar em um agir ético pela participação, conforme autores como Pozzoli (2006, p. 95).

Em relação à indexação do conceito de justiça ao Direito, somente foi possível pelo esforço no pensamento filosófico em discutir esse conceito, destacando-se as ideias referentes à existência de uma lei natural, superior à escrita, necessariamente justa.

Aristóteles (2006, p. 235) entendeu que as leis devem levar à virtude, não se aprofundando na discussão por acreditar na justiça invariável da lei; ao passo que Cícero (1995, p. 95) estabeleceu que o homem deve obedecer apenas leis que exteriorizem a eterna justiça. Após, Aquino (2005, p. 524) considerou que existem três tipos de lei, a lei eterna ou divina, a lei natural e a lei humana, todas elas com elementos de conexão; e que, ainda para Aquino (2005, p. 578-579), a lei humana ou positivada depende de outros valores, exteriorizando elementos da lei divina e da lei natural.

A partir do Renascimento o conceito de justiça passou a ser vinculado ao de Direito praticamente com exclusividade, conforme se percebe em Maquiavel (2007, p. 111), que definiu a máxima “os fins justificam os meios”, pela qual a justiça passa a ser o que é imposto pelo soberano.

No Iluminismo, Kant trouxe inovações para o conceito de justiça em sua Doutrina do Direito. Segundo Kant (1993, p. 44), a ciência do direito justo é aquela que se preocupa com o conhecimento da legislação e com o contexto social em que ela está inserida. Ainda, para Kant (1993, p. 47), o Direito é dotado de elemento coativo.

Neste linear, se sobrepôs o pensamento de Maritain (1962, p. 70-72), que concretizou o conceito de dignidade da pessoa humana como fundamento da justiça em um contexto pós-guerra, ideia que teve o ponto auge na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948).

Logo, na esfera do conceito de justiça, diversos pontos foram discutidos através dos tempos, estabelecendo as teorias contemporâneas que abordam tal matéria e a estruturação jurídica que prevalece na sociedade. Isto se verifica quando se fala na coação como elemento da aplicação da lei; na existência de elementos morais no Direito; e na preservação de uma esfera mínima de direitos humanos a ser garantida de maneira eterna e universal, com base na lei natural e na dignidade humana.

Desta forma, podem ser estabelecidos os seguintes valores base para o agir ético, dentro de uma base comum, abrangendo tanto a moral quanto a justiça:

- 1) é preciso buscar a felicidade como bem maior, mas ela sempre se relacionará com a virtude, de modo que o homem não será feliz se não agir eticamente;
- 2) o agir conforme as diversas virtudes humanas, como a prudência, a temperança, a liberalidade, a bondade, a caridade e o respeito, produz ações éticas;
- 3) em regra, o uso do equilíbrio determinará o melhor modo de agir, não sendo

- necessário enumerar taxativamente as virtudes humanas necessárias;
- 4) cabe ao homem agir em relação ao outro da mesma maneira com a qual gostaria de ser tratado, ou seja, com respeito e consideração;
 - 5) não é ético utilizar-se de meios ilícitos, ainda que para atingir um bom fim;
 - 6) deve-se buscar fazer o bem na sociedade, adotando uma postura participativa e preventiva em relação aos direitos fundamentais;
 - 7) a lei ética deverá ser justa, tanto na produção da lei moral quanto na construção da norma jurídica, cabendo à sociedade participar buscando a sua aplicação;
 - 8) é preciso lutar pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela preservação do bem comum e dos valores éticos em sociedade;
 - 9) na medida do possível, as normas jurídicas precisam refletir o conteúdo das normas morais, estabelecendo um único agir para o homem em todas as esferas;
 - 10) o Direito necessita ser justo e produzir o bem nas pessoas, com o uso da coação em raros casos, especialmente no tocante à restrição da liberdade.

No decorrer da filosofia, vários conceitos circundaram uma linha em comum. Estes conceitos se fizeram presentes em toda a história da humanidade, fornecendo diretrizes para a ação humana. Logo, ao se falar em aplicação da ética na sociedade informatizada, os mesmos deverão ser reafirmados. Desta forma, será possível estabelecer as principais diretrizes de ação que deverão predominar no uso da Internet.

INTERNET: O MEIO DE COMUNICAÇÃO DA SOCIEDADE INFORMATIZADA

Desde os primórdios o homem acredita na necessidade de interagir com outros seres humanos e, para que o fizesse de maneira bem sucedida, desenvolveu aptidões e técnicas que evoluíram através dos tempos, até culminar na criação da Internet.

A Internet surgiu de um processo de virtualização do computador, eis que ele deixou de ser simplesmente uma máquina e, com os recentes programas de software e hardware da informática contemporânea, deu lugar a um espaço de comunicação navegável e transparente baseado em fluxos de informação (LÉVY, 2005, p. 46).

Por volta da década de 30 do século passado, o matemático britânico Alan Turing demonstrou que era possível a execução de instruções lógicas e o armazenamento de informações por uma máquina, dando, sem saber o primeiro passo da chamada era da informatização (PAESANI, 2006, p. 21).

Em 1962, Licklider, do Instituto de Tecnologia de Massachussets (EUA), previu uma rede de computadores interconectados pelo mundo. Um de seus sucessores, ao final de 1966, elaborou o plano para a Arpanet. (LEINER; ET. AL.,

2003).

A ideia que cercou a criação da Arpanet era a de “[...] buscar tecnologias que não centralizassem o processamento e o arquivamento de informações nos grandes computadores e permitissem a troca de dados entre eles” (OLIVEIRA, 2011, p. 23). Isso permitiria que, num esquema para guerra, se algum computador ficasse inativo, os outros se comunicassem entre si. Devido à importância para esta questão de segurança nacional, naquele momento a Arpanet ficou restrita a alguns institutos de pesquisas governamentais e universidades (OLIVEIRA, 2011, p. 24). Destaca-se que a Arpanet deixou de ser a espinha dorsal da Internet em 1990, tendo seu posto assumido pela NSFNet (National Science Foundation), que deixou de funcionar em 1995, quando ocorreu a privatização total da Internet. No ano de 1999 ficou claro que não existia nenhuma autoridade clara e indiscutível sobre a Internet, que dava sinais de suas características anarquistas, tanto no aspecto tecnológico quanto no cultural. (CASTELLS, 2006, p. 83-84).

Logo, nas raízes da Internet se encontra uma rede de confiabilidade restrita, na qual poucos computadores estavam ligados, a Arpanet. Esta primeira rede sem fio tomou grandes proporções, o que gerou a criação da Internet que, por sua vez, ampliou sua esfera de abrangência e deixou de ser controlada pelo Estado.

“A Internet é o conjunto de meios físicos (linhas digitais de alta capacidade, computadores, roteadores etc.) e programas (protocolo TCP/IP) usados para o transporte da informação” (COSTA, 2003, p. 255). Em geral, a Internet é um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro em uma única grande rede e que permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis (PAESANI, 2006, p. 26).

É possível afirmar que a Internet inovou o modo pelo qual as pessoas se relacionam porque possibilitou o acesso rápido e praticamente irrestrito à mais diversa gama de informações, bem como o contato rápido e fácil com pessoas e instituições de todo o mundo. Atualmente, a Internet pode ser considerada o meio de comunicação de maior visibilidade e repercussão social, tanto no aspecto econômico, quanto no cultural.

Com a criação do padrão World Wide Web, que permite o acesso aos serviços, sem a necessidade de se conhecer os inúmeros protocolos de acesso, a Internet evoluiu e transformou-se no meio de comunicação em massa que é hoje (PAESANI, 2006, p. 26).

A tendência é a de que a cada dia surjam novos modos de utilizar a Internet, cada vez mais fáceis, rápidos e inovadores. Desta feita, é preciso atenção em relação às características da Internet, principalmente por elas serem as principais responsáveis pela atual conjuntura do ciberespaço em seus aspectos positivos e negativos.

Comenta Lévy (2005, p. 116-117), quanto ao ciberespaço:

Apesar dos numerosos aspectos negativos, e em particular o risco de deixar no acostamento da auto-estrada [sic] uma parte desqualificada da humanidade, o ciberespaço manifesta propriedades novas, que fazem dele um precioso instrumento de coordenação não hierárquica, de sinergização rápida das inteligências, de troca de conhecimentos, de navegação nos saberes e de auto-criação [sic] deliberada de coletivos inteligentes.

Destarte, embora seja inegável que na Internet subsistam características que provoquem consequências negativas, também não se pode deixar de considerar que estas mesmas características são fontes de diversos aspectos positivos do ciberespaço. Esta análise remonta ao pensamento de que tudo de novo que surge na sociedade acarreta mudanças que sempre provocam fatos positivos e negativos.

Primeiramente, nota-se que basta observar a gama de modos de comunicação proporcionados pela rede desde o seu surgimento para perceber que ela é a mídia mais veloz, eficiente e mutável que já existiu. O aspecto da velocidade ficou evidente com o surgimento da transmissão de dados por banda larga, que, para Paesani (2006, p. 26), constituiu a agitação das comunicações. Por sua vez, a eficácia não deixa de ser uma consequência da velocidade ou brevidade (LÉVY, 2005, p. 39). Corrêa (2000, p. 08) explica que a Internet propicia “[...] um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras [...]”.

Antes do surgimento da Internet eram restritas as possibilidades de comunicação à distância entre as pessoas. Hoje existem na Internet diversos modos, instantâneos ou não, de comunicação oral e escrita. Destacam-se como meios de comunicação oral: o envio de mensagens gravadas pelo computador (como por meio do Youtube) e os programas de comunicação instantânea por webcam e microfone (por exemplo, Messenger e Skype). Por sua vez, a comunicação escrita, que prevalece na Internet, se desenvolve por várias formas: mensagens de e-mail, recados e postagens em sites de relacionamento (como o Twitter, o Orkut, o Facebook), manifestações em sites pessoais (blogs e fotologs), mensagens instantâneas (por exemplo, via MSN e ICQ).

A Internet inovou completamente os modos de comunicação pessoal. Daí se extrai um dos aspectos da mutabilidade: a cada dia surgem novos recursos na Internet, inclusive capazes de proporcionar novos modos de comunicação. Explica Lévy (2003, p. 13) que as telecomunicações geram um dilúvio de informações porque possuem uma natureza exponencial, explosiva e caótica, de modo que cada vez mais aumentam os dados disponíveis, a densidade dos links e os contatos entre os indivíduos.

Este novo sistema de comunicação, veloz e mutável, gerou uma característica que pode ser descrita como a relativização dos conceitos de espaço e tempo.

O novo sistema de comunicação transforma radicalmente o espaço e o tempo, as dimensões fundamentais da vida humana. Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem. (CASTELLS, 2006, p. 462).

Enfim, o conceito de espaço está relativizado porque o ciberespaço não pode ser dividido em parcelas e sim constitui um todo difuso e indivisível; já o conceito de tempo se relativiza porque as mensagens geralmente se perpetuam na rede e nem sempre é possível determinar quando as informações nela ingressam ou se retiram.

Lévy (2005, p. 21) utiliza a expressão desterritorialização para designar a característica referente às mudanças nos conceitos de espaço e tempo no ciberespaço. A implicância mais evidente do problema da desterritorialização se encontra no fato de que as legislações nacionais somente podem ser aplicadas dentro das fronteiras dos Estados, de modo que a regulamentação interna pode ser facilmente contornável, sendo possível a utilização dos chamados paraísos de dados (LÉVY, 2003, p. 204).

Logo, é evidente que a característica da relativização dos conceitos de espaço e tempo ocupa uma posição relevante quando se fala de particularidades da Internet em relação aos outros meios de comunicação. Contudo, ela não deve ser tomada como empecilho para a aplicação das leis éticas aos atos ilícitos praticados na rede.

Em terceiro lugar, verifica-se que a Internet é o meio de comunicação com maior variabilidade de modos de utilização. Pode ser utilizada por pessoas físicas, para o lazer ou para o trabalho; por pessoas jurídicas privadas, para estruturação e administração; e pelo próprio Estado, nas esferas executiva, legislativa e judiciária.

Em relação ao uso por pessoas comuns, segundo dados do Comitê Gestor de Internet no Brasil, referentes a pesquisa realizada no ano de 2009, entre os usuários brasileiros da Internet, 90% utilizavam a ferramenta como meio de comunicação, 89% como meio de busca de informações e serviços, 86% para o lazer, 71% para fins educacionais, 14% para serviços bancários (BRASIL, 2010, p. 247-262).

A Internet também é muito utilizada por empresas e, hoje, raramente uma empresa consegue se manter sem os seus recursos. Nesta linha, 93% das empresas brasileiras, em 2009, possuíam acesso à Internet (BRASIL, 2010, p. 342).

Nesta seara, o Estado tem feito uso da Internet em diversas esferas de poderes. No Poder Judiciário, destaca-se a sua informatização, ainda parcial: o Superior Tribunal de Justiça encontra-se com o processo de informatização

concluído e, hoje em dia, tornou-se possível a visualização de processos on-line e o peticionamento eletrônico (BRASIL, 2010). Também o Poder Executivo utiliza a Internet para facilitar o contato e a troca de informações com a população, como no caso do site da Receita Federal.

Com efeito, a intensificação e a mutabilidade das relações sociais entre a maioria das pessoas, empresas e instituições públicas ocasionam vantagens e desvantagens, como o natural surgimento de conflitos de interesses.

Finalmente, a característica mais relevante da Internet é a da maximização da democratização e liberdade, pois nunca antes na história existiu um meio de comunicação que proporcionasse a troca livre de informações entre pessoas e instituições de todo o planeta, de maneira rápida e eficaz.

“Pode-se afirmar que o grau de democracia de um sistema pode ser medido pela quantidade e qualidade de informação transmitida e pelo número de sujeitos que a ela tem acesso” (PAESANI, 2006, p. 23). No caso da Internet, milhões de informações são disponibilizadas diariamente para todos os seus usuários e diversos recursos são criados para que eles também possam divulgar suas opiniões.

A falta de acesso por todas as pessoas da sociedade não retira o caráter democrático da rede, embora seja possível defender a necessidade de que este se intensifique. Por sua vez, um espaço tão propício ao exercício livre da democracia, sob o aspecto de manifestações de opiniões e de participação na sociedade, não poderia ficar isento às violações decorrentes do abuso de tal direito.

Muitos defendem que a Internet, em resumo, é um meio de comunicação anárquico. Contudo, consideradas as suas particularidades, parece que adotar esta posição é menosprezar sua capacidade de fomento ao exercício da liberdade. Para Lévy (2005, p. 128), “dizer que ela é ‘anarquista’ é um modo grosseiro e falso de apresentar as coisas. Trata-se de um objeto comum, dinâmico, construído, ou pelo menos alimentado, por todos os que o utilizam”. O mais coerente é tomar a ampla possibilidade de manifestação e acesso da Internet como uma particularidade capaz de evidenciar seu caráter democrático, até mesmo porque os excessos ao exercício da liberdade podem e devem ser combatidos, como se vê no tópico seguinte.

DIRETRIZES PARA O AGIR ÉTICO NA INTERNET

Com as novas tecnologias, é normal que conflitos de interesses entre os membros da sociedade ganhem novos enfoques, se ampliem ou se restrinjam. Assim, os valores tradicionalmente estabelecidos, muitos deles exteriorizados em normas jurídicas como fundamentais, podem entrar em conflito de uma maneira diferente. “Os valores são [...] algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo” (REALE, 2002, p. 208).

Logo, a existência de conflitos entre valores sociais é algo natural, que deve ser superado com o estudo dos valores fundamentais da sociedade. Isso serve para demonstrar que não se procedem as críticas no sentido de que a Internet deveria ser mais controlada pelo Estado devido aos diversos conflitos que nela se estabelecem: isto somente retiraria o seu caráter democrático e libertário.

“As alterações que se processam no meio social em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos impõem uma revisão nos valores sociais. A própria moral positiva não se acha infesa a transformações” (NADER, 2001, p. 54).

Mas quando a sociedade se depara com conflito entre princípios igualmente válidos, precisa de um norte para estabelecer qual o mais adequado ao caso concreto. Por exemplo, no conflito entre a liberdade e a privacidade, que são direitos fundamentais equiparados, qual deve prevalecer? Os valores éticos trazem fundamento para a decisão adequada, tendo em vista que, partindo de um pressuposto axiológico, tais princípios devem estar sempre presentes no Direito e também no agir moral.

Aliás, no entendimento de Dupas (2000, p. 16), a sociedade pode e deve se submeter a uma ética, que deverá ser libertadora e visar o bem-estar da sociedade, nas gerações presentes e futuras, sem priorizar os interesses de uma minoria. Segundo Dupas (2000, p. 90), a sociedade pós-moderna demanda por uma nova busca axiológica, mas para formular uma nova ética é preciso voltar aos primeiros princípios.

A análise da base comum dos conceitos de ética e justiça demonstrou que, apesar de controvérsias existentes no pensamento filosófico, sempre foi reconhecida ao homem uma capacidade diferenciada de valorar o meio no qual convive, tomando sua decisão com base em regras de conduta, ou seja, em leis éticas.

É inegável que a ética é composta de determinados valores fundamentais que, apesar de algumas variações no pensamento filosófico e no contexto histórico da sociedade, prevalecem na determinação do agir individual e coletivo. Esses valores devem ser preservados na sociedade informatizada, pois é a única forma de garantir de maneira concreta o bem comum do indivíduo e da sociedade.

Neste tópico, será feito um trabalho sobre como os valores base da sociedade, a moral e a justiça, devem contribuir para solucionar os conflitos entre os valores, ditos como direitos fundamentais, no uso da Internet. Para tanto, após a exposição geral sobre a situação de conflito em análise, pretende-se tomar como fato situações específicas que ocorrem na respectiva controvérsia, e como valor a ética, estabelecendo a norma que deverá regular a situação. Em regra, a norma ética será válida ao campo da moral e do Direito, ou seja, a lei deverá trazer as mesmas

condutas morais firmadas na rede².

Da Preservação do Direito à Liberdade

Basta olhar para a história para notar que a luta pela liberdade sempre esteve presente como marca da evolução da sociedade. Silva (2006, p. 231) explica que “o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza”, ou seja, com a evolução da sociedade, a esfera da liberdade se amplia.

No direito constitucional, a liberdade pode ser vista sob diversos aspectos, sendo os essenciais: liberdade de pensamento e liberdade de expressão. A liberdade de pensamento, também chamada de liberdade de opinião, deve ser entendida como a da pessoa adotar determinada atitude intelectual. Já a liberdade de expressão, pode ser vista sob enfoques como o da liberdade de comunicação ou de informação, e consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que viabilizam a coordenação livre da criação, expressão e difusão do pensamento (SILVA, 2006, p. 241-243).

Silva (2006, p. 260) explica que, em face deste aspecto da liberdade de expressão, deve ser destacado o direito à informação, dimensão coletiva da própria liberdade de comunicação. Segundo Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 144), “o direito de informação envolve o direito de passar, receber e buscar informações; por isso, afirma-se que ele assume três feições: o direito de informar, de se informar e de ser informado”.

Assim, é possível vislumbrar as dimensões essenciais da liberdade: além da liberdade de pensamento, há a liberdade de expressão sob um enfoque ativo e a liberdade de expressão sob um aspecto passivo, porque na liberdade de expressão não se encontra o direito apenas de informar, mas também o de ser informado.

Em pleno século XXI a sociedade se depara com o ciberespaço: uma nova dimensão da informação, diversa de todas anteriores; um espaço, como já comentado, dotado de características particulares que propiciam, acima de tudo, um acesso democrático à informação, tanto no aspecto de sua obtenção quanto sob o aspecto de divulgação de informações, formando uma grande rede interligada.

Por isso, das características positivas desta nova dimensão da informação surgiu, naturalmente, uma questão essencial: se a Internet é um território livre e democrático, existem limites para esta liberdade?

No início, prevalecia a ideia de que as atitudes que ocorressem na Internet não tinham implicação prática, considerada a virtualidade do ciberespaço, numa 2 Assim, ocorrerá uma aplicação da teoria tridimensional das leis éticas, numa exposição sistemática nos moldes fato, valor e norma. A tridimensionalidade das leis éticas, defendida por Reale (2002, p. 262), pode ser resumida da seguinte forma: “a lei ética ou, de maneira especial, a lei jurídica é a compreensão de um fato enquanto cultural, que se realiza em virtude de uma tomada de posição volitiva, de que resultam juízos de valor, que implicam responsabilidade e sanção”.

defesa que ultrapassava o liberalismo e beirava o anarquismo (DAOUN; BLUM, 2000, p. 118).

Uma corrente mais racional despontou porque “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito [...]” (PAESANI, 2006, p. 24). Ainda, para o Superior Tribunal de Justiça, “a Internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só [...]” (BRASIL, 2010).

O fato é que, na Internet, quando a liberdade se apresenta sob a dimensão da liberdade de pensamento, de expressão ou de informação, naturalmente entra em conflito com outros princípios fundamentais, eis que é tênue a linha que determina os limites da liberdade em face de princípios como a privacidade, a intimidade, a personalidade, a propriedade intelectual, a segurança jurídica, etc.

No entanto, é preciso atenção no sentido de que fora nos casos de evidente violação a outros direitos fundamentais e de desrespeito às regras de cordialidade e bom convívio na Internet, não se justifica a censura. O usuário deve ter garantido o direito de livre acesso aos conteúdos da Internet em todo o mundo, numa ação de preservação da liberdade e democracia que a rede proporciona.

A Organização Não Governamental Repórteres Sem Fronteiras enumera alguns países nos quais a censura na Internet existe por questões políticas: Cuba, República da China, Tunísia, Egito, Arábia Saudita, Irã e outros (REPORTEROS..., 2010).

Em 2003, diversos países do globo se reuniram, entre eles o Brasil, e proferiram um relatório sobre a censura e o controle da Internet, abordando várias questões legais, como a da liberdade de manifestação, a do acesso à informação e a da privacidade de dados e comunicações (PRIVACY...; GREENNET..., 2003). Isso denota uma preocupação global em preservar o acesso democrático à Internet.

Devem ser deploradas as tentativas de autoridades no sentido de impedir o acesso às informações em todos os meios de comunicação por o considerarem um obstáculo ou uma ameaça, com o fim de manipular o público mediante a propaganda e a desinformação, impedindo o exercício da liberdade (PONTIFÍCIO..., 2007, p. 21).

Assim, ao fato censura na Internet, considerados os valores de preservação do bem comum e de igualdade entre as pessoas, deve prevalecer a norma ética da luta pelo seu encerramento, enfim, do repúdio a todas as situações de restrição indevida ao direito de liberdade de expressão, sob o aspecto ativo ou passivo.

Ainda na esfera da preservação do direito de liberdade, vale discutir sobre uma diretriz que deve compor a norma jurídica que regulamente o ciberespaço: a

prevalência da responsabilidade civil para solução de conflitos em oposição a uma política de direito penal máximo, que invariavelmente levaria a uma restrição ao caráter democrático da rede. Sobre a responsabilidade civil³ na Internet, explica Gonçalves (2005, p. 119):

A responsabilidade extracontratual pode derivar de inúmeros atos ilícitos, sendo de se destacar os que dizem respeito à concorrência desleal, à violação da propriedade intelectual, ao indevido desrespeito à intimidade, ao envio de mensagens não desejadas e ofensivas da honra, à divulgação de boatos infamantes, à invasão de caixa postal, ao envio de vírus etc.

Com efeito, a responsabilidade civil fornece embasamento suficiente para a solução da maior parte das controvérsias judiciais que surjam nas relações sociais estabelecidas por meio da Internet. Na verdade, o conteúdo aberto e flexível da legislação civil, que não pode estar presente na esfera penal, funciona como uma garantia de preservação da liberdade na Internet, sem que seja retirada a possibilidade de ação justa do Estado, punindo as violações aos direitos fundamentais.

O projeto de Marco Civil para a Internet no Brasil (2010) propõe: “a disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre iniciativa [...]”. De fato, é esse o ideário que deve guiar a regulamentação na Internet: flexibilização e garantia de direitos.

Na criação e aplicação da norma jurídica sobre a rede, fato em análise, devem ser preservados os valores de justiça e de preservação do bem comum, devendo a coação penal ser utilizada em raros casos. Então, subsiste a norma ética direcionada ao legislador no sentido de criar leis que preservem a justiça e a liberdade no uso da Internet e ao aplicador do Direito de fazer uso das possibilidades de flexibilização da norma e priorizar a sanção indenizatória em detrimento da privativa de liberdade.

Do Exercício Abusivo da Liberdade: Proteção aos Direitos de Privacidade e Personalidade

Não só quando se invoca a questão dos conflitos no ciberespaço que se constata a relevância da discussão das dimensões da proteção à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Se, por um lado, com a evolução dos meios de comunicação e dos modos de interação entre os seres humanos ampliou-se a

³ No Brasil, aplicam-se à responsabilidade civil os artigos 186 e 927 do Código Civil. O primeiro dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2009, p. 148). Já o segundo prevê: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2009, p. 176).

discussão em relação ao tema; por outro lado, desde os primórdios da sociedade é defendida a existência de uma esfera mínima de proteção ao indivíduo sob estes aspectos.

Na seara do direito constitucional brasileiro, destaca-se o artigo 5º, X da Constituição Federal, pelo qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2009, p. 24).

Em princípio, assevera-se que a privacidade é composta pela intimidade e pela vida privada; e a personalidade, pela honra e pela imagem. No entanto, é incoerente adotar uma dicotomia rigorosa, pois a privacidade e a personalidade estão intimamente ligadas. Por um lado, a preservação da segunda é necessária para a garantia da primeira, ou seja, sem proteção da personalidade não há privacidade. Da mesma forma, o direito à privacidade é uma manifestação do direito à personalidade porque a preservação da privacidade é um modo de proteção da imagem e da honra. Na prática, é muito comum que por meio da violação da privacidade ocorra o desrespeito à imagem ou à honra.

O direito de privacidade é composto, para Motta e Barchet (2007, p. 180), pela intimidade, que envolve a esfera mais secreta de cada um, e pela vida privada, referente à externalização desta esfera secreta num espaço privado. Já o direito de personalidade envolve a proteção da honra e da imagem, isto é, das qualidades da pessoa e de seu aspecto físico, respectivamente (SILVA, 2006, p. 209). Paesani (2006, p. 49) pondera sobre a relevância destes direitos se considerado o atual contexto tecnológico:

O direito à privacidade ou direito ao resguardo tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente.

Enfim, ao analisar o contexto atual da Internet é possível constatar que muitas vezes direitos e garantias tão importantes quanto à liberdade acabam violados devido a uma defesa intransigente de liberdade irrestrita. Tais conflitos ligam, essencialmente, a liberdade de expressão aos direitos de privacidade e de personalidade.

No entendimento de Paesani (2006, p. 50), o desenvolvimento da informática levou à crise do direito à privacidade, que passou a ser visto sob outro enfoque, com o sentido de que toda pessoa deve dispor com exclusividade sobre suas informações, ainda que disponíveis em bancos de dados. Cabe à pessoa também proteger sua imagem e sua honra, coibindo a divulgação não autorizada ou pejorativa de imagens e informações, até mesmo porque é comum ver a divulgação de imagens ou vídeos sem autorização, bem como a criação de páginas ofensivas

na Internet.

Quem defende a liberdade irrestrita diz que tais fatos não constituem violações a direitos. Mas esta posição cai por terra se verificadas as suas implicações reais. Para Paesani (2006, p. 49), “tem-se mostrado particularmente delicada a operação para delimitar a esfera da privacidade, mas é evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação”. De acordo com Peck (2002, p. 37), “é evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação”.

Assim, tem se caminhado para um pensamento no sentido de que nenhuma liberdade é irrestrita, pois devem ser preservados direitos como a privacidade e a personalidade. Por sua vez, é preciso evitar radicalismos: o excesso à proteção da privacidade pode prejudicar o caráter libertário e democrático da Internet.

Paesani (2006, p. 54) destaca que na rede é possível assumir uma identidade livre de condicionamentos, o que evidencia a sua liberdade total e peculiar, sendo que as tentativas de limitar a possibilidade de anonimato não devem ocorrer.

O envio de vírus e códigos maliciosos em geral constitui um dos maiores infortúnios àqueles que fazem uso da rede mundial de computadores e também uma das clássicas formas de ingerência indevida no direito de privacidade. Segundo dados do Comitê Gestor de Internet no Brasil, 35% da população brasileira usuária da Internet já sofreu problemas com o envio desses códigos (BRASIL, 2010, p. 265).

Os vírus, worms e trojans são programas mal intencionados que podem danificar o seu computador e as informações existentes no seu computador. Podem igualmente tornar a Internet mais lenta e poderão mesmo utilizar o seu computador para se espalhar para os seus amigos, família, colegas e o resto da Internet. (MICROSOFT, 2010).

Assim, os códigos maliciosos em geral são responsáveis pela danificação de dados existentes no computador, bem como pela lentidão da máquina.

Em relação ao fato de envio de vírus e códigos maliciosos diversos para danificar dados e maquinário alheio, o valor ético que deve estar presente é o do dever de agir de maneira virtuosa, com respeito e consideração recíprocos em relação ao outro. Com certeza, ninguém gostaria de ter o seu computador violado de maneira indevida com o envio de vírus, nem mesmo aqueles que tomam essa atitude de divulgar o código malicioso na rede. Em consequência, a norma ética dessa relação consiste no dever de não criar, propagar ou divulgar propositalmente vírus ou códigos maliciosos.

Existem, ainda, códigos que são capazes de acessar ilicitamente os dados informáticos. Com isso, se tornou comum a prática de fraudes bancárias e a aplicação de golpes, baseados nas informações obtidas em páginas e computadores

pessoais.

Os trojans, por exemplo, além de servirem para destruir dados eletrônicos alheios, podem deixar o sistema vulnerável sob o aspecto de proteção de dados. Esse código malicioso poderá instalar programas que possibilitem o controle do invasor sobre o computador, permitindo o acesso a arquivos nele armazenados, bem como a senhas bancárias. Um dos programas que pode estar contido no cavalo de troia é o spyware, software geralmente utilizado de maneira maliciosa que visa monitorar atividades do sistema e enviar informações para terceiros (BRASIL, 2006, p. 09-11).

Não obstante, é possível o roubo de informações e dados pessoais, como números de cartões de créditos, senhas e dados de contas, por meio de sites e e-mails fraudulentos, o que é chamado de phishing (MICROSOFT, 2010).

Em suma, a utilização de mecanismos invasores possibilita: modificação do conteúdo de sites pessoais, acesso indevido a bancos de dados, controle de e-mails e de páginas pessoais e monitoramento das informações contidas no computador. Com a obtenção indevida de dados, um hacker pode planejar e praticar diversos crimes.

Ao fato de envio de phishing e de códigos maliciosos aptos à invasão de dados pessoais de diversas naturezas deve-se atribuir o valor ético de respeito e consideração ao outro. Daí resulta a norma ética de não buscar informações particulares de maneira não autorizada, seja pelo envio de programas ou códigos maliciosos próprios, seja pela remessa de páginas ou e-mails fraudulentos.

Outra queixa muito comum entre os usuários na Internet com relação ao abuso do direito de liberdade em detrimento da privacidade é a do envio de spam (mensagens comerciais eletrônicas) sem permissão, causando incômodo, perda de tempo de conexão e, em casos mais graves, perda de dados importantes do e-mail ou do computador.

Em 2009, 53% dos usuários brasileiros afirmaram ter recebido spam no e-mail nos três meses anteriores à pesquisa (BRASIL, 2010, p. 274).

Existem duas espécies de sistemas para envio de spam, chamados opt-in e opt-out, sendo que para o primeiro é preciso autorização prévia do usuário para que o spam seja enviado e para o segundo cabe ao usuário enviar mensagem requerendo que o spam não seja mais enviado (FURLANETO NETO; SANTOS, 2004, p. 88).

O principal problema do spam é o de que, hoje, os proprietários de bancos de dados podem vender as informações nele contidas (PECK, 2002, p. 78). Isso acaba provocando uma proliferação das mensagens com propagandas comerciais pela rede, que são enviadas aos usuários sem a sua permissão. Por isso, Furlaneto Neto e Santos (2004, p. 89) defendem a implantação do sistema de envio de spam intitulado opt-in.

No tocante ao fato de envio de spam sem autorização daquele que o recebe, o valor a ser aplicado, no caso, é o da necessidade de preservar o equilíbrio das relações sociais e o do dever de respeitar o espaço de terceiros que não autorizem intromissões em determinada esfera de direitos. Evidencia-se a necessidade de preservação dos valores de respeito e de cordialidade. Não obstante, o envio de spam em larga escala ocasiona o congestionamento da Internet e leva à proliferação de mensagens, tornando o envio de e-mails mais lento e podendo, inclusive, interceptar a chegada deles. Desta forma, também se mostra evidente o valor da preservação da tranquilidade social.

Logo, é preciso estabelecer uma norma ética padronizando as condutas no tocante ao envio de spam. Ao que parece, o mais justo seria a implantação do sistema opt-in, pouco oneroso, pelo qual seria possível ao usuário dizer quando gostaria de receber o spam e impedir o envio não autorizado dessas mensagens.

Nesta linha de raciocínio, considera-se que também existe ingerência indevida no direito de privacidade quando são perpetradas ofensas ao direito de personalidade.

Em relação às violações do direito de personalidade, vale destacar que podem ser praticadas, em regra, por qualquer pessoa que tenha acesso a um computador, dada a facilidade dos mecanismos que propiciam a divulgação e o compartilhamento de informações, como as redes sociais.

Inicialmente, considera-se sobre a ofensa à imagem, por meio da divulgação indevida de fotografias e vídeos da vítima. Por exemplo, é comum a divulgação de imagens de casais em momentos íntimos, ato praticado por uma das partes no relacionamento ou por um terceiro. Este é um caso clássico de violação ao direito de imagem, o que se verifica nesse caso: “a divulgação, via Internet, de fotografias de momentos íntimos da autora sem a sua autorização constitui ato ilícito e enseja o dever de indenizar” (MINAS GERAIS, 2009).

Na verdade, será extremamente comum que a divulgação de imagem para fins constrangedores esteja relacionada a uma ofensa à honra. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu um caso no qual as imagens constrangedoras eram exibidas juntamente com mensagens ofensivas à honra da pessoa (PARANÁ, 2010).

Além disso, é frequente a divulgação de imagens de menores com cunho pornográfico na rede mundial de computadores. Evidencia-se a ofensa à imagem e, por consequência, à honra do menor, de modo que os tribunais têm condenado tais práticas. Nesse sentido: “constitui ato ilícito, altamente reprovável, a divulgação de fotos pornográficas de menor em meio eletrônico, sendo absolutamente presumíveis os danos advindos de situação tão vexatória e constrangedora” (MINAS GERAIS, 2009).

O fato em questão consiste no problema da violação ao direito de

imagem e se concentra na divulgação de fotos e vídeos capazes de causar algum constrangimento à pessoa que nele apareça. Trata-se de uma situação na qual devem ser aplicados os valores de respeito, bondade e preservação da dignidade do outro, com o controle da inclinação de fazer uso da Internet de maneira livre sem pensar nas consequências que serão causadas a terceiros. Desta forma, impõe-se a norma ética de não fazer uso da Internet para ofender, por meio da divulgação de vídeos e fotos ou de qualquer outro modo, a imagem de outrem, sob pena de sanção.

Especificadamente sobre os casos de ofensa à honra, verifica-se que tem sido muito comum a prática dos chamados crimes contra a honra, sob a crença do usuário na impunidade dos atos ilícitos cometidos no uso da grande rede. Segundo Pinheiro (2009, p. 09), os crimes contra a honra são os casos mais comuns entre os usuários de qualquer idade e muitas vezes o infrator age com negligência ou ingenuidade, pois acredita que não está prejudicando alguém, mas apenas manifestando sua opinião.

Nos termos do Código Penal, são três os crimes contra a honra. Há calúnia quando imputado a alguém um fato definido como crime (artigo 138); difamação se imputado fato determinado ofensivo à reputação (artigo 139); e injúria (artigo 140) se é ofendida de qualquer forma a dignidade ou decoro, que não nos casos anteriores (BRASIL, 2009, p. 340). Tais condutas são punidas quando praticadas na Internet.

Por exemplo, decidiu-se que há ofensa à honra na criação de comunidade falsa e pejorativa por terceiro em sites de relacionamento como o Orkut (PARANÁ, 2009). Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a existência de ofensa à honra por manifestações feitas em um fórum do Orkut que ultrapassaram o regular exercício da liberdade (SÃO PAULO, 2010).

Subsistem na Internet outras espécies de condutas ofensivas direcionadas a determinados grupos étnicos, religiosos e culturais. Aponta Paesani (2006, p. 39):

Endereços que fazem campanha contra nordestinos, negros e judeus estão aumentando. A ação de racistas por meio da Internet preocupa organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos. Acredita-se que a rede está facilitando a divulgação do racismo e os sites que fazem essas campanhas estão aumentando. Skinheads, nazistas, nacionalistas, entre outros, divulgam livremente na rede suas ideologias e estimulam a discriminação contra negros, judeus e homossexuais.

Na verdade, deve ser considerada ilegítima toda conduta ofensiva a um indivíduo ou a um grupo social, pois as regras de bom convívio devem ser respeitadas também na Internet. Destarte, constitui um fato na Internet a proliferação de mensagens de ódio, preconceito e repúdio voltadas a uma única pessoa ou a determinados grupos ou classes sociais. Na aplicação de valores comuns ao

conceito de ética, o que se impõe é o respeito a todo indivíduo e a todo grupo social: cabe ao indivíduo agir com respeito, compreendendo as individualidades do outro e preservando a dignidade da pessoa humana e o bem comum. Em consequência, se impõe a norma ética de não ofender a honra de terceiro fazendo o uso da Internet e de não divulgar manifestações preconceituosas referente a determinado grupo de pessoas na rede.

Do Exercício Abusivo da Liberdade: Polêmicas acerca do Direito de Propriedade Intelectual

É incontestável que, nos últimos tempos, o conceito de propriedade intelectual sofreu mutações e, com certeza, os fatores determinantes para tal mudança são a evolução do computador e a da Internet. No entanto, a proteção à propriedade intelectual ainda é devida e merece análise pormenorizada.

Quanto ao direito autoral, estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (BRASIL, 2009, p. 25).

No Brasil, a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, regulamenta os direitos autorais, ou seja, “os direitos de autor e os que lhes são conexos” (BRASIL, 2009, p. 1158). Segundo referida lei, os direitos autorais dividem-se em morais e patrimoniais, sendo que os primeiros envolvem os direitos de reivindicar a autoria da obra e assegurar a integridade da mesma, ao passo que os segundos se referem sobre as modalidades de utilização de uma obra a título oneroso ou gratuito (BRASIL, 2009, p. 1159). Logo, quando se fala em direito autoral é preciso ficar atento ao enfoque da abordagem: em alguns casos, o conteúdo econômico da obra que estará em jogo; em outros, o estará a identidade do autor em relação ao seu trabalho.

Com a evolução das mídias ampliou-se o número de obras literárias, artísticas e científicas difundidas na sociedade, bem como foi facilitada a violação dos direitos do autor, destacando-se a Internet como a mídia que mais traz possibilidades para tanto.

As novas tecnologias ligam o âmbito privado do autor ao âmbito privado da pessoa que está usufruindo a obra, ou seja, a esfera pública, na qual normalmente o direito autoral é protegido explicitamente, é eliminada. Este novo formato de relação implica em mutações na questão do direito autoral. (GANDELMAN, 2007, p. 136). Na prática, esta mutação estrutural no direito do autor gera diversas violações à propriedade intelectual, bem como o levantamento da seguinte questão: como devem ser encaradas as limitações ao direito autoral na Internet?

Sob o enfoque do direito à liberdade, seria livre a divulgação de toda e

qualquer informação e o acesso aos dados disponíveis na rede, independentemente da fonte ou da autoria. Do mesmo modo, por ser assegurado o direito de acesso à cultura, não seria possível falar em limitação de acesso e download. Por outro lado, entende-se que na Internet subsistem os mesmos direitos autorais do que no plano concreto.

Em geral, os fatores do atual formato da Internet e das tecnologias em geral, capazes de implicar em violações dos direitos autorais, que podem ser apontados são:

a) a extrema facilidade de se produzirem e distribuírem cópias não autorizadas de textos, música, imagens; b) a execução pública de obras protegidas, sem prévia autorização dos titulares; c) a manipulação não autorizada de obras originais digitalizadas, criando-se verdadeiras obras derivadas; d) apropriação indevida de textos e imagens oferecidos por serviços on-line para distribuição de material informativo para clientes. (GANDELMAN, 2007, p. 185).

Assim, na Internet diversas particularidades colocam em dúvida a legitimidade do direito autoral, como a rápida divulgação das informações ali lançadas, muitas vezes sem que sejam atribuídos os devidos créditos ao autor. Além disso, deve ser levado em conta o aspecto já levantado: a Internet difere da obra comum, que é o livro, não possuindo conteúdo determinado e nem materialidade no sentido estrito.

Destarte, sobre tal conflito, expõe Gandelman (2007, p. 180): “os direitos autorais continuam a ter sua vigência no mundo on-line da mesma maneira que no mundo físico. A transformação das obras intelectuais para bits em nada altera os direitos das obras originalmente fixadas em suportes físicos”. Paesani (2006, p. 67) defende que haveria uma afronta aos princípios do direito se não fossem impostas limitações à violação do direito autoral na rede. Aliás, Peck (2002, p. 57) diz ser “importante destacar que o acesso a dados lançados na rede não os torna de domínio público, não outorgando ao usuário o direito de dispor deles da forma que lhe aprouver”.

Mas se, por um lado, é legítima a incidência de direitos autorais na Internet; por outro lado é preciso ter cautela, no sentido de que tal legitimidade não interfira no caráter democrático da rede, ou seja, no acesso e na divulgação de informações nela constantes; sendo necessário o estabelecimento de bases para solucionar estes conflitos.

Em geral, o direito moral do autor poderá ser violado nos casos de divulgação na Internet de sua obra sem atribuição de autoria e de atribuição de autoria diversa à obra, bem como se houve deturpação do conteúdo da mesma. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a legitimidade do direito moral do autor na Internet: “a falta de crédito ao autor de fotos divulgadas em site na

Internet justifica a procedência da ação de obrigação de fazer [...]” (SÃO PAULO, 2008). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, alegando que a publicação de trabalho fotográfico sem o consentimento do autor e a atribuição de fonte constitui ofensa à moral (MINAS GERAIS, 2005).

Omitir ou atribuir erroneamente a autoria de uma obra, bem como deturpar o seu conteúdo, constitui violação ao direito moral do autor, que deve ser combatida, embora essa prática seja um fato usual na Internet. Trata-se de aplicação dos valores de respeito e consideração ao próximo, ao trabalho produzido pelo outro, fruto de um exercício intelectual criativo que nem sempre é fácil. Desta forma, subsistem as normas éticas de não divulgar na rede informações sem atribuição ou com atribuição errônea de fonte e de não deturpar o conteúdo de obra alheia.

Já as questões que envolvem a ofensa ao direito patrimonial do autor na Internet são mais complexas e a cada dia adquirem novas facetas, devido aos diversos mecanismos que possibilitam download de músicas, livros, filmes e programas de computador: redes de compartilhamento, sites especializados, comunidades virtuais, etc.

Claro, nem tudo no universo de downloads é negativo: por um lado, grandes gravadoras diminuíram as vendas de CDs e inúmeras editoras deixaram de vender livros que foram disponibilizados gratuitamente na rede sem autorização; por outro lado, despontou na Internet um cenário alternativo musical e literário, deixando à mostra vários talentos que não conseguiam ingressar no restrito mercado de produção.

Bôscoli e Szajman (2010), presidentes da comunidade eletrônica Trama Virtual, que trabalha com acervos gratuitos de música, são a maior prova de que a Internet pode e deve ser usada para evidenciar talentos, não se tornando uma rede restrita à marginalidade na busca de downloads ilegais: “acreditamos em novas e tradicionais tecnologias, que criam novas maneiras de trabalhar, produzir, pesquisar, ver e ouvir. A tecnologia digital (Internet, celular, TV, etc.) é a maior difusora de música da história da humanidade, convergindo divulgação e consumo em tempo real”.

Sob o aspecto do download de livros, a Google conseguiu firmar um acordo com as editoras dos Estados Unidos, pelo qual serão divulgados parcialmente os livros protegidos por direito do autor. Além disso, a Google firmou parceria com as bibliotecas americanas para disponibilizar integralmente as obras não protegidas por direito do autor e parcialmente obras por ele protegidas. (GOOGLE, 2010).

Diversos embates estão ocorrendo entre associações protetoras do direito patrimonial do autor e os usuários da Internet que criam ou disponibilizam sites e programas de download. A partir daí, dois entendimentos vem se firmando na rede: um no sentido de admitir a influência das novas tecnologias e relativizar o direito

patrimonial e outro no sentido de buscar a punição dos ofensores desse direito.

Para que ocorra um uso justo em relação à ausência de privação do direito de informação, Peck (2002, p. 61) defende que é preciso utilizar um sistema semelhante ao das bibliotecas, não proporcionando um ganho financeiro, apenas tornando pública e acessível uma obra. No caso, o usuário teria acesso à obra pela rede como se estivesse indo a uma biblioteca, o que não significa dizer que poderia fazer o download ilegal.

No fato em análise, de um lado, encontra-se o direito patrimonial do autor, do outro lado, o direito de informação, que toma cada vez mais forças. O mais coerente seria uma aplicação da teoria dos valores sob mão dupla: ao usuário da Internet se impõe o dever de respeito e valorização do trabalho alheio; ao autor e às gravadoras e editoras, a obrigação de buscar a preservação do bem comum, colaborando para que a sociedade tenha acesso às produções diversas, numa ação de liberalidade. Em outras palavras, surge uma norma ética com dois enfoques, necessariamente interligados.

CONCLUSÃO

A análise das controvérsias que se estabeleceram entre os particulares em razão do exercício abusivo do direito de liberdade possibilitou a verificação de que na Internet é preciso buscar um equilíbrio de interesses entre os valores tradicionais estabelecidos em sociedade em relação às particularidades do ciberespaço.

Partindo do pressuposto de que o fundamento dos direitos que entram em conflito na Internet não se alterou e de que os valores base da sociedade, que são éticos, ainda preservam determinados aspectos essenciais, foram apontadas diretrizes para as condutas dos usuários no uso da rede mundial de computadores. Tais diretrizes deverão se exteriorizar nas regras morais e jurídicas, devido ao conteúdo ético comum.

A sociedade passa por mudanças, sendo inegável que a evolução tecnológica foi responsável por um grande salto que revolucionou as relações humanas. Por sua vez, a Internet mudou o modo de pensar, agir e falar do ser humano.

A violação da privacidade adquiriu novas facetas, com o envio de vírus e códigos maliciosos diversos, a violação dos bancos de dados, o armazenamento de informações, etc. Determinadas condutas que se tornaram comuns na Internet na defesa de uma liberdade irrestrita se mostraram evidentemente prejudiciais à sociedade.

Já o direito de personalidade se deparou com a proliferação de ofensas à pessoa por meio das informações em fluxo, numa rede difusa, indeterminada e indivisível. Serão necessários mecanismos dinâmicos e flexíveis para conter de

maneira efetiva a proliferação de ofensas na Internet, pois qualquer demora permite que a informação de propague na rede, sendo que essa dificilmente poderá ser controlada após certo tempo.

Da mesma forma, a propriedade intelectual sofreu alterações diversas em seus modos de exteriorização. Na verdade, aos poucos, a indústria da propriedade intelectual vem cedendo aos clamores do ciberespaço. Com os recursos proporcionados pela rede não se pode pretender que a liberdade de acesso às informações permaneça nos moldes tradicionais das indústrias fonográfica, cinematográfica e editorial.

É inegável que na Internet existem conflitos, mas as normas éticas são capazes de fornecer embasamento para a solução desses, conforme foi demonstrado no presente, em linhas gerais. Contudo, é preciso se ater aos valores éticos fundamentais da sociedade que, na verdade, se resumem perfeitamente na máxima de preservação da dignidade da pessoa humana, pela qual a conservação do bem comum está diretamente relacionada com a garantia dos direitos fundamentais individuais.

Mostra-se, assim, necessário lutar pela preservação da dignidade na Internet, que somente será possível com a garantia máxima do direito de liberdade em suas diversas facetas. Em suma, o direito de liberdade somente pode ser objeto de restrição por outros direitos humanos fundamentais.

De outro modo, restringir o acesso e a busca da informação, bem como a manifestação livre das opiniões e a construção do pensamento, nada seria senão censura, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Aldo Vannucchi e Outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Coordenação Geral Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005. v. IV, parte II, seção I, questões 49 a 114.

_____. **Suma Teológica**. Tradução Aldo Vannucchi e Outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Coordenação Geral Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005. v. VI, parte II, seção II, questões 57 a 122.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin

Claret, 2006.

BÔSCOLI, João Marcello; SZAJMAN, André. **Manifesto Trama Virtual**. Disponível em: <<http://trama.uol.com.br/noticias/index.jsp?id=9385>>. Acesso em: 05 out. 2010.

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil em 2009**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.cetic.br>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

_____. **Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. Cartilha de Segurança para a Internet, parte VIII: Códigos Maliciosos (Malware)**. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/download/cartilha-08-malware.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1117633/RO**. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **E-STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/estj/login.pag>>. Acesso em: 06 out. 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Carlos Irineu da. Glossário. In: LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 251-260.

DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. **Cybercrimes**. In: DE

LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru: Edipro, 2000. p. 117-129.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: UNESP, 2000.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Mensagem Indesejada: o Poder Legiferante na Contramão da Tecnologia**. Revista Em Tempo. Marília, v.6, p. 87-89, ago. 2004.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais das Origens à Era Digital**. 5. ed. São Paulo: Record, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOOGLE. **Acordo Final em Matéria de Pesquisa de Livros do Google**. Disponível em: <<http://books.google.com/intl/pt-PT/googlebooks/agreement/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

_____. **Doutrina do Direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

LEINER; Barry M.; et. al. **História da Internet**, versão 3.32, revista em 10 de dezembro de 2003. Tradução Aisa Pereira. Disponível em: <<http://www.aisa.com.br/historia.html>>. Acesso em: 10 out. 2008. Título original: A Brief History of the Internet.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. **O que é virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARCO Civil. **Sobre**. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>>. Acesso em: 02 out. 2010.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. Tradução Afrânio Coutinho. 4. ed. São Paulo: Dominus Editora S/A, 1962.

MICROSOFT. **O que são Vírus, Worms e Trojans?** Disponível em: <<http://www.microsoft.com/portugal/athome/security/viruses/virus101.msp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

_____. **Phishing: Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/protect/yourself/phishing/faq.msp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 2.0000.00.430640-1/00**. Relatora: Heloisa Combat. Belo Horizonte, 28 de abril de 2005. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 03 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0109.07.009368-6/001**. Relator: Wagner Wilson. Belo Horizonte, 19 de agosto de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 03 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0625.06.055376-9/001**. Relator: José Antônio Braga. Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 03 out. 2010.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 0551282-1**. Relator: Antenor Demeterco Junior. Florianópolis, 10 de outubro de 2009. Disponível em: www.tjpr.jur.br. Acesso em: 01 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 0671742-0**. Relator: Domingos José Perfetto. Florianópolis, 02 de setembro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jur.br. Acesso em: 01 out. 2010.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Uso Ético e Responsável da Internet: Dicas e Alertas**. São Paulo: Fundação Bradesco, 2009.

OLIVEIRA, Marcos de. **Nasce a Internet**. Revista Fapesp. São Paulo, ano XVII, n. 180, p. 23-25, fev. 2011.

PONTIFÍCIO Conselho para as Comunicações Sociais. **Ética na Internet**. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2007.

POZZOLI, Lafayette. **Justiça Participativa e Cidadania**. Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito. Vol. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2006. p. 93-112.

PRIVACY International; GREENNET Educacional Trust. **Silenced: an International Report on Censorship and Control of the Internet**. Disponível em: <<http://www.privacyinternational.org/survey/censorship/Silenced.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REPORTEROS Sin Fronteras. **Enemigos de Internet**. Disponível em: <<http://es.rsf.org/internet-enemie-cuba,36701.html>>. Acesso em: 06 out. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 509.982.4/6-00**. Relator: Gilberto de Souza Moreira. São Paulo, 06 de agosto de 2008. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 01 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal n. 994.09.229693-0**. Relator: Enio Zuliani. São Paulo, 12 de agosto de 2010. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 01 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A BANCA EXAMINADORA E SUAS FUNÇÕES PRIMORDIAIS

Celso Jefferson Messias Paganelli¹

RESUMO

A banca examinadora e seus componentes desempenham um papel crucial e importantíssimo para a avaliação do aluno, não somente referente ao seu trabalho de conclusão de curso, mas com informações relevantes que podem auxiliar o desenvolvimento do aluno ou então desencorajá-lo de seguir pesquisando e produzindo dentro da comunidade acadêmica. Cabe ao examinador saber dosar as críticas de modo que sejam construtivas e salutares e que também faça os elogios e mostre claramente quais são os pontos fortes do trabalho analisado, estabelecendo claramente qual o caminho que deverá ser seguido pelo aluno para continuar sua pesquisa deste ponto em diante.

Palavras-chave: Banca examinadora, função dos examinadores, desenvolvimento acadêmico.

ABSTRACT

The examination board and its components play a crucial and important for assessing student learning, not only referring to your work completion, but with relevant information that can assist in the development of the student or otherwise discourage it from following researching and producing within the academic community. It is for the examiner to know dose the criticism so that they are constructive and healthy and also make the praises and show clearly what are the strengths of the work to be reviewed, establishing clearly which path will be followed by the student to continue his research at this point before.

Keywords: Examination board, function of examiners, academic development.

INTRODUÇÃO

Passados 4 anos, em alguns casos 5 anos, em determinados cursos, como

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

o de Bacharelado em Direito, é chegado o momento que para a imensa maioria dos alunos é crucial: fazer a monografia ou artigo e defendê-lo perante a banca como condição final para poder concluir o curso.

Não é segredo para ninguém que essa é uma época terrível para quase todos os alunos. A estafa já toma conta de todos, por uma longa jornada através dos anos de estudos intensos, ao menos é o que se espera do graduando, e com um agravante em alguns cursos, ter que passar por um exame de proficiência para demonstrar que está apto a exercer a profissão escolhida. Tal exame, antes relegado a pouquíssimos cursos, principalmente o Direito, com o Exame de Ordem, feito pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil -, agora começa a se tornar item obrigatório a um crescente número de cursos, como já podemos observar algumas universidades aplicando tal exame para os formandos em Medicina, Enfermagem, entre outros e, também, recentemente, para todos que estão se formando em Ciências Contábeis.

É inegável que ao chegar nesse momento crucial, ao final do curso, o graduando se encontrará em uma situação de muita pressão, principalmente porque em seus pensamentos está a obrigação de concluir o seu aprendizado e conseguir a graduação com méritos, isso quer dizer que será necessária uma boa nota na defesa que terá pela frente perante a banca examinadora.

Normalmente, os temores aumentam com a escolha dos membros que comporão a banca. Isso porque, certamente, alguns professores são conhecidos por serem mais exigentes com suas avaliações do que outros, exigindo certa profundidade de conhecimento por parte do aluno que não raras vezes este não possui (não é o caso, neste artigo, de entrarmos na seara das motivações do por que isso ocorre).

Há que se pesar também, principalmente nos casos de graduação, em que geralmente não é exigido por parte das instituições, um projeto de pesquisa, tampouco algum tipo de apresentação preliminar do trabalho de conclusão do curso, ficando o orientando apenas com as informações prestadas por seu orientador durante o processo de confecção do mesmo, não havendo assim uma etapa preparatória para que este possa dirimir efetivamente suas dúvidas do real funcionamento da banca e seu propósito, sendo que, inclusive, por se negar esta etapa, o aluno fica com sua carga emocional totalmente direcionado ao dia fatídico de sua apresentação diante dos examinadores.

Também há a questão das normas e regras nas quais o trabalho deve ser construído e confeccionado, muitas vezes confusas, com cada instituição estabelecendo suas próprias particularidades, apesar de ser obrigatório seguir as regras definidas pela ABNT, o que dificulta um pouco mais a finalização do mesmo, uma vez que normalmente o orientando poderia buscar ajuda até mesmo com profissionais ou colegas que não pertencessem à mesma instituição, o que, na

maior parte das vezes, se mostra impraticável, por conta do detalhamento dessas regras de normatização.

Assim, é importante que a banca examinadora não tenha somente o condão de criticar e procurar falhas no trabalho que está a ser apresentado perante seus membros, uma vez que o maior objetivo desta deve ser a pesquisa científica, o engrandecimento do aluno que ali se faz presente, procurando auxiliá-lo e incentivá-lo que continue com sua vida acadêmica e que possa continuar contribuindo com seus pares com suas pesquisas.

O EXAMINADOR

O examinador deve sempre valorizar o mérito científico do trabalho apresentado. Para que seja feita uma análise correta nesse sentido, é pertinente que se faça algumas perguntas, entre elas: por que o trabalho foi realizado? Era preciso realizá-lo? A metodologia foi a mais adequada? O tratamento dos resultados foi adequado? A revisão de literatura realmente foi analisada e criticamente explorada na discussão? O trabalho, no todo, está bem apresentado e padronizado conforme as normas da casa?

Com base na resposta pessoal do examinador a estas perguntas será possível já estabelecer se o trabalho atende aos requisitos mínimos para poder ser apresentado e se é possível obter a nota mínima para a devida aprovação do aluno, que é o objetivo principal da defesa.

A rigidez é algo essencial nessa situação, porém, não deve o examinador ir além do aceitável, pois deve demonstrar com a sua avaliação que o trabalho foi examinado em seus pormenores com o intuito de auxiliar o examinando, não com o objetivo de procurar falhas ou acentuar o nervosismo deste de modo que seja possível efetuar a reprovação. Ao contrário, o objetivo do examinador é avaliar o conhecimento do aluno, mas, além disso, prepara-lo e incentivá-lo a permanecer e produzir ainda mais dentro da comunidade acadêmica.

Por outro lado, o examinador não tem a obrigação de tirar dúvidas do aluno no momento no qual o trabalho está sendo avaliado. Ele pode, e deve, complementar e ampliar as abordagens, mas nunca substituí-las.

ANÁLISE CRÍTICA INDIVIDUAL DO EXAMINADOR

Ao iniciar o processo de avaliação, a banca desempenha papel fundamental, no qual terá o dever de analisar o trabalho apresentado e que se defende perante esta. No entanto, apesar de ser um conjunto, cabe a cada indivíduo realizar uma análise crítica, responsável, tanto do trabalho que está sendo avaliado, como também do conhecimento apresentado pelo aluno, seu domínio sobre o assunto,

exigindo, inclusive, a profundidade necessária condizente com a situação na qual se encontra o examinando.

O examinador tem o dever de realizar um amplo estudo sobre o assunto a ser abordado na banca de avaliação, previamente, sendo que, em alguns casos extremos, pode até mesmo iniciar uma arguição com o orientador responsável, podendo, inclusive, sugerir o adiamento ou até mesmo o cancelamento da banca caso veja ser necessário que o trabalho seja totalmente refeito.

Porém, com o trabalho em mãos, deve o examinador se aprofundar no tema, lendo várias vezes o trabalho a ser examinado, bem como realizar pesquisas sobre o assunto, buscando o que de mais recente tem sido publicado e discutido nos meios acadêmicos a respeito do assunto abordado. Esta tarefa nem sempre é prazerosa e, em alguns casos, pode ser considerada estafante e desnecessária para muitos examinadores. No entanto, é imprescindível que o examinador tenha, além de grande base teórica e vasto conhecimento sobre o tema abordado, domínio sobre o trabalho do aluno em questão, de forma que seja possível estabelecer parâmetros para uma avaliação correta e justa, bem como não se perca tempo durante a defesa tentando entender a apresentação em questão, ou mesmo que o examinador, por sua própria culpa, não possua elementos necessários para fazer perguntas pertinentes que avaliem concretamente o real desempenho do examinando, o que sem dúvida trará prejuízo a todas as partes, evidenciando que a banca não transcorreu dentro do que se era esperado.

Assim, o examinador, individualmente, tem uma responsabilidade não só perante ao examinando, mas também com os demais membros da banca, possibilitando com a sua devida adequação aos requisitos necessários para a correta avaliação do aluno, fornecer elementos para os demais membros da banca terem condições de elaborarem novas questões e atribuírem a nota correta para o trabalho a ser apresentado.

O que também é pouco levado em conta na primeira apreciação por parte do examinador do trabalho a ser defendido, é a questão do conflito de interesses. Caso o examinador perceba que há algum impedimento ou conflito de interesses, seja qual for, deve imediatamente comunicar a instituição e o restante da banca e pedir seu afastamento desta banca, reforçando a lisura, independência e transparência necessárias para o bom andamento da avaliação do examinando em questão.

COMENTÁRIOS DE PONTOS FORTES E DE MELHORIA

Uma das funções da banca, entre tantas, é indicar ao examinando quais são os pontos fortes e quais os pontos devem ser melhorados dentro do trabalho de conclusão de curso.

Os pontos fortes, obviamente, são aqueles que podem ser pinçados como

os mais relevantes dentro do trabalho que está sendo examinado, que realmente é importante, não só para o examinando e para a banca, mas também para a comunidade acadêmica. O examinador então deve ter o cuidado de proceder ao menos de duas leituras atentas do trabalho a ser examinado, de modo que possa identificar com clareza tais pontos a serem observados. Localizados e destacados os pontos fortes, deve o examinador ao realizar a banca tecer comentários com o examinando a esse respeito, mostrando ao examinando quais caminhos tomar para continuar sua pesquisa acadêmica produzindo material sobre o tema abordado. É importante que o examinador tenha consciência e capacidade para ter uma visão global do trabalho, assim, além de destacar os pontos fortes, poderá também indicar os pontos a serem melhorados.

Nos aspectos observados a serem melhorados no trabalho defendido, é importante que o examinador não tenha o condão de simplesmente criticar e esbravejar sobre algo incorreto ou ausente por parte do examinando. Antes de tudo, a função do examinador é a de fazer com que o examinando consiga mais experiência e conhecimento para fortalecer e engrandecer sua vida acadêmica, por isso mesmo, de forma alguma se deve usar o momento no qual o trabalho está sendo avaliado para desestimular o aluno, ao contrário, essa é uma excelente oportunidade para concretizar o ânimo pessoal daqueles que estão iniciando, dando os primeiros passos dentro da vida acadêmica.

Seria interessante que os membros da banca possuísem uma tabela com os critérios a serem analisados, facilitando assim a composição da nota e também estreitando as condicionantes para a separação dos pontos fortes e o que deve ser melhorado, assim, cria-se um padrão a ser usado pela instituição que sem dúvida auxiliará tanto o examinando como também os examinadores encarregados de analisar o trabalho de conclusão de curso.

O PAPEL DA BANCA EXAMINADORA

A banca examinadora desempenha um papel crucial e importantíssimo na conclusão de curso, seja de um bacharel ou em um curso de pós-graduação. Podemos perceber a importância da banca, com o ensinamento de Schnetzler e Oliveira:

“O exame de qualificação constitui uma etapa do processo da orientação bastante valorizada pelos professores orientadores, tendo como objetivo uma discussão aprofundada da pesquisa, visando maior aprendizagem do tema estudado e melhor adensamento do campo conceitual e metodológico adotado pelo orientando”.²

Um dos objetivos da banca é discutir a pesquisa que foi realizada com a

² SCHNETZLER, Roseli Pacheco; OLIVEIRA, Cleiton de. Orientadores em foco: o processo de orientação de teses e dissertações em educação. Brasília: Liber Livro Editora, 2010. p. 103-104.

maior profundidade possível, uma vez que os membros da banca, ao realizarem várias leituras do trabalho, de forma atenta, poderão realizar críticas importantes, ajudando na construção do trabalho final do orientando.

A banca também tem entre suas funções, admoestar o orientando com a finalidade de dar contribuições de forma que se possa melhorar o texto produzido, indicando, por exemplo, quais assuntos que deveriam ter sido abordados e foram esquecidos, destarte, aprofundando a pesquisa, o tema, o problema e as questões metodológicas.

Também se pode dizer que o momento no qual o orientando está sendo sabatinado pela banca é adequado para que o orientador receba contribuições para o processo de orientação no qual está participando, pelos componentes da banca. Isso ocorre porque às vezes o orientador acredita que o trabalho a ser apresentado está no caminho correto, porém, com as observações dos demais colegas, fica evidenciado que o rumo tomado não é totalmente adequado, assim, além do aluno, o orientador também recebe orientação, corrigindo o que for necessário para que o trabalho esteja o mais completo possível quando oficialmente terminado. O problema pode surgir porque, não raro, o pensamento pode ficar dirigido, uma vez que ambos, orientando e orientador, estão vendo sempre o mesmo assunto, dentro de um norte específico. Assim, os membros da banca também têm a função de indicar que nem todos os assuntos necessários ao aprofundamento adequado ao trabalho foram abordados, indicando os ajustes necessários que se precisa fazer na orientação.

É importante salientar que os membros constantes na banca têm conhecimento sobre o assunto que está sendo apresentado, de forma que as pessoas que foram convidadas a compô-la, têm a função, inclusive, de ajudar no trabalho final, fornecendo orientação adicional tanto ao orientador quanto para o orientando, instruindo quais os passos necessários para que o trabalho atinja um nível de excelência.

Faz-se necessário, dentro desse contexto, que os membros que compõem a banca sejam convidados dentro de um grupo de profissionais que sejam qualificados dentro da área na qual o trabalho está sendo realizado, ou seja, professores que realizam pesquisas na mesma temática da qual será a defesa a ser realizada. A lógica desse raciocínio se insere no contexto no qual a finalidade da banca examinadora não é o de simplesmente verificar a qualidade e profundidade do trabalho a ser defendido, nem tão pouco o de ser fazer críticas negativas sobre pontos controvertidos ou ausentes, mas sim, na verdade com muito mais ênfase, ela deve na verdade ajudar o orientando, proporcionado que este possa avançar ainda mais, de modo que ele possa chegar a um nível ainda mais alto na versão final do trabalho que foi apresentado e examinado. Sem prejuízo das críticas necessárias a qualquer trabalho, um bom exame realizado pela banca é aquele no qual ajuda

o trabalho a crescer, de modo que os membros que comporão a banca devem ser chamados entre profissionais que realmente possam contribuir com essa finalidade, que tenham um perfil de habilidade construtora, sem objetivar a inferiorização do orientando ou mesmo que tenham o hábito de desqualificar ou menosprezar o trabalho que está sendo apresentado.

É esperado do orientando que alguns parâmetros tenham sido observados e cumpridos, como por exemplo, que se tenha feito uma investigação profunda sobre o assunto que se está trabalhando, que tenha sido desenvolvido um referencial teórico pertinente, uma hipótese adequada, se apresenta um conjunto de dados satisfatório, contendo elementos empíricos extraídos da investigação e uma análise pertinente desses elementos.

O orientando que está bem preparado para enfrentar a banca é aquele que já fez uma boa revisão do conteúdo e da área sendo pesquisada, já tendo conseguido construir seu problema e possuindo argumentos suficientes para a devida sustentação. Também a metodologia apropriada já deve ter sido definida, com a coleta material concluída. A análise dos dados também é imprescindível, bem como a organização de todo este material, possibilitando assim uma discussão aprofundada sobre o tema abordado, facilitando o trabalho da banca e permitindo que o exame do trabalho e bem como da apresentação do orientando seja extremamente objetiva, possibilitando o devido aprofundamento que se espera da banca examinadora, mesmo que diante de temas difíceis e complexos, que exigem atenção redobrada.

O trabalho a ser apresentado para a banca é a fase final de um processo de orientação, momento no qual os membros que a compõe, que de preferência, para não dizer obrigatoriamente, devem ser pesquisadores da área, que analisarão os resultados da pesquisa científica desenvolvida pelo orientando, processo no qual será conferido, ou não, a titulação almejada a este, atestando que o mesmo possui um capital científico, fruto total de seu trabalho.

Nesse aspecto, a banca examinadora não deve ter o condão de “bater” no orientando, uma vez que, normalmente, este já passou por extenso trabalho e avaliação antes desse momento final, avaliando o trabalho final que está sendo apresentado.

A defesa é considerada um momento importantíssimo, porque se constitui como mais uma fonte de aprendizagem para outros trabalhos a serem realizados futuramente pelo orientando. A defesa também é, porque não, um momento de aprendizagem para o orientando, uma vez que uma das funções da banca é dar contribuições para a versão final do trabalho a ser entregue.

Uma das formas que o orientando pode se preparar para a futura banca que enfrentará, é através de indicações por parte do orientador, para que assista a outras defesas, que realize debate do seu projeto de pesquisa em grupos e participe de várias

atividades, entre elas na quais seja possível exercitar suas apresentações e assim se preparar para as arguições que enfrentará ao realizar a defesa de seu trabalho. O orientador também realiza um papel relevante nessa preparação do orientando para o enfrentamento da banca, ao formular questões que possivelmente serão feitas quando da efetiva avaliação. Outro aspecto relevante é a preparação para que o orientando possa aprender a lidar corretamente com o tempo que tem disponível e também com as situações de estresse que sem dúvida surgem no decorrer da apresentação e também com o questionamento do trabalho por parte dos membros da banca. O ensaio, assim, sem dúvida, é essencial para que tudo aconteça dentro dos parâmetros esperados, tanto pelo orientador, orientando e membros da banca. Um último aspecto a ser abordado pelo orientador com o seu orientando é como responder a perguntas para as quais ele não sabe a resposta. Nesses casos a resposta mais adequada é simplesmente dizer que não sabe, ou que pensará no assunto, mas que não se tem nenhuma resposta adequada para apresentar no momento, uma vez que não é vergonha alguma não ter total conhecimento sobre o assunto abordado, desde que a questão não seja sobre um ponto crítico do trabalho apresentado, situação na qual é esperada do candidato que tenha conhecimento satisfatório sobre o tema abordado, uma vez que ele mesmo escolheu e desenvolveu a pesquisa e levantamento teórico, bem como toda a exposição e arguição diante da banca examinadora.

Também é função da banca fazer uma análise prévia do trabalho a ser defendido, uma vez que o mesmo pode não atender o que é exigido para a obtenção do título almejado, pode ser porque não atende ao que foi solicitado durante o processo de confecção do mesmo ou por quaisquer outros motivos. Nesse caso, a banca deve ter uma conversa antecipada com o orientador para sejam tomadas providências, como por exemplo, adiar ou cancelar a defesa, de modo que o trabalho possa ser adequando às solicitações e ser mais consistente.

À banca também cabe a análise geral do conteúdo apresentado, vendo se há um começo, meio e fim do trabalho, principalmente se a conclusão é condizente com o problema levantado e está pertinente ao desenvolvimento apresentado.

Assim, a função da banca examinadora é primordial, sendo que, o objetivo principal da mesma é fazer com que o orientando possa aprender com o processo no qual está passando, objetivando uma nova titulação num futuro próximo de sua vida acadêmica, deste modo, o objetivo principal da banca não é “destruir” o orientando, mas sim promover sua curiosidade intelectual, aguçando sua vontade de aprender e buscar novos conhecimentos.

BANCA EXAMINADORA: PERSPECTIVAS

Entre as várias temáticas pertinentes à banca examinadora, está a função

de avaliar o trabalho a ser defendido de diversas perspectivas, sob óticas diferentes. Assim, a banca deve avaliar, dentre outras, a consistência lógica da investigação, a coerência entre o problema e a investigação propriamente dita, hipótese e nível de demonstração ou de validade argumentativa na correlação entre pressupostos, postulados e, se for o caso, corroboração empírica, sendo que, tudo isso observando as normas existentes para a produção científica adequada.

A perspectiva do aluno é conhecida também: a defesa perante a banca examinadora possibilita que este teste seus conhecimentos bem como sua capacidade discursiva, sua oratória, o levando a exercitar a capacidade argumentativa e possibilitando a defesa de seu ponto de vista, exposto no trabalho, perante os examinadores, a frentes de pesquisa concorrentes ou mesmo discordantes, diferentes. É também nesta ocasião que o examinando pode, entre outros, defender seu ponto de vista de questões frágeis, obscuras, que possam ter ficado até mesmo meio que inconsistentes com a pertinência científica. Assim, se pode afirmar que a defesa do trabalho de conclusão de curso, para o aluno, sem dúvida é um exercício de sua capacidade lógico-dedutiva, de análise e também de síntese, sendo que também se verificará a fluência de respostas diante de uma arguição distinta daquela que foi desenvolvida dentro do trabalho.

Deste modo, fica claro que as perspectivas, embora um tanto diferentes, possam ter afinidades com o objetivo final, qual seja, a correta avaliação do trabalho de conclusão de curso, para verificar sua pertinência e adequação científica, bem como os benefícios que tal linha de pesquisa pode trazer para a comunidade acadêmica. Os examinadores devem estar atentos a todas essas questões e assim desenvolver um papel crucial para o devido aproveitamento deste momento nobre de finalização do curso.

DA INSTALAÇÃO DA BANCA

A instalação da banca não prescinde de quaisquer temáticas especiais, devendo os examinadores apenas observar as devidas regras do local no qual será feita a avaliação do trabalho de conclusão de curso, e observar as regras de etiqueta que a situação demanda. Destarte, podemos dizer que iniciada as atividades, deve o presidente da banca se dirigir à mesa na qual será feita a avaliação, verificando, entre outros, mas principalmente, os seguintes itens:

- a) a presença do aluno a ser avaliado;
- b) a presença de outros componentes da banca examinadora;
- c) a presença da Ata de Defesa da Monografia;
- d) a presença da lista de presença de atividades complementares, de modo que seja possível a atribuição das horas devidas ao aluno assistente, caso exista esta possibilidade dentro da instituição.

A QUESTÃO DO PLÁGIO

O plágio é uma questão polêmica, em qualquer hipótese. Mais polêmica ainda é como a banca examinadora deve reagir quando confrontada com um trabalho que ficou comprovado que possui plágio. Muitas instituições, nestes casos, permitem que o examinando proceda normalmente com sua defesa e somente após o término é que este é comunicado de que foi detectado plágio no trabalho apresentado.

A banca examinadora tem duas formas, basicamente, para se comportar diante deste tipo de problema:

1 – o plágio é detectado antes da apresentação e defesa do trabalho de conclusão de curso. Neste caso, a banca pode tomar a atitude de, como mencionado acima, deixar o examinando expor seu trabalho normalmente, efetuando a defesa pertinente, e então ser comunicado de que o trabalho apresenta plágio, inclusive, demonstrando materialmente, ou seja, apresentando provas com os originais que foram plagiados. Cumprida esta etapa, deve ser dada oportunidade para que o examinando possa se defender das acusações, para que seja possível demonstrar, eventualmente, que não houve plágio no trabalho. Uma outra opção é a banca examinadora, ciente do plágio, entre em contato com o orientador responsável solicitando que o trabalho, ou ao menos a parte na qual está contido o plágio, seja refeita. Pode ser que seja necessário reagentar a defesa, o que deve ser feito sem maiores problemas.

2 – o plágio foi detectado durante a apresentação e defesa do trabalho de conclusão de curso. Como não há tempo hábil para comunicar o orientador, impossibilitando que o trabalho tenha a parte plagiada expurgada ou então que seja refeito de modo a comprovar sua originalidade, deve a banca permitir a apresentação normalmente do trabalho e sua consequente defesa, sendo que, finalizado esta etapa, será comunicado ao examinando da condição detectada dentro de seu trabalho permitindo que ele se defenda.

Caso a banca deixe a apresentação acontecer normalmente para só então comunicar o examinando sobre o plágio detectado dentro do trabalho, deve a mesma reprovar o trabalho apresentado e defendido, fazendo constar em ata a reprovação bem como o motivo pelo qual isso aconteceu. Ao examinando, caberá a oportunidade de defender novamente seu trabalho de conclusão de curso, porém, como forma de punição, deve a instituição permitir essa nova apresentação somente no semestre seguinte, ou então, nos casos de instituições com cursos anuais e não semestrais, apenas no ano seguinte.

É importante que a banca examinadora esteja ciente de quais condições a instituição considera como sendo plágio, pois pode o examinando ter se esquecido de colocar os créditos devidos em pequeníssimas citações. O comum, nessas situações, seja que é considerado plágio o uso contínuo ou não de transcrição literal

de ideias ou palavras de outro autor, em pelo menos cinco linhas dentro do trabalho apresentado.

Também é polêmica a questão do trabalho adquirido junto a outro autor, seja de forma onerosa ou gratuita. Nesses casos deve, também, a banca examinadora considerar tal situação como plágio, vez que não foi o examinando quem fez o trabalho apresentado e defendido. É imprescindível, nestas situações, que o trabalho seja feito pelo examinando, sendo algo pessoal. A pesquisa científica tem o caráter de, além de auxiliar a comunidade acadêmica e gerar debates sobre o assunto, estimular e enaltecer o conhecimento adquirido pelo examinando durante seu curso. Assim, é personalíssimo o trabalho de conclusão de curso, não sendo possível a aceitação de aquisição do mesmo de outros autores, mesmo que sob condição não onerosa.

Uma situação que não é muito bem definida nos casos de plágio é quanto ao orientador, uma vez que este deveria ter percebido e orientado o aluno a retirar os trechos plagiados de seu trabalho. No entanto, não existe uma punição como regra geral para o professor orientador, ficando a cargo de cada instituição estipular qual o procedimento a ser adotado em relação ao orientador e as consequências pelo descuido junto ao orientando, permitindo que este utilizasse do plágio em seu trabalho. Há que se ter a ressalva, no entanto, que muitas instituições consideram que o plágio é responsabilidade integral do aluno. Porém, a responsabilidade é compartilhada, uma vez que o orientando está diretamente ligado ao orientador durante a confecção de seu trabalho de conclusão de curso, ficando incontestado, nos casos em que é necessária a devida aprovação do professor orientador para que o orientando se submeta à apreciação da banca realizando sua defesa.

É importante lembrar que nesses casos, tanto o plágio quanto a aquisição de trabalhos prontos, é passível de punição, pois são considerados crimes pelo nosso Código Penal, através da falsidade ideológica e violação de direitos autorais. Dificilmente as instituições de ensino chegam a esse ponto, de levar às últimas consequências o ato impensado do aluno, preferindo na maioria esmagadora dos casos resolver tudo internamente, seja com uma simples advertência, ou a reprovação do examinando, indicando que o mesmo deve fazer o trabalho novamente e proceder a nova apresentação e defesa, a até mesmo a expulsão do infrator.

Há que se lembrar que se uma instituição ficar conhecida por ter em seus quadros alunos que comprovadamente praticaram o plágio ou aquisição de trabalhos prontos, a imagem desta perante a sociedade e comunidade acadêmica ficará seriamente abalada, por isso mesmo deve a banca examinadora proceder com o máximo rigor quando detectar tais tipos de problemas.

CONCLUSÃO

Como visto, a banca examinadora tem muito mais funções do que se pode imaginar à primeira vista. Apesar de, em um primeiro momento, se imaginar que a função primária seria apenas sabatinar o examinando para a verificação quanto ao seu conhecimento sobre o assunto abordado, como o trabalho foi feito, qual a profundidade que a pesquisa recebeu e, por fim, a conclusão a que se chegou, fica evidente que na realidade, o trabalho principal da banca examinadora é a de incentivar o aluno, mostrando os pontos fortes e quais devem ser melhorados dentro de seu trabalho e, principalmente, incentivando para que este continue com sua pesquisa científica e participe cada vez mais ativamente da comunidade científica acadêmica.

Todo esse aspecto começa com o examinar, dentro de sua individualidade perante a banca, que deve ler previamente com a devida atenção o trabalho a ser defendido, não com o intuito de apenas questionar e procurar lacunas ou falhas, mas sim ter a preocupação de estabelecer os parâmetros corretos para uma avaliação justa, sendo, inclusive, importante que possa com seus comentários e participação dentro da banca orientar o examinando para que possa melhorar cada vez mais sua pesquisa ao continuar trabalhando com o tema que está sendo abordado.

O plágio, sempre uma questão perturbadora, deve ser enfrentado e combatido com o máximo rigor por parte da banca examinadora. Todos os membros devem receber, além da cópia impressa do trabalho a ser apresentado e defendido, cópias eletrônicas de modo que possam usar os programas adequados para pesquisar o trabalho com o intuito de verificar a ocorrência de plágio. A questão da aquisição, onerosa ou não, de trabalhos prontos também deve ser combatida energeticamente, com a reprovação do examinando e outras possíveis punições previstas pela instituição ou mesmo que a banca acredite ser o recomendável para situações constrangedoras e inaceitáveis como essa.

Enfim, como visto, a banca examinadora desempenha um papel muito além do que supostamente a simples avaliação de desempenho do examinando e conteúdo do trabalho apresentado, longe disso, sua função é estabelecer parâmetros para a introdução correta do aluno dentro da comunidade científica acadêmica, proporcionando a este um norte orientador de modo que se sinta motivado para continuar sua pesquisa, buscando grande satisfação intelectual e conhecimento junto aos seus pares.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. São Paulo: Servanda, 2010.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento – Metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.

GUSTLIN, Miracy D. S. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Del Rey Editora, 2005.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MAIA, Pedro Leandro. **O ABC da metodologia: métodos e técnicas para elaborar trabalhos científicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Leud, 2008.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de Metodologia Científica – Teoria da ciência e iniciação à pesquisa**. 28ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica: completo e essencial para a vida universitária**. Brasília: Avercamp, 2006.

SCHNETZLER, Roseli Pacheco; OLIVEIRA, Cleiton de. **Orientadores em foco: o processo de orientação de teses e dissertações em educação**. Brasília: Líber Livro Editora, 2010.

A EUGENIA LIBERAL A PARTIR DO PENSAMENTO DE HABERMAS

Alexandre Gazetta Simões ¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

Este trabalho busca, circundando a temática afeta à Bioética e ao Biodireito, a partir dos aspectos mais relevantes da argumentação habermasiana, quanto às práticas eugênicas, de modo a se construir um justificativa ético-jurídico sobre os limites necessários a essa prática.

Palavras-chave: O sentido da vida humana; eugenia liberal; Habermas.

INTRODUÇÃO

A discussão que se pretende realizar, em grande medida, tem como embasamento as questões éticas lançadas por Jürgen Habermas, em sua obra *Die Zukunft der menschlichen Natur*, a partir da tradução portuguesa de tal livro, publicado pela Editora Martins Fontes, com o título *O Futuro da Natureza Humana*. O livro, em grande parte, compõe-se de algumas conferências proferidas por Habermas, nos anos de 2000 e 2001, acrescidas de um Posfácio; no qual o autor esclarece e responde sua posição, quanto a eugenia liberal.

Utilizando-se do itinerário sugerido no título, constrói-se um manuscrito que traça derivações filosóficas e jurídicas, considerando as dilações que emergem dessa temática tão obscura e fundamental, adstrita à gênese humana.

Assim, a partir das ponderações lançadas pelo Filósofo Alemão, apresenta-se uma reflexão sobre as práticas eugênicas, valendo-se de outras correntes de pensamento, para se buscar uma necessária justificação entre as práticas científicas e a sua limitação ético-jurídica, como imperativo imprescindível à preservação da

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA). Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Juruimir (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Juruimir (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Juruimir. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSD, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

dignidade da pessoa humana.

O SENTIDO DA VIDA HUMANA

O texto proposto por Habermas em seu livro *O Futuro da Natureza Humana* já começa com duas perguntas muito intrigantes: “O que o homem faz com o tempo de sua vida?” e “O que devo fazer com o tempo da minha vida?”³.

Ocorre que a filosofia não é capaz de responder, mesmo que minimamente, essas questões.

Tal indagação é em tal medida tão percuciente, que nem mesmo Habermas se arrisca a propor uma argumentação que visasse a dar cabo de problemas, como documenta em sua obra referida.

Aliás, tal questão é abordada sobre o signo da metafísica, visto que após essa não é possível obter respostas definitivas que envolvam a conduta de vida pessoal ou coletiva.

Dentro desse raciocínio, a filosofia não deixa de lado a reflexão normativa, há um esforço concentrado que busca desvendar o “ponto de vista moral que adotamos para julgar normas e ações sempre que se trata de estabelecer o que é de igual interesse de cada um e igualmente bom para todos”⁴.

Desse modo, conclui-se que a teoria moral e ética são imantadas pela pergunta: “O que eu devo fazer, o que nós devemos fazer?”⁵.

Ora, a reflexão sobre a pergunta acima não pode ser feita sem levar em consideração as duas questões, já que o que fazemos de nossa vida está diretamente interligado com o que é desejado para o nosso interesse e possivelmente, mas nem sempre, será bom para todos.

Assim, podemos realizar outra pergunta: “Qual interesse devemos colocar em primeiro plano, o pessoal ou o coletivo?”⁶.

Para Habermas, a moral que devemos abstrair para buscar uma elevação de nossa ética e o conseqüente bem comum, são transmitidas pela metafísica e religião, que de uma forma ou de outra, sempre procuram dar ao ser humano uma maior compreensão de como deve se comportar diante de inúmeras situações cotidianas, a partir de uma ponderação que permita à coletividade uma convivência harmônica e de paz.

Citando Kierkegaard⁷, Habermas nos diz que através da auto-reflexão ética podemos melhorar a nossa moral, assim como toda a nossa existência, privilegiando a comunidade, não em detrimento do indivíduo, mas proporcionando que o projeto de vida escolhido possa ter êxito.

3 HABERMAS, 2010, p. 3.

4 HABERMAS, 2010, p. 5.

5 HABERMAS, 2010, p. 5.

6 HABERMAS, 2010, p. 3.

7 HABERMAS, 2010, p. 8.

Portanto, através da autocrítica, o indivíduo analisa sua vida pregressa, e através de reflexão sobre suas atitudes e os acontecimentos através dos tempos, pode visualizar as possibilidades futuras que a vida lhe dispõe.

O objetivo aqui é o indivíduo se arrepende dos erros de sua vida passada e poder agir de forma que não tenha mais vergonha de si mesmo, se esforçando para ser a pessoa que ele quer que os outros reconheçam nele.

Desse modo, a partir dessa visão pós-religiosa, Kierkegaard, em sua ética pós-metafísica, também possibilita “a caracterização de uma vida não fracassada”⁸.

Inobstante, há que se ponderar, como aponta Habermas⁹:

Os enunciados universais sobre os modos do poder ser si mesmo não são descrições estanques, mas possuem um valor normativo e força de orientação. Na medida em que essa ética do juízo se abstém não do modus existencial, mas do direcionamento determinado de projetos de vida individuais e de forma de vida particulares, ela satisfaz as condições do pluralismo ideológico. É, porém, interessante observar que a moderação pós-metafísica esbarra nos seus limites, quando se discutem questões relativas a uma “ética da espécie”. Tão logo a autocompreensão ética de sujeitos capacitados para a linguagem e para a ação entra totalmente em jogo, a filosofia não pode mais se furtar de tomar posição a respeito de questões de conteúdo.

Tal discussão tem sua pertinência com a temática que se pretende desenvolver na medida em que precisamos saber se já estamos em estágio avançado suficiente, ou seja, se já estamos maduros para lidar com todas as descobertas científicas com as quais os maiores cientistas da humanidade já fizeram e continuam fazendo, dia após dia.

Então, explica, Habermas, que¹⁰:

Não se trata de uma atitude de crítica cultural aos avanços louváveis do conhecimento científico, mas apenas de saber se a implementação dessas conquistas afeta a nossa autocompreensão como seres que agem de forma responsável e, em caso afirmativo, de que modo isso se dá.

Com tal afirmação, portanto, Habermas nos abre os olhos para que haja uma reflexão a respeito de nossas atitudes, como um todo, para que cada um de nós possa responder, minimamente que seja, se nos consideramos responsáveis o suficiente para lidar com as inovações tecnológicas que dispomos atualmente; assim como, as que advirão em um futuro próximo.

Dessa reflexão, surge uma nova pergunta suscitada por Habermas¹¹:

8 HABERMAS, 2010, p. 17.

9 HABERMAS, 2010, p. 17.

10 HABERMAS, 2010, p. 18.

11 HABERMAS, 2010, p. 18.

Devemos considerar a possibilidade, categorialmente nova, de intervir no genoma humano como um argumento de liberdade, que precisa ser normativamente regulamentado, ou como a autopermissão para transformações que dependem de preferências e que não precisam de nenhuma autolimitação?

Assim, o exercício de lógica dessa questão, sem sombra de dúvida, nos leva à questão da liberdade como enfoque principal, uma vez que ao manipularmos o genoma humano estamos interferindo diretamente na liberdade de outro ser humano.

Isso é um ponto fundamental, na medida em que todo o embasamento teórico-filosófico que fundamenta a noção de dignidade da pessoa humana, a partir dos postulados Kantianos, tem acento na idéia de autonomia.

Nesse sentido, Georges Pascal¹² ponderando sobre o pensamento de Kant, explica que:

A idéia de autonomia prende-se a idéia de dignidade da pessoa. Autor de sua própria lei, o homem não tem apenas um preço, ou seja, um valor relativo, mas uma dignidade, ou seja, uma valor intrínseco (...).

É perfeitamente compreensível que Kant faça da autonomia o princípio supremo da moralidade (cf. p. 104), dado que a autonomia implica, ao mesmo tempo, a vontade de uma legislação universal e o respeito à pessoa humana que lhe deve a sua dignidade.

Aliás, não é sem razão, que o Biodireito, apresenta como um de seus princípios fundantes, o chamado Princípio da Ubiquidade.

Nesse sentido, Enéas Castilho Chiarini Júnior¹³, em trabalho desenvolvido sobre o tema, pondera que:

No âmbito do nascente Biodireito, o princípio da ubiquidade quer dizer que o direito ao patrimônio genético da humanidade enquanto espécie é também onipresente, de forma que deve-se preservar, a qualquer custo, a manutenção das características essenciais da espécie humana.

Tal princípio tem aplicabilidade, no âmbito do biodireito, principalmente como impedimento das experimentações científicas em células germinais humanas, as quais, uma vez alteradas, poderiam trazer “mutações” indesejáveis para toda a espécie humana, uma vez que a alteração das células germinais de um indivíduo poderia iniciar um processo de disseminação desta “mutação” perante os indivíduos das gerações futuras.

Assim, pelo princípio da ubiquidade, deve-se considerar que o patrimônio genético da espécie humana deve ser preservado, evitando-se a “contaminação” indesejada de indivíduos de gerações

12 PASCAL, 2009, p. 133.

13 CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Noções introdutórias sobre Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em: 7 set. 2011.

vindouras, de forma que se constitui em um dos fundamentos para a observância do próximo princípio, o princípio da cooperação entre os povos.

Portanto, os pais, ao terem a possibilidade de desenhar o DNA de seu filho, retirando a combinação espontânea e imprevisível da união cromossômica de pai e mãe, para dar origem a uma nova vida; na verdade também tolhe desta, a liberdade que teria, uma vez que alguém está determinando o que este virá a ser, não deixando margem ao acaso da forma como isso possa ocorrer.

Tal encruzilhada experimentada pela humanidade não é ignorada pelas Ciências Sociais, em especial o Direito e a Filosofia.

E, se no Direito surge o Biodireito; na filosofia, a Bioética embasa e aponta direções àquele.

Nesse sentido, Francisco Amaral¹⁴ pondera que:

Desenvolve-se a bioética, termo designativo da ética específica das questões biológicas, a traduzir o valor da pessoa humana e também a metodologia multidisciplinar de abordagem dessa mesma problemática, constituindo para o direito um novo campo de atuação, na medida em que este é chamado a criar normas que protejam o ser humano contra o abuso à sua integridade física, moral e intelectual, o que constitui, presentemente, o cerne da proteção universal dos direitos humanos. Urge, conseqüentemente, precisar o papel do direito em face desses novos desafios, elaborando o instrumental jurídico necessário à garantia dos valores fundamentais da ordem jurídica. Nessa matéria, vale dizer, a dignidade da pessoa humana, a justiça e o bem comum.

Retomando a linha de raciocínio anterior, portanto, o ponto de convergência das ciências médicas e jurídicas volta-se à experimentação do genoma humano, a partir de aceções particulares de concepção, a incidir sobre seus futuros filhos.

Nesse sentido, Habermas¹⁵ é enfático, ao frisar que:

Com efeito, um dia quando os adultos passarem a considerar a composição genética desejável dos seus descendentes como um produto que pode ser moldado e, para tanto, elaborarem um design que lhes pareça apropriado, eles estarão exercendo sobre seus produtos geneticamente manipulados uma espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas.

14 AMARAL, Francisco. O poder das Ciências Biomédicas: os direitos humanos como limite. Disponível em: http://www.ghente.org/publicacoes/moralidade/direitos_humanos.pdf. Acesso em : 07 set. 2011.

15 HABERMAS, 2010, p. 19.

Fazendo uma pequena alteração com o Direito Privado, consequências de tais atitudes poderão aparecer mais tarde, com tais pessoas que foram manipuladas geneticamente, traindo o eventual projeto pessoal de vida; podendo, essas, exigir algum tipo de indenização ou compensação por tais alterações artificiais, pois não necessariamente serão desejadas pela pessoa que vive diariamente com elas.

E nesse pormenor, Giselda Hironaka¹⁶ explica, apontando os paroxismos da eugenia, através das lentes da Bioética, que:

À Bioética, neste contexto, cabe o papel de levantar as questões, registrar as inquietações, alinhar as possibilidades de acerto e de erro, de benefício e de malefício, decorrentes do desempenho indiscriminado, não-autorizado, não limitado e não-regulamentado de práticas biotecnológicas e biomédicas que possam afetar, de qualquer forma, o cerne de importância da vida humana sobre a terra, vale dizer, a dignidade da pessoa humana. Mas o papel da Bioética certamente esgota-se neste perfil, sem decidir qual a humanidade que a atual geração quer para si e para as futuras gerações. Este papel é o papel do Biodireito, como se tem convencionado chamar.

E ainda nesse sentido, pergunta-se como poderia ser realizada a responsabilização de quem toma essa decisão, e qual seria a abrangência de uma compensação eventualmente exigida pela pessoa afetada.

Ocorre que a alteração genética efetuada nos descendentes são irreversíveis, fazendo surgir uma relação interpessoal desconhecida nos dias atuais, e pior, imprevisível do ponto de vista normativo e social sobre como devemos e poderemos lidar com tudo isso num futuro próximo, sem ser possível imaginar de forma categórica todas as possibilidades e consequências de tais atos, sendo impossível saber como isso afetará o ser de quem teve seu genoma alterado, sem sequer ter tido sua opinião levada em consideração, por óbvio impossível, mas que inegavelmente teve sua constituição natural violada em vários aspectos.

Entre as consequências, Habermas¹⁷ destaca:

Na medida em que um indivíduo toma no lugar do outro uma decisão irreversível, interferindo profundamente na constituição orgânica do segundo, a simetria de responsabilidade, em princípio existente entre pessoas livres e iguais, torna-se limitada. Perante nosso destino determinado pela socialização, preservamos fundamentalmente uma liberdade diferente da que teríamos com a produção pré-natal de nosso genoma. O jovem em crescimento poderá um dia ele mesmo assumir a responsabilidade por sua história de vida e por aquilo que ele é.

16 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4193>>. Acesso em: 7 set. 2011.

17 HABERMAS, 2010, p. 20.

Desse modo, questiona-se se a pessoa que teve seu genoma manipulado pode através da auto-avaliação analisar sua vida pregressa, formular uma auto-compreensão revisória e assim compensar de alguma forma o que lhe foi determinado sem opção de escolha, buscando dar um sentido à sua vida que aparentemente foi projetada por um terceiro?

Ou será que essa pessoa estaria atrelada indefinidamente àquela que fez a alteração em seu genoma? Por consequência, seria o autor de tais alterações responsável por tudo o que acontecesse na vida de seu descendente?

Buscando um parâmetro normativo, Habermas lembra que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, em seu artigo 3^o¹⁸ já traz várias garantias: “(...) garante o direito à integridade física e mental, contém a ‘proibição de práticas eugênicas, sobretudo das que visam à seleção de pessoas’, bem como ‘a proibição da clonagem reprodutiva de seres humanos’”.

Portanto, essas questões nos conduzem, de retorno, às ponderações iniciais, quais sejam, se devemos pensar o que estamos fazendo de nossa vida, e o que queremos fazer com nossa vida.

Se a ética e a moral que temos em vigor dentro de nosso íntimo e também com a sociedade, deve nos levar a uma “vida correta” e não o contrário.

E nesse sentido, lançando subsídios a um laivo de lucidez, de nossa parte, Mário Emílio Forte Bigotte Chorão¹⁹ aponta que:

Pois bem, aplicando esta doutrina ao nosso problema, resulta o dever de advertir a presença do ser embrionário e de o respeitar como pessoa humana (mesmo no caso de eventual dúvida acerca da sua identidade pessoal).

Esse respeito tem de entender-se num sentido forte, que inclui, não apenas o dever de não causar dano (*neminem laedere*), mas também o de dispensar, positivamente, ao *conceptus*, a atenção e os cuidados que ele merece, atentas a sua natureza e dignidade, bem com as circunstâncias particulares da sua extrema fragilidade e vulnerabilidade. Cabem aqui, os imperativos da justiça (*suum cuique tribuere*) e do amor de benevolência

Portanto, a preocupação sobre a temática afeta à manipulação genética não deve passar ao largo da ética ou da normatização jurídica.

Necessário, ao revés, que tal discussão não seja relegada apenas

18 Artigo 3.º Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.

2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

i) o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,

ii) a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas,

iii) a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,

iv) a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

19 CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *BIOÉTICA, PESSOA E DIREITO* (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano). Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>.

Acesso em 6 set. 2011.

aos biólogos e engenheiros, pois a filosofia exerce papel principal dentro da compreensão do todo, da vida da sociedade e também de como conduzimos a nossa própria vida, de forma que ao realizarmos a análise de nossa vida pregressa tenhamos bons motivos para almejar um futuro melhor e ponderável com tudo aquilo que já realizamos e pretendemos fazer; principalmente, buscando o bem estar comum de todos e a racionalidade para deixar que a vida não seja guiada e criada por meios artificiais por mero capricho de pessoas que não analisam as consequências de seus atos em sua totalidade.

PROPOSTA DE UMA EUGENIA LIBERAL

Em sua obra, Habermas relata que em 1973 conseguiu-se separar e voltar a combinar componentes elementares de um genoma.

Aponta que, desde então, as técnicas genéticas evoluíram muito e foram empregadas, no mesmo ano, no diagnóstico pré-natal; e, em 1978, na inseminação artificial.

Desse modo, a concepção “in vitro” torna possível o acesso das células tronco para pesquisas.

A reprodução assistida já havia possibilitado revolução no campo do parentesco, tais como barrigas de aluguel, doadores de óvulos e esperma, entretanto, foi somente com a junção da medicina e da reprodução assistida, com as técnicas genéticas, que se possibilitou a existência do que se convencionou denominar de DGPI (diagnóstico genético de pré-implantação), criando perspectivas para a produção de órgãos e intervenções genéticas com fins terapêuticos.

Portanto, o diagnóstico genético de pré-implantação torna possível submeter o embrião a um exame genético de precaução, o que foi usado inicialmente para se evitar futura interrupção de gravidez.

De outra parte, as pesquisas sobre células tronco caminham na perspectiva de prevenção de doenças e há expectativa de que a escassez de transplantes seja superada, em breve, por meio da produção de tecidos e órgãos, a partir de células tronco embrionárias.

A partir das conquistas científicas, existem aqueles que defendem a impossibilidade de se retroceder ao status quo ante; recusando-se a abrir mão de qualquer prática eugênica; em nome de argumentos éticos ou jurídicos.

E justamente nesse contexto, a partir da necessidade de se dar uma resposta convincente ao mundo científico, embasando um discurso ético-moral; viabilizando o disciplinamento jurídico dessas práticas científicas, vêm a lume essas ponderações que apontam em uma direção fundamentada na preservação da dignidade humana.

É nesse sentido que se insere a temática do Biodireito ou Bioética.

Assim, a desnudar tal concepção, Maria Lúcia Luz Leiria²⁰ pondera que:

Cunhado pela primeira vez o termo bioética pelo oncologista Van Rensseler Potter, ao publicar seu livro *Bioethic: bridge to the future*, em 1971, o termo “bioética” incorporou-se ao vocabulário dos profissionais das áreas científicas, principalmente nas instituições de ensino e institutos de pesquisas médicas. Alçada a disciplina, a bioética representa o estudo de todos os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, buscando avaliar suas implicações nas relações em sociedade.

E prossegue, asseverando que:

Há de ser anotado que discussões persistem sobre o próprio termo, fazendo-se diferença entre a bioética e o biodireito, porque o termo “biodireito” traria para a ciência jurídica um possível aprisionamento de todos os valores que são discutidos na bioética, podendo representar apenas as questões que foram enfrentadas pelos textos legais. Não se vê, no entanto, tamanha dificuldade, desde que, em atual e boa interpretação, entenda-se direito, no termo biodireito, não como direito positivado em textos legais, mas sim direito como objeto da ciência jurídica, portanto capaz de albergar todos os enfrentamentos da bioética.

Entretanto, considerando que a pesquisa biogenética uniu-se a interesses de grandes investidores e à pressão de governos, a tendência é de que a dinâmica da situação hoje vivida ameace derrubar longos processos normativos conquistados.

Ocorre que os processos políticos de autocompreensão precisam de tempo para amadurecimento.

Assim, devem ter como objetivo o desenvolvimento global, não devendo, ante a falta de perspectivas, ater-se à necessidade de regulamentação e ao estado atual da técnica.

Por tal razão, Habermas, a partir dos elementos éticos que estão em xeque, sugere que um cenário de desenvolvimento a médio prazo, seria limitar os casos de aplicação do diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI), avançando-se lentamente conforme fossem obtidos resultados satisfatórios.

Outro ponto que mereceria consideração, a partir do filósofo alemão, diz respeito à separação entre a chamada eugenia “negativa” da eugenia “positiva”.

Ocorre que o limite entre essas duas práticas é flutuante, demandando a imposição de fronteiras normativas, de forma a precisar suas dimensões.

Essa falta de limites é argumento para se defender uma eugenia liberal, a qual não reconhece limite entre intervenções genéticas terapêuticas e de aperfeiçoamento. Tal é a situação que em 18 de maio de 2001 o Presidente da

20 LEIRIA, Maria Lúcia Luz. O direito à vida (digna) frente às descobertas da engenharia genética. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoavidadigna.pdf. Acesso em 6 set. 2011.

República Federal Alemã advertiu: “Quem começa a fazer da vida humana um instrumento e a distinguir entre o que é digno ou não digno de viver perde o freio”²¹.

Nesse contexto, a técnica da pré-implantação vincula-se à seguinte questão normativa: “É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?”²².

Ainda, podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?

E na mesma senda, como justificar eticamente a disposição de embriões para enxertar tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema da rejeição?

Acontece que na medida em que o uso de embriões para pesquisas se disseminam e normalizam, perde-se a sensibilidade moral para os limites dos cálculos custo-benefício, como aponta Habermas.

Ocorre que ambos os temas, ou seja, o do Diagnóstico Genético de Pré-Implantação e o da pesquisa sobre células tronco, partem da perspectiva da auto-instrumentalização e da auto-otimização, que o homem está prestes a acionar com fundamentos biológicos de sua existência.

Nesse ponto vemos a combinação entre a intangibilidade da pessoa e a indisponibilidade do modo natural de sua representação corporal.

Assim, com o DGPI, já nos dias de hoje, é extremamente difícil respeitar a fronteira entre a seleção de fatores hereditários indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis.

Fica claro, portanto, que o limite conceitual entre a prevenção do nascimento de uma criança gravemente doente e o aperfeiçoamento do patrimônio hereditário, ou seja, de uma decisão eugênica, não é mais demarcado.

Assevera Habermas, ainda, que a questão ganha importância prática sob o aspecto da intervenção corretiva do genoma humano para se evitar doenças.

Com isso, o problema da delimitação entre prevenção e eugenia transforma-se numa questão de legislação política, daí a importância de se precisar os limites normativos disciplinadores de tais práticas; justamente considerando que o já presenciado em nossos dias, vicejará, provavelmente, em pouco tempo, na possibilidade da própria raça humana possa controlar sua evolução biológica.

Nesse sentido, Maria Lúcia Luz Leiria²³ aponta que:

As questões enfrentadas passaram em um primeiro momento a ser vistas, estudadas e analisadas por meio de uma visão teológica, após filosófica, tudo na procura de solução de regras que enfeixassem e não maculassem valores e bens universalmente reconhecidos. Daí, surgem grandes disputas: de um lado pelos pesquisadores das ciências biológicas na busca de uma eticidade própria dos

21 HABERMAS, 2010, p. 27.

22 HABERMAS, 2010, p. 28.

23 LEIRIA, Maria Lúcia Luz. O direito à vida (digna) frente às descobertas da engenharia genética. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoavidadigna.pdf. Acesso em 6 set. 2011.

enfrentamentos surgidos com as novas descobertas; de outro, os operadores das humanidades, buscando valores próprios e supremos, muita vezes parciais e locais.

Desse modo, as intervenções genéticas não podem ser decididas exclusivamente com base na dignidade humana, propriamente, ou, tão somente, no “status dos direitos fundamentais dos óvulos fecundados”²⁴ mas, também, considerando as exigências morais, sob pena de instrumentalização da vida humana, ante a aceitação do embrião como bem.

Por tal razão, Habermas busca promover uma distinção entre as questões morais e das questões éticas.

Assim, as questões morais dizem respeito às questões relativas à convivência baseada em normas justas, o modo como os membros de uma comunidade compartilham noções comuns de direitos e obrigações. Por sua vez, as questões éticas referem-se as crenças que formam a identidade de cada ser humano.

Nesse sentido, Habermas²⁵ pondera que:

Em contrapartida, a forma de lidar com a vida humana pré-pessoal suscita questões de um calibre totalmente diferente. Elas aludem não a esta ou àquela diferença na variedade de formas devida cultural, mas a autodescrições intuitivas, a partir das quais nos identificamos como pessoas e nos distinguimos de outros seres vivos – portanto, nossa autocompreensão enquanto seres da espécie.

A partir dessa perspectiva, Habermas²⁶ questiona se a “tecnicização da natureza humana altera a autocompreensão ética da espécie de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”.

E, é justamente fulcrado em tais ponderações, que Habermas defende as intervenções genéticas exclusivamente para fins terapêuticos em alguns casos, sintetizando seus temores na seguinte construção²⁷:

O corpo repleto de próteses, destinadas a aumentar o rendimento, ou a inteligência dos anjos, gravada no disco rígido, são imagens fantásticas. Estas apagam as linhas fronteiriças e desfazem as coerências que até o momento se apresentaram a nosso agir cotidiano como transcendentalmente necessárias. De um lado, o ser orgânico que cresceu naturalmente se funde com o ser produzido de forma técnica; de outro, a produtividade do intelecto humano separa-se da subjetividade vivenciada.

Assim, por exemplo, doenças monogênica sugerindo que os pais tenham o

24 HABERMAS, 2010, p.54.

25 HABERMAS, 2010, p.55.

26 HABERMAS, 2010, p.57.

27 HABERMAS, 2010, p.58.

poder de autorizar a intervenção, partindo do pressuposto de que a pessoa potencial preferiria não ter uma doença que levaria a uma expectativa de vida reduzida ou uma vida de grande sofrimento tratando-se, portanto, de uma presunção de consentimento informado.

Contudo, o autor posiciona-se contrário as melhorias genéticas que seriam as hipóteses onde se busca o aperfeiçoamento da célula embrionária, sob pena de ofender a moral e o respeito à humanidade e autonomia das pessoas.

Habermas sustenta, ainda, que na intervenção genética há a figura do programador e do programado e questiona a questão da moralidade na intervenção genética.

Para o autor, o programador ao impor suas preferências sobre uma pessoa em potencial, acaba por tratá-lo como um objeto, ao invés de tratá-lo como um sujeito, um indivíduo autônomo. Desta forma, ao impor a outrem uma decisão sobre sua composição genética de acordo com suas preferências, restringe sua capacidade como pessoa de auto-realizar, sendo esta atitude de dominação, de instrumentalização.

Por outro lado, o programado, ou seja, a pessoa manipulada geneticamente pelo programador, teria sua capacidade reduzida de ser a pessoa que efetivamente seria, caso não houvesse a intervenção humana. Isso geraria, certamente, uma mudança na autonomia e poder de decisão do próprio indivíduo.

Portanto, Habermas aponta que não seria moralmente aceitável alguém alterar o genoma das gerações futuras uma vez que ao permitir que alguém assim o faça, estaria infringindo a autonomia, igualdade e poder de decisão que deve existir entre todos os membros de uma comunidade.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, seguindo os passos de Habermas, o mesmo nos apresenta uma análise extremamente densa sobre as implicações correlatas à utilização das novas tecnologias em intervenções e formas assistidas de reprodução.

Articula a problemática da ética da espécie humana aos contornos da prática tecnológica, enfileirando polêmicas em torno da disponibilidade dos recursos genéticos para fins de instrumentalização do corpo humano; redundando na alteração de suas qualidades originais.

Coloca em xeque a existência de uma concepção natural de homem, no futuro, apontando os potenciais eugênicos que subjazem as estratégias biotecnológicas de programação de seres humanos.

Aduz pelo esmaecimento das fronteiras que separam o humano do não-humano, assim como a possibilidade anunciada pela tecnociência de redução do gene humano a um código entre outros redundarão no rompimento da idéia de

humanidade.

A partir desse paradigma, situa os riscos frente às práticas eugênicas, quanto a nossa capacidade de auto-compreensão, como membros de uma mesma espécie, e por conseqüência, adstritos a um mesmo contexto discursivo, entre pessoas iguais. Dai a inserção da Bioética e do Biodireito, a balizar os comportamentos fundando um arcabouço ético próprio.

Aduz, finalmente, que o processo de hetero-determinação, a partir de uma eugenia liberal, idealizada por valores de mercado, determinará alteração de nossa auto-compreensão ética da espécie, de tal modo que não mais nos poderemos reconhecer como autores únicos de nossa própria vida, e sim produtos da intervenção de terceiros. Prática essa que irá destroçar a noção de indisponibilidade da vida humana; bem como, a manutenção de condições igualitárias de comunicação entre os seres morais, como garantia da auto-compreensão da espécie.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **O poder das Ciências Biomédicas: os direitos humanos como limite**. Disponível em: http://www.ghente.org/publicacoes/moralidade/direitos_humanos.pdf. Acesso em : 07 set. 2011.

CARTADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 18.12.2000 PT **Jornal Oficial das Comunidades Européias**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 7 set. 2011.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em: 7 set. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana. A caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4193>>. Acesso em: 5 set. 2011.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O direito à vida (digna) frente às descobertas da**

engenharia genética. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoavidadigna.pdf. Acesso em 6 set. 2011.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Bioética, pessoa e direito (Para uma recapitulação do estatuto do embrião humano).** Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf>. Acesso em 6 set. 2011.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O ARTIGO 475-J DO CPC - NATUREZA E TERMO INICIAL PARA CUMPRIMENTO

Alisson Rafael Forti Quessada¹
João Guilherme de Oliveira²

RESUMO

Com a entrada em vigor da atual Lei nº 11.232/2005 que inseriu uma nova sistemática sobre a fase do cumprimento de sentença no Código de Processo Civil, erigiu-se na doutrina e jurisprudência dúvidas acerca do termo inicial, bem como na pessoa de quem haveria de recair a intimação para pagamento de dívida fundada em título executivo judicial por quantia certa ou já apurada em liquidação nos termos do art. 475-J, do CPC. A natureza do presente trabalho visa demonstrar as diferentes teorias sobre o tema estudando sistematicamente a atual posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça estabelecendo considerações crítico-científicas sobre o assunto.

Palavras-chave: Cumprimento de sentença. Art. 475-J, CPC. Natureza jurídica da multa. Termo inicial para pagamento.

ABSTRACT

With the entry into force of the current Law No. 11.232/2005 have entered a new phase on the systematic execution of a sentence in the Code of Civil Procedure, was erected in doctrine and jurisprudence doubts about the initial term, as well as the person who would fall of the summons for payment of debt founded on a judicial enforcement by the right amount or already established in liquidation pursuant to art. 475-J of the CPC. The nature of this work aims to demonstrate the different theories on the subject systematically studying the current position adopted by the Superior Court of Justice establishing critical-scientific considerations on the subject.

Keywords: Compliance with judgments. Article 475-J, CPC. Legal nature of the fine. Initial Payment Term.

¹ Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil

² Advogado e Consultor de Empresas. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Professor de Direito Empresarial para os cursos de Direito e Administração.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da atual Lei nº 11.232, de 22 de Dezembro de 2005, extinguiu-se do velho ordenamento a antiquada execução fundada em título executivo judicial, inserindo ao bojo do processo cognitivo o assim denominado cumprimento de sentença.

Em tal procedimento, inseriu-se ao processo de conhecimento uma fase de cumprimento da sentença satisfativa, dando guarida ao processo sincrético a que vinha ganhando espaço na doutrina. Tal processo agora é uno, e independe de nova citação do réu para que a sentença venha a ser executada, ou, como queira, cumprida.

Desta forma, inovou a ordem pátria ao inserir dentro do procedimento de cumprimento de sentença o art. 475-J do Código de Processo Civil que estipulou que nos casos de condenação em quantia certa, ou já liquidada, o devedor fará o pagamento no prazo de 15 dias sob pena de multa de dez por cento.

Extrai-se desta sistemática, que o legislador foi omissivo ao estipular o prazo inicial para cumprimento da obrigação, dando margem a diversas interpretações e opiniões que vem ganhando repercussão nos tribunais pátrios. Diferentes interpretações a respeito da natureza jurídica da multa vem trazendo reflexos na esfera processual na medida em que o devedor poderá deixar de ser intimado para cumprimento da obrigação à despeito da multa de 10% sobre o valor da condenação.

A natureza do presente trabalho é expor superficialmente as diferentes teorias sobre o tema e demonstrar o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça.

O trabalho terá por fonte primária a Lei, da qual será interpretada através de artigos, revistas, páginas da internet e livros dos últimos anos referente ao assunto.

Secundariamente, pretende-se questionar a indagação principal acerca da pesquisa: Qual o prazo inicial para cumprimento da sentença previsto pelo art. 475-J do Código de Processo Civil?

Por fim, de maneira estritamente científica julga-se o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Pátrio como contrariador da reforma processual adotada pelo legislador brasileiro.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dentre as inovações práticas elencadas pela atual tendência da sistemática processual pátria, adveio em 22 de dezembro de 2005 a Lei Federal nº 11.232 que revogou a antiquada execução fundada em título executivo judicial e inseriu

novo e moderno procedimento executivo. Para tanto, embasada nos benefícios do sincretismo processual, inseriu no bojo da sistemática cognitiva a fase do cumprimento de sentença.

Pretendeu o legislador pátrio simplificar a morosa prestação jurisdicional que vinha sendo praticada em detrimento ao tempo despendido por quem detinha o mais lúdimo direito ao bem da vida. Seguindo tendência doutrinária que clamava por uma eficaz célere prestação jurisdicional, a despeito da ficção utópica sistematizada no antiquado procedimento executório, previu o sincretismo processual trazendo ao bojo da cognição o que se conveniu chamar do cumprimento de sentença.

Por antiga disposição legal aviltava-se a parte vencedora do processo na medida em que lhe exigia nova demanda jurisdicional para que fosse pleiteado o que já havia sido exigido em exordial.

Tal visão modernizada na sistemática brasileira há tempos já vinha sendo alvo de discussão e críticas pela mais gabaritada doutrina. A exemplo do douto processualista Humberto Theodoro Júnior, que desde 1987 vinha afirmando o que somente nos dias de hoje foi cativado pela legislação. Em suas sábias palavras que repercutem até os dias de hoje, nos prelecionava que

em se abandonando velhas e injustificáveis tradições romanísticas, toda e qualquer pretensão condenatória possa ser examinada e atendida dentro de um único processo, de sorte que ato final de satisfação do direito do autor não venha a se transformar numa nova e injustificável ação, como ocorre atualmente em nosso processo civil.³

Afinal, exigir que a parte vencedora requeira o que já foi exigido inicialmente é esbarrar na inteligência social, ao passo que desprestigiava-se o procedimento cognitivo que não possuía força cogente.

Portanto, com a inserção da nova sistemática de cumprimento de sentença, formulando pleito inicial cognitivo, estará o requerente exercendo todo o seu direito, do qual tão logo reconhecido lhe é entregue. A ação é única e não depende nova citação.

ART. 475-J DO CPC. NATUREZA JURÍDICA E PRAZO INICIAL PARA CUMPRIMENTO

Dentre outras inovações do cumprimento de sentença, a que vem ganhando maior destaque e relevo nas discussões jurisprudenciais e doutrinárias é

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal, Ed. Aide, 1987, p. 239 apud CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? Material da 4ª aula da disciplina Cumprimento das Decisões e Processo de Execução, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – UNIDERP/IBDP/REDE LFG.)

a regra inserta no art. 475-J do Código de Processo Civil, a qual dispõe que

caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Nesta fase processual inserta no Código de Processo Civil, verifica-se a tendência sincrética observada pelo legislador ao prever que a sentença condenatória em quantia certa ou já liquidada venha se revestir de eficácia, impondo ao vencido que quite sua dívida no prazo de 15 dias sob pena de multa de 10%.

Tal sistematização advém do respeito à corte, eis que não há necessidade de reafirmar-se que aquele ato jurisdicional passado em julgado há de ser cumprido.

O processo tem de ser compreendido como o conjunto de atividades judiciais que vão desde o provocar o Estado Juiz a reconhecer o direito até o realizá-lo. Processo é junção do binômio ‘reconhecimento’ (do direito) e ‘realização’ (do direito) a que fiz referência acima. O que se dá ao longo do processo é que o foco das atividades e da atuação do Estado Juiz altera-se conforme as necessidades imediatas. O Estado Juiz praticará uns tantos atos voltados precipuamente ao reconhecimento do direito tal qual descrito pelas partes em suas manifestações e praticará outros tantos voltados precipuamente à realização concreta do que foi reconhecido. Não está errado, muito pelo contrário, sustentar que cada uma destas atividades possa ser compreendida como uma ‘etapa’, como uma fase do processo. Mas cada uma destas ‘fases’ são elementos, são partes que compõem o todo, que é o processo. Não são o processo. São parte dele.⁴

Sendo assim, impõe-se aguerrida multa coercitiva para que o vencedor cumpra sua dívida já reconhecida em sentença passada pelo crivo do contraditório.

Assim é que, inobstante toda eficácia a que se quis emprestar ao artigo, omissões surgiram a respeito do termo inicial da contagem do prazo de quinze dias a que se diz respeito, bem como sua natureza jurídica, dando margem assim a diversas interpretações.

Para uma primeira corrente, e que conta com adeptos como o douto processualista Humberto Theodoro Júnior, o prazo tem início de forma automática a partir do momento em que a sentença se torna executável, seja porque transitou em julgado, seja porque impugnada por recurso destituído de efeito suspensivo. Para aquele

[...] vê-se, destarte, que o pagamento não estará na dependência de requerimento do credor. Para evitar a multa, tem o devedor que

4 BUENO. Cássio Scarpinella. A nova Etapa da Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 7. Vol. 1.

tornar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível.⁵

Para o digníssimo processualista Araken de Assis, adepto desta mesma corrente, nos preleciona que

[...] o art. 475-J, caput, estipulou o prazo de espera de quinze dias, no curso do qual o condenado poderá solver a dívida pelo valor originário, ou seja, sem o acréscimo da multa de 10% (dez por cento). O prazo flui da data em que a condenação se tornar exigível. É o que extrai da locução “condenado ao pagamento de quantia certa, ou já fixada em liquidação”.⁶

Ainda, Cássio Scarpinella Bueno, asseverando sobre a multa prevista pelo art. 475-J, CPC, sabiamente nos lembra que

Esta multa tem clara natureza coercitiva, vale dizer, ela serve para incutir no espírito do devedor aquilo que a Lei 11.232/2005 não diz de forma clara (e cá entre nós, talvez nenhuma lei ou, mais amplamente, ato normativo precise ou precisasse dizer), o que seja, que as decisões jurisdicionais devem ser cumpridas acatadas de imediato, sem tergiversações, sem delongas, sem questionamento, sem hesitações, na exata medida em que elas sejam eficazes, isto é, na exata medida em que elas surtam seus regulares efeitos.⁷

Para tais adeptos a multa possui natureza coercitiva e aplica-se de forma automática na exata medida como previsto pela motivação da lei em questão. Isto porque, as sentenças proferidas hão de ser respeitadas espontaneamente assim que exigíveis, e assim sendo, a fluência do prazo em questão iniciar-se-ia na data do trânsito em julgado, que ultrapassado faria por incidir a multa de 10% do art. 475-J, CPC.

Para esta primeira corrente, a multa prevista pelo artigo tem natureza coercitiva na exata medida em que não faz-se necessário qualquer intimação da parte para a quitação da dívida, diferenciando-se assim, como querem outros, da justificação como multa punitiva, ou seja, havendo intimação e transcorrido in albis o prazo para pagamento, incidiria referida multa como punição da inércia.

Para uma segunda corrente, o prazo também teria início com o trânsito em julgado da decisão, porém, seria exigível ainda que à sentença tenha sido interposto recurso desprovido de efeito suspensivo.

Ainda, para uma terceira corrente, tendo havido recurso o prazo em

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil – Leis nº 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2006, p. 45.

6 ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2006, p. 212.

7 BUENO, Cássio Scarpinella. Variações sobre a Multa do Caput do art. 475-J do CPC na Redação da Lei 11.232/2005 apud WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Nova Execução 3. De títulos judiciais – Lei 11.232/2005. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. p.131.

questão tem início somente após a intimação da baixa dos autos para as partes, bastando, neste ínterim a intimação na pessoa do advogado.

Por último, porém não menos respeitada, o prazo de 15 dias fluirá com a intimação pessoal do executado.

Assim sendo, há muito a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vinha se pacificando no sentido da automação do cumprimento de sentença quando esta se tornara exigível, ou seja, com o trânsito em julgado, reconhecendo a natureza da multa como coercitiva, não fazendo necessário qualquer intimação, seja na pessoa do advogado seja na pessoa do executado.⁸

Contudo, após acirradas discussões a respeito, a Colenda Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anteriormente pacificado, em julgamento do Recurso Especial nº 940.274-MS, de relatoria vencida do digníssimo Ministro Humberto Gomes de Barros, nos termos do art. 11. Inc. VI do Regimento Interno, houve por bem unificar a questão no sentido de que tal não ocorre de forma automática, mas sim nos termos do art. 475-B do CPC, cabendo assim ao credor a provocação do juízo para prosseguir à ciência do devedor sobre o montante apurado.

Outrossim, julgou-se também a hipótese da operacionalização do trânsito em julgado em sede recursal, fato em que o prazo contar-se-ia após a baixa dos autos, com oposição do “cumpra-se” pelo julgador de piso, atentando-se que a intimação ocorrerá na pessoa do advogado da parte pela imprensa oficial.

Confira-se redação original a seguir.

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a oposição do “cumpra-se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa

8 STJ. AgRg no REsp nº 1.076.882/RS. 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23.09.2008; AgRg no REsp nº 1.024.631/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. j. 09.09.2008; AgRg no Ag nº 1.046.147/RS. 4ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. j. 09.09.2008.

do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁹

Então assim, não olvida-se da sábia motivação do Colendo Superior Tribunal de Justiça no intuito de uniformizar a jurisprudência, dispondo para tanto de modo híbrido acerca das correntes erigidas. Embasado em fundamentação elencada no art. 475-B, do Código de Processo Civil, entenderam os nobres julgadores, que após a sentença de mérito reconhecendo o direito, o credor exporá o cálculo aritmético requerendo a intimação do devedor na pessoa do advogado nos termos do art. 475-J, prazo este quando da fluência do prazo de 15 dias, que passado, só então fará por incidir a multa de 10% do valor da condenação.

Modificou-se entendimento, passando a Corte Superior em reconhecer referida multa como sendo de natureza punitiva, eis que far-se-ia por necessário o requerimento do credor para intimação do devedor na pessoa do advogado para início da fluência do prazo.

Referendou-se, portanto, entendimento no sentido da não automação do cumprimento da sentença, ao contrário do que vinha orientando a jurisprudência dos tribunais pátrio.

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Em eminente caráter científico, acredita-se a razão residir com a corrente doutrinária de Humberto Theodoro Júnior e Araken de Assis, motivação neste sentido há muito pacificada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que conta com o fundamento vencido do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros.

Ora, evidente o caráter sincrético da reforma do cumprimento do título judicial. Mais evidente ainda a mens legislatoris de primar pela eficaz prestação jurisdicional eliminando procedimentos que mais contribuíam para a ineficácia judiciária. Exigir a prévia manifestação do credor, data venia, como se pretende

9 STJ. Resp. nº 940.274-MS (2007/0077946-1). Corte Especial. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. j. 07.04.2010. por maioria. Vencido o relator e o Min. Ari Pargendler.

o colendo STJ, vai contra a principiologia da unicidade processual cognitiva e execução por título judicial. Ademais, como bem afirma o douto processualista Cássio Scarpinella Bueno, em outras palavras, não há razão para que o credor requeira após a sentença, o que já foi por ele requerido em petição inicial. O credor vitorioso na demanda permanece tão desprovido do bem ao qual recai seu direito como no momento em que ingressara com o pleito inicial perante o judiciário.

Evidente que, operacionalizando-se a coisa julgada em sede recursal, não há qualquer necessidade da instância de piso apor o seu “Cumpra-se” como se estivesse referendando ou “homologando” o acórdão superior para somente após produzir efeitos materiais. Logicamente, tal aposição trata-se de mero expediente de impulso ao processo, mas que não teria o condão de se tornar o marco processual para o cumprimento de qualquer obrigação.

Como a Lei 11.232/2005 pretendeu transmutar a sentença de meramente condenatória para mandamental através a sistematização do art. 475-J, CPC, equivale a dizer em regressão cultural ao condicionar o prévio requerimento do credor ao cumprimento da sentença. E exigir a intimação da parte e requerimento do credor é ressuscitar o antiquado processo executivo por título judicial travestindo a petição inicial em requerimento e a citação em intimação. A razão de o ser é deturpada pela ótica conservadora do Superior Tribunal Pátrio.

Aliás, por expressa disposição do art. 475-J, verifica-se que o requerimento do credor somente far-se-á por necessário quando da expedição do mandado de penhora, e não para que o devedor pague a dívida.

Ainda, exigir que a intimação recaia sobre seu advogado é ignorar o ato material pelo qual deu origem ao processo em concreto, eis que a questão revolvida somente se extinguirá com a quitação por parte na pessoa do devedor e não do advogado.

Dispõe o § 1º do art. 475-J, que “do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado”, sendo totalmente omissa o caput do artigo ao tratar do assunto.

Em nítida interpretação sistemática e topográfica, denota-se a mens legis em inserir o requerimento do credor somente quando da expedição do mandado de penhora, que efetivado, haverá somente então, a intimação na pessoa do advogado.

Exigir a intimação para pagamento da dívida na pessoa do advogado para início do prazo para pagamento reconhecendo a multa do art. 475-J é inovar a ordem processual na medida em que, o advogado é mero representante processual não havendo de ser intimado para prática de atos materiais, como ocorre no pagamento da dívida.

Assim é que, a doutrina sempre de bom alvitre, vinha distinguindo os atos de intimação processual, dos atos de intimação para cumprimento de obrigação, este sempre dirigido diretamente à parte. Seguindo ensinamento de Luiz Rodrigues

é necessário distinguir os atos processuais que exigem capacidade postulatória dos atos materiais de cumprimento da obrigação. No sistema jurídico processual, há intimações que devem ser dirigidas às partes, e intimações que devem ser dirigidas aos advogados. Para tanto, são observados os seguintes critérios, em regra: (a) para a prática de atos processuais que dependem de capacidade postulatória (CPC, art. 36), a intimação deve ser dirigida ao advogado¹⁰; (b) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente. Assim, por exemplo, a citação inicial, em regra, é pessoal, permitindo-se excepcionalmente a citação de “procurador legalmente autorizado” (cf. art. 215 do CPC). Para a prestação de depoimento pessoal também deve ser a parte “intimada pessoalmente” (CPC, art. 343, § 1.º), e assim por diante. Em outros casos, o sistema impõe a intimação do advogado, e não necessariamente a intimação da parte, porque o ato a ser realizado é eminentemente processual e exige capacidade postulatória (cf., dentre outros, CPC, art. 242, § 2.º). O cumprimento da obrigação é ato cuja realização dependa de advogado, mas é ato da parte. Ou seja, o ato de cumprimento ou descumprimento do dever jurídico é algo que somente será exigido da parte, e não de seu advogado, salvo se houver exceção expressa, respeito, o que inexistente, no art. 475-J, caput, do CPC.

[...]

É certo que a possível incidência da multa é algo que deve desempenhar o papel de “estímulo” consistente em medida coercitiva, tendendo a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, mas a eficácia intimidatória de tal medida pode frustrar-se, caso não dirigida diretamente ao devedor. Afinal, não pode ser desprezada a hipótese de o advogado, motivadamente ou não, deixar de informar ao réu que o descumprimento da sentença acarreta a incidência da multa, circunstância esta que pode esvaziar o objetivo de tal medida. Por fim, é necessário ressaltar que o respeito irrestrito à Constituição Federal não pode ceder passo, qualquer que seja o argumento, sob pena de desmanche da difícil, longa e trabalhosa construção do Estado-de-Direito brasileiro.¹¹

Não podemos nos esquecer ainda, que as medidas legislativas em questão se deram para retirar do ordenamento jurídico a morosa citação que se vinha exigindo para o pagamento da dívida em processo executivo autônomo que decorria de petição inicial.

Pacificando-se, da forma como pacificou-se o Nobre Superior Tribunal de Justiça, incorreu em evidente afronta aos princípios pelos quais a mens legis quis

10 Cf. STJ, REsp 36265/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, 3.ª T., julgado em 29.03.1994, DJ 16.05.1994 p. 11760.

11 WAMBIER, Luiz Rodrigues, et al. IN: Sobre a Necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005) - RP 136/287 e RIDCPC 42/71.

prestigiar, a exemplo da eficiência e celeridade processual decorrentes do acesso à justiça, bem como do princípio da economicidade de atos.

Assim, baldadas as correntes erigidas, opina-se pela corrente doutrinária a qual afirma pelo caráter automático da fluência do prazo a partir do momento em que a sentença se torne exigível, eis que exigir prévio requerimento do credor como ora asseverado pelo STJ destoa da legalidade, proporcionalidade e principalmente da eficaz prestação jurisdicional a qual pretendeu primar o legislador nesta nova tendência do processo sincrético nos termos do explicitado no cumprimento de sentença.

CONCLUSÃO

A Lei 11.232/2005 entrou em vigor visando inserir na atual sistemática processual o processo sincrético, do qual unificou o procedimento cognitivo e executivo no que tange ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa ou já liquidada. Sendo processo uno, deixou de exigir-se nova petição inicial para execução do julgado, extinguindo-se por consequência a citação da parte ré.

Inseriu no denominado procedimento do cumprimento de sentença o art. 475-J, CPC, que inovou na ordem pátria e disciplinou a aplicação de uma multa de 10% sobre o montante da condenação caso o devedor não a pague no prazo de 15 dias. Inobstante, o legislador foi omissos a respeito da natureza jurídica da multa, bem como do termo inicial para pagamento da mesma.

Em contrapartida, por muito tempo os tribunais pátrios vieram a suprir referida omissão legislativa passando a interpretar questionada norma, como sendo de natureza coercitiva na medida em que a sentença se tornara exigível, ou seja, o pagamento haveria de ser efetuado de forma espontânea pelo devedor sob pena da automática incidência da multa de 10% referida no artigo.

Em que pese tal fundamentação guardar total simetria com a motivação da inserção da multa em questão, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem em reconhecer e pacificar-se no sentido de que a multa em questão é de típica natureza punitiva e o devedor deve sim ser intimado para o pagamento da mesma, somente então passando a fluir o prazo processual para incidência dos 10%.

Em estrito caráter científico, critica-se a posição adotada atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que revolvendo a citação travestida em intimação advogado, bem como exigindo prévio requerimento da parte vencedora, estará ressuscitando a antiquada execução de título judicial, fazendo com que a parte vencedora em nada contribua para a célere prestação jurisdicional incessantemente buscada pelo legislador pátrio.

REFERÊNCIAS

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOLDENBERG, José. **Gestão Participativa das águas**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. 15 ed.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Sites de consulta à legislação:

http://www.camaraavare.sp.gov.br/leiorganica.asp#_Toc245632382

<http://www.aultimaarcadenoe.com.br/leiagua.htm>

<http://www.planalto.gov.br>

http://pt.wikipedia.org/wiki/Represa_de_Jurumirim

A NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Alexandre Gazetta Simões¹

Jean Davis Guido²

RESUMO

Os tributos apresentam-se como principal fonte de renda para o Estado. Caracterizam-se pelo caráter coercitivo, a partir do qual exige-se dos contribuintes o valor monetário apto a viabilizar as várias atividades públicas desenvolvidas pelo Estado. Nesse sentido, apesar dos tributos apresentarem características essenciais; alguns elementos destoam, delineando cinco espécies tributárias, quando se leva em consideração; além do fato gerador, aspectos relacionados à finalidade e promessa de restituição; fazendo emergir, cinco espécies tributárias; quais sejam: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. A partir do delineamento das contribuições especiais, emergem as contribuições sociais. Espécie tributária que por sua peculiar conformação, ante as finalidades específicas que pretende atingir, visto estarem adstritas ao financiamento das atividades desenvolvidas pelo Estado, na concreção dos direitos sociais; apresentam-se capituladas em várias teorias doutrinárias, que pretendem elucidar a sua natureza jurídica. Assim, o presente artigo pretende uma abordagem esclarecedora sobre a conceituação de tributo, apontando as características principais das espécies tributárias e, principalmente, examinando, de forma mais detida, a natureza jurídica das contribuições sociais e as várias vertentes doutrinárias que pretendem explicar a sua essência.

Palavras-chave: Tributos. Espécies Tributárias. Contribuições Sociais.

ABSTRACT

The taxes appear as main source of income for the state. Characterized by coercive character, from which it requires taxpayer monetary value able to facilitate the various activities undertaken by the state government. In this sense, despite presenting tributes essential characteristics, some elements clash, outlining five species Tax, when one takes into account, besides the fact generator, aspects related to the purpose and promise of repayment; giving rise to five species tributaries; namely: taxes fees, contributions improvement, special contributions and compulsory loans. From the design of special contributions, social contributions emerge. Species that tax by its peculiar conformation, compared the specific aims you want to achieve,

¹ Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

² Aluno graduando do 9º período do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré-SP.

since they are attached to the funding of the activities developed by the State, in the realization of social rights; capituladas present themselves in various doctrinal theories, seeking to clarify their legal status. Thus, this article aims to approach enlightening about the concept of tribute, pointing out the main characteristics of the species and tax, primarily examining more arrested, the legal nature of social contributions and the various doctrinal aspects that purport to explain the essence. Keywords: Taxes. Species Tax. Social Contributions.

INTRODUÇÃO

Os tributos representam a principal fonte de receita para o Estado. Sua caracterização está adstrita ao poder de império daquele, que, por meio de uma relação jurídica com o contribuinte, denominada de exação tributária, aufere os rendimentos necessários a viabilizar as políticas públicas tendentes a alcançar o bem comum.

Assim, a coercitividade tributária é a característica principal das receitas públicas derivadas. Portanto, justifica-se o amplo delineamento normativo tendente ao disciplinamento da atividade fiscal.

De outra parte, em que pese as características essencialmente comuns a todas os tributos, alguns elementos destoam, delineando as várias espécies tributárias. Assim, quando se leva em consideração, além do fato gerador, a sua finalidade e a promessa de sua restituição, vêm a lume cinco espécies tributárias.

Portanto, chega-se à conclusão de que os tributos são compostos pelas seguintes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Tal corrente doutrinária, com ampla aceitação jurisprudencial, capitaneada pelo entendimento do STF, é nominada de teoria Pentapartida.

E nesse sentido, emerge, a partir da derivação das chamadas contribuições especiais, as contribuições sociais, as quais prestam-se a financiar as atividades Estatais vinculadas ao campo social; de modo a se alcançar os desideratos relacionados ao bem estar e à justiça social.

Por sua peculiar conformação, ante as específicas finalidades que pretende atingir, as contribuições sociais prestam-se a várias acepções doutrinárias.

Tais teorias, desde o surgimento, no cenário jurídico nacional, das contribuições buscam explicar a sua natureza jurídica, ora as considerando como parte do salário do obreiro, ora, enquadrando-a como uma espécie tributária, ou mesmo uma exação sui generis.

Portanto, tal artigo busca apresentar alguns esclarecimentos sobre tais questões, lançando um pouco de luz sobre a conceituação de tributo, apontando as características principais das espécies tributárias e, principalmente, examinando,

de forma mais detida, a natureza jurídica das contribuições sociais e as várias vertentes doutrinárias que pretendem explicar tal instituto jurídico.

DOS TRIBUTOS

Como se tem claro, a atividade primordial do Estado é a realização do bem comum, que, apesar da dificuldade de conceituação, pode ser entendida como “um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao mesmo tempo em que estimula a compreensão e a prática de valores espirituais” (HARADA, 2010, p. 03).

Para tanto, o Estado deve dispor do ingresso de dinheiro nos cofres públicos. Nesse desiderato, pode valer-se de duas alternativas. A primeira delas correspondente as receitas públicas originárias. Já a segunda alternativa, de que o Estado pode valer-se, corresponde às receitas públicas derivadas.

Portanto, conforme explica Kiyoshi Harada (2010, p. 33), quanto às receitas originárias e derivadas, temos que:

A primeira é aquela que advém da exploração, pelo Estado, da atividade econômica. A segunda é caracterizada por constrangimento legal para sua arrecadação. São os tributos, as penas pecuniárias, o confisco e as reparações de guerra.

Assim, afigura-se certo que os tributos, correspondentes às receitas derivadas, constituem-se na principal fonte de financiamento para as políticas públicas objetivadas pelo Estado.

Nesse sentido, segundo o art. 3º do Código Tributário Nacional, temos que:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por todo o exposto até o momento, afigura-se o papel primordial do tributo afeto ao sustento do Estado.

No entanto, apesar de ter, como função principal, a geração de recursos financeiros para o Estado, o tributo também funciona no intuito de interferir no domínio econômico, a fim de promover estabilidade. Por tal razão, diz-se que o tributo tem função híbrida.

Na primeira hipótese, temos a denominada função fiscal, ao passo que, na segunda, temos a chamada função extrafiscal.

Ainda nesse passo, é importante lembrarmos que o tributo não se constitui

em penalidade decorrente da prática de ato ilícito, uma vez que o fato descrito pela lei, o qual gera o direito de cobrar o tributo (hipótese de incidência), será sempre algo lícito³.

Portanto, a atividade tributária é essencial ao Estado, de uma parte. No entanto, de outra parte, essencial o seu disciplinamento pelo fenômeno normativo.

Tal razão justifica o amplo delineamento constitucional da atividade tributária do Estado Brasileiro.

Desse modo, o exercício da competência tributária pelos entes tributantes faz-se de maneira demarcada e em observância às limitações ao poder tributar, capituladas no art. 150 da Constituição Federal.

DA TEORIA PENTAPARTIDA

Apesar dos tributos apresentarem características comuns, e constituírem a mesma espécie de receita, como visto; os mesmo seguem regimes jurídicos diversos. Assim, o termo tributo deve ser tomado como gênero, esse composto por várias espécies.

Desse modo, a partir da constatação da impossibilidade de determinação das espécies tributárias simplesmente pelo fato gerador, ante o estabelecido no art. 4º do Código Tributário Nacional, tendo-se a necessidade, também, de se levar em consideração a sua finalidade e a promessa de restituição; conclui-se que os tributos podem ser classificados em impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios (PAULSEN, 2008, pp. 39 e 40).

Dessa forma, é necessário, para seu completo entendimento, cotejar os enunciados normativos correspondentes ao disposto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional; de modo que, em uma primeira análise, considerando o teor do art. 145 da Constituição Federal, e, além disso, o teor do art. 5º do Código Tributário Nacional; possa-se chegar à conclusão de que existem, tão somente, três espécies tributárias: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

Assim, tem-se que:

Art. 145 da CF. A União, os Estado, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – Imposto;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria decorrentes de obras públicas.

3 Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ainda, ante o teor do art. 5º do Código Tributário Nacional, lê-se que: “Os tributos são impostos, taxas e contribuição de melhoria”.

Assim, se em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que o Direito Tributário Brasileiro teria adotado a Teoria Tripartida dos Tributos; perscrutando o tema chega-se a conclusão diversa.

Portanto, não se pode desprezar a existência de outras exações no próprio texto constitucional. Desse modo, o art. 148 da Constituição Federal, por exemplo, autoriza claramente a União a instituir os empréstimos compulsórios. Por sua vez, o art. 149 (conjugado com o 195) refere-se à instituição de contribuições especiais, também de competência da União (ressalvados os casos do parágrafo 1º e do art. 149–A).

Assim, temos que:

Art. 148 da CF. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender as despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III.

Ainda:

Art. 149 da CF. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições que alude o dispositivo.

Prosseguindo:

Art. 195 da CF. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

Finalmente:

Art. 149-A da CF. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuições na forma das respectivas leis para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Nesse sentido, esmiuçando a temática adstrita às contribuições, Eduardo Sabbag (2011, p. 501) explica que:

As contribuições são tributos destinados ao financiamento de gastos específicos, sobrevivendo o contexto de intervenção do Estado no campo social e econômico, sempre no cumprimento dos ditames da política de governo.

Desse modo, com base na doutrina e na jurisprudência, bem como o enunciado nos artigos acima expostos, há que se considerar que os tributos perfazem um total de cinco espécies.

Assim, afigura-se claro que o Direito Tributário Brasileiro teria adotado a Teoria Pentapartida dos Tributos. Entendimento, esse, adotado pelo STF⁴.

DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Conforme dispõe o art. 149 da Constituição Federal, já referendado anteriormente, as contribuições podem ser classificadas em três espécies: as sociais; as de intervenção no domínio econômico e as de interesse das categorias profissionais.

Assim, como explica Paulo Ayres Barreto (2006, p. 104):

As contribuições sociais gerais destinam-se ao financiamento das demais áreas de atuação da União, no campo social, que, como dissemos tem grande abrangência. A ordem social é fundada no primado do trabalho e objetiva o bem estar e a justiça social. Engloba o direito à educação, cultura e habitação

Por seu turno, as contribuições de interesse das categorias profissionais têm sua aplicação adstrita ao financiamento das respectivas categorias profissionais ou econômicas; figurando como instrumento de atuação do Estado, nessas respectivas áreas.

Finalmente, quanto as contribuições de intervenção no domínio econômico, como explica Paulo Ayres Barreto (2006, p. 114), “são tributos que se

4 (...) Quando do julgamento da ADI 447/DF (RTJ 145/15), examinei a matéria em pormenor. Destaco do voto que então proferi: “(...) Os tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que a Constituição inscreve nos seus artigos 145 a 162. Tributo, sabemos todos, encontra definição no artigo 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação que a lei impõe às pessoas, de entrega de uma certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante do direito público, nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar o seu nascimento.” (Geraldo Ataliba, ‘Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário’, in ‘Direito e prática tributária’, volume I, Padova, Cedam, 1979). As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (CF, art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (CF, art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 194), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195, CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1.) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148). (Ministro CARLOS AYRES BRITTO – Informativo nº 397).

caracterizam por haver uma ingerência da União sobre a atividade privada, na sua condição de produtora de riqueza”.

Nesse sentido, ainda, há que se mencionar o disposto no art. 149-A da Constituição Federal. Tal artigo dispõe sobre as contribuições para o custeio do serviço de iluminação pública. Trata-se de contribuição a ser instituída pelos Municípios, com vistas ao custeio do serviço de iluminação pública.

Assim, de modo mais próximo, lançando luz sobre uma das espécies de contribuições acima mencionados, qual seja, as contribuições sociais, passamos a tecer considerações ao seu respeito, de modo mais específico.

Em um primeiro aspecto, há que se mencionar que a natureza tributária das contribuições é aceita de forma prevalente, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Nesse sentido, explica Paulo Ayres Barreto (2006, p. 72), tem-se que:

As contribuições devem ser vistas como espécies tributárias distintas dos impostos e taxas. Não se confundem com os impostos por terem (i) fundamento constitucional distinto, a ser submetido a contraste constitucional (necessidade e adequação de atuação) e (ii) destinação constitucional.

Explica-se, entretanto, que anteriormente à Constituição Federal de 1988, tal acepção em relação às contribuições sociais não era tão clara.

Assim, com o advento da Lei nº 3.807/60 e o artigo 217 em seu inciso II do Código Tributário Nacional, eram atribuídos, às contribuições sociais, a natureza de quotas de previdência; onde também se podia identificar a denominação cotização. E nessa seara, com sua maior popularização; é que se passou a utilizar a denominação de contribuição social até hoje usada.

A Constituição Federal de 1988 em alguns de seus dispositivos utiliza-se a expressão contribuição social, como por exemplo, em seu artigo 114, VIII e no artigo 195.

Assim, tem-se, inicialmente, quanto ao sistema de custeio da Previdência Social, que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

- b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Tais contribuições sociais referidas nos incisos, acima transcritos, deverão ser exclusivamente vertidas ao custeio do Regime Geral de Previdência Social. Desse modo, tem-se que:

Art. 167. São vedados

[...]

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

E por tudo isso, a análise da natureza jurídica das contribuições sociais mostra-se essencial para elucidar os seus diversos aspectos condizentes com a sua estrutura.

Assim, sete teorias ou orientações se prestam a tal desiderato. São elas: teoria do prêmio de seguro; teoria do salário diferido; teoria do salário social; teoria do salário atual; teoria fiscal; teoria parafiscal e teoria da exação sui generis.

DA TEORIA DO PRÊMIO DO SEGURO

A primeira teoria a abordar a natureza jurídica das contribuições sociais, trata-se da teoria do prêmio de seguro.

Tal teoria defende que a natureza jurídica das contribuições sociais se equivale a um prêmio de contrato de seguro privado.

Tal contrato é tipificado pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 757, o qual estabelece que:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.

Neste sentido, ainda, discorre Sérgio Pinto Martins (2010, p.90), esclarecendo que:

[...] poderia ser chamado de prêmio de seguro de direito público, em face da obrigatoriedade da contribuição que é efetuada em benefício dos segurados, atendendo ao regime jurídico de financiamento do sistema da seguridade social.

Assim, já pelos esclarecimentos prestados por Sérgio Pinto Martins, tem-se que tal teoria não se sustenta.

Ocorre que a Seguridade Social apresenta um naipe de proteção mais abrangente que a proteção haurida das contratos oferecidos por uma companhia seguradora.

Desse modo, a Seguridade Social se configura em uma filosofia de proteção que assegura proteção até mesmo aos que não são contribuintes, caso da Assistência Social.

De outra parte, existem vários pontos negativos com relação a essa teoria, uma das mais fortes é que o sujeito ativo da relação é sempre o Estado, com contribuições compulsórias dos segurados; por sua vez, no contrato de seguro, trata-se de uma relação jurídica constituída por particulares, estando, as prestações sujeitas às composições entre os constituintes.

TEORIA DO SALÁRIO DIFERIDO

Essa teoria entende que uma parte dos salários do trabalhador é revertida para a Seguridade Social, o qual visa formar um fundo que ele usará na ocorrência de um risco social (morte, invalidez, aposentadoria etc.).

A ideia defendida por tal teoria é ter um salário diferido que atenda o segurado não imediatamente; mas, tão somente, no caso de um risco.

Trata-se de uma proposta voltada à poupança do dinheiro advindo do salário do trabalhador, de modo a se viabilizar uma poupança futura.

Entretanto, o ponto negativo dessa teoria reside na noção de que o pagamento dessa contribuição não dependeria de acordo no contrato de trabalho, pois é efetuado diretamente ao INSS e não ao empregado, por imposição legal.

TEORIA DO SALÁRIO SOCIAL

Essa teoria é muito parecida e se confunde com a do salário diferido, pois as duas citam a contribuição como uma espécie de poupança decorrente do salário devido pela sociedade ao trabalhador reflexo do contrato de trabalho.

Assim, tal teoria preconiza o entendimento mediante o qual a contribuição

previdenciária equipara-se a um salário social ou socializado que futuramente o empregado receberia devido à sociedade ao trabalhador.

Nesse sentido, Jedial Galvão Miranda (2007, p. 36) ensina que: “O entendimento de que a contribuição seria salário social se baseia na concepção de que se trata de valor descontado do salário do trabalhador, vertido a um fundo, dele partilhando todos os segurados nas situações definidas em lei como socialmente justificáveis”.

Entretanto, padece do mesmo mal que a teoria mencionada anteriormente, visto que a contribuição previdenciária não tem natureza de salário, pois não é o empregador que paga o benefício e sim o empregado. Portanto, a sua incidência não decorre de contrato de trabalho e sim de imposição de lei conforme art. 457 da CLT.

TEORIA DO SALÁRIO ATUAL

Essa teoria defende que a contribuição social se caracteriza por ser uma contraprestação do empregador ao empregado, em contraposição à teoria do salário diferido.

Assim, a partir dessa concepção, a contribuição social se constitui em uma das prestações devidas pelo empregador ao empregado. Constitui-se em duas quotas: uma entregue diretamente ao empregado referente aos trabalhos prestados e outra entregue diretamente a seguridade social, visando satisfação de necessidades futuras que venham a prejudicar a renda do daquele.

A crítica a essa teoria, entretanto, reside no fato que não há atualidade nos salários, nem é pago diretamente pelo empregador, não podendo ser exigido de imediato; e sim, apenas quando forem atendidos certos requisitos específicos em lei.

De um modo geral; aliás, as três teorias até agora tratadas, chamadas de teoria do salário sofrem a crítica genérica de se basear em uma relação entre o empregador e o empregado.

Assim, Jedial Galvão Miranda (2007, p. 37) explica que:

A teoria do salário, em qualquer de suas vertentes, sofre crítica por se basear em relação entre empregador e empregado, quando na realidade a relação jurídica é de direito público, desenvolvendo-se entre um ente público e o empregador, o empregado ou outro sujeito obrigado a recolher a contribuição. Além disso, o trabalhador não é credor das contribuições recolhidas, e sim das prestações previstas para atender a necessidades sociais acobertadas pela seguridade social, bem como se deve levar em consideração que há trabalhadores que não são assalariados, como os autônomos.

Por tais razões, portanto, tais teorias passaram a ser desconsideradas, vicejando em uma outra vertente doutrinária, baseando-se na natureza tributária da contribuição social.

TEORIA FISCAL

Trata-se da primeira teoria que abarca a natureza tributária das contribuições sociais.

Para tal teoria, portando, as contribuições sociais se tratam de um tributo.

Desse modo, considerando o teor do art. 3º do CTN, a contribuição social é caracterizada por ser uma obrigação compulsória, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Entretanto, existe uma crítica incidente sobre tal teoria que reside na impossibilidade de se caracterizar tão as contribuições sociais pela observância do princípio da legalidade e a coatividade da prestação; visto que tais características não privilégios exclusivos dos tributos.

TEORIA PARAFISCAL

Tal teoria, de forma singela, apresenta-se como complementar à teoria fiscal. Aborda a natureza tributária das contribuições, mas assevera que essas apresentam-se com uma destinação específica, ao contrário do imposto.

Nesse sentido, Jedrael Galvão Miranda explica (2007, p.37) que

[...] a contribuição social para a seguridade social seria uma exigência tributária destinada a acudir encargos que não são próprios ou típicos do Estado, sendo sujeito ativo de relação jurídica entidade da Administração pública indireta

A situação de figurar no polo ativo dessa relação tributária uma entidade parafiscal é a razão das críticas que são dirigidas a tal teoria; entretanto, tal argumentação não apresenta a força necessária para afastar a natureza tributária das contribuições sociais.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins (2010, p. 73) explica que:

[...] essa teoria seria criticada sob o fundamento de que o fato de o sujeito ativo não ser a própria entidade estatal, mas outra pessoa especificada pela lei, que arrecada a contribuição, em nada iria alterar o regime tributário, sendo que a contribuição continuaria a ter natureza de tributo.

No entanto, como já referido, não existe uma diferenciação substancial entre a teoria fiscal, visto que em ambas o núcleo reside na consideração da natureza

tributária da contribuição social.

TEORIA DA EXAÇÃO *SUI GENERIS*

Tal teoria se opõe à teoria fiscal e teoria parafiscal, visto que defende que a contribuição social não possui natureza tributária.

Ao revés, postula pela natureza distinta de tal exigência.

Nesse sentido, a doutrina defende essa tese como o próprio nome diz “*sui generis*”, “de seu próprio gênero”, ou “único em seu gênero”, previsto em lei, estipulada na Constituição Federal e legislação ordinária com peculiaridades especiais.

CONCLUSÃO

Os tributos apresentam-se como principal fonte de renda para o Estado.

Portanto, são instrumentos essenciais para a realização das políticas públicas.

Em que pese as várias correntes doutrinárias, prevalece na doutrina e na jurisprudência a sua divisão em cinco espécies tributárias.

Desse modo, considerando a teoria Pentapartida, o Sistema Tributário Nacional abrange as seguintes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

Por seu turno, destacando-se das contribuições especiais, as contribuições sociais se sobrepõem, tendo por finalidade viabilizar financeiramente as atividades sociais do Estado, se prestando, portanto, a financiar a seguridade social.

Desse modo, por sua natureza híbrida, as contribuições sociais foram explicadas a partir de diversos matizes doutrinários.

Um primeiro grupo de teorias classificou as contribuições sociais como tendo natureza salarial.

Inobstante, tais teorias, em suas várias vertentes, passaram a sofrer críticas, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, na medida em que, por se basear em uma relação jurídica entre empregado e empregador, as contribuições perdiam o seu caráter público. E, assim, deixando de considerar, em sua caracterização essencial, a presença do ente público, a explicação de sua natureza perdia-se em uma significação vazia de conteúdo.

E mais; ao desconsiderar a natureza pública, constituída, de um lado, pelo ente público, e de outro, pelo contribuinte (empregado), as referidas teorias deixavam em aberto uma justificação razoável que fundamentasse o dever de carrear tais valores, de forma compulsória, ao erário público.

De outra ponta, ainda, tais teorias não consideraram, em suas justificativas,

a constatação de que o empregador não figurava como credor das contribuições recolhidas, e sim das prestações delineadas em lei, próprias a atender as necessidades sociais acobertadas pela seguridade social.

E, finalmente, tais teorias não consideraram a situação excepcional do autônomo, o qual, por conta desses delineamentos doutrinários não poderia figurar como beneficiário da seguridade social.

Assim, ante tais conclusões, vieram a lume um feixe de teorias que defendiam a natureza tributária das contribuições sociais.

Desse modo, afastando-se a Teoria da Exação Sui Generis, tanto a Teoria Fiscal como a Teoria Parafiscal preconizaram, em suas nuances, a natureza fiscal das contribuições sociais.

Tal aceção, delineando a natureza fiscal das contribuições sociais, parecer ser a conclusão mais acertada; notadamente, após a Constituição Federal de 1988.

Justifica-se tal assertiva, na medida em que o texto constitucional dispensa uma tratamento seguro à matéria, ante a sua previsão no Sistema Tributário Nacional (PAULSEN, 2007, p. 30).

De outra parte, as contribuições sociais enquadram-se na noção de tributo preconizada pela Constituição Federal, visto que são obrigações pecuniárias que não constituem sanção de ato ilícito, instituídas de forma compulsória pelos entes políticos, de modo a auferirem receita destinada ao cumprimento de seus misteres (PAULSEN, 2007, p. 30).

E, ainda, as contribuições sociais, por imposição constitucional, estão adstritas à legalidade estrita (art. 151, I), à irretroatividade e a anterioridade (art. 150, III), à anterioridade nonagesimal, em se tratando especificamente das contribuições para a seguridade social (art. 195, § 6º); assim como, de um modo geral, às normas de direito tributário (art. 146, III); o que lhes impinge, portanto, de forma indelével, o caráter fiscal (PAULSEN, 2007, p. 31).

Desse modo, as contribuições sociais, ante a sua submissão às regras que esculpem o Sistema Tributário Nacional, apresentam natureza tributária, de modo a dar um fechamento lógico à plêiade de tributos adstritos à conformação constitucional, voltada à concreção das finalidades do Estado.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**. São Paulo: Editora Noeses, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POZZOLI, Lafayette; LIMA, Otávio Augusto Custódio. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Primeira Impressão Editora & Distribuidora Ltda, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLISÕES DE PRINCÍPIOS NA INTERNET E A ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO: CONTROVÉRSIAS E AVANÇOS SOB O FOCO DOS PROJETOS DE LEI N. 84/1999 E 2126/2011

Bruna Pinotti Garcia¹

Guilherme Domingos de Luca²

RESUMO

Os rumos da democracia na Web dependem da postura legislativa estatal a respeito do tratamento dos conflitos nela estabelecidos. Partindo dos limites ao exercício da liberdade na Internet, que se excedidos caracterizam ato ilícito, o artigo efetua um estudo comparativo entre o Projeto de Lei n. 84/1999 e o n. 2126/2011, concluindo qual deles atende melhor às necessidades da democracia digital.

Palavras-chave: 1. Democracia digital 2. Conflitos na Web 3. Atos ilícitos na Internet 4. Projeto de Lei n. 84/1999 5. Projeto de Lei n. 2126/2011.

ABSTRACT

The direction of Web democracy depends on the state legislative position regarding the treatment of the conflicts therein. Based on the limits to the exercise of freedom on the Internet, which exceeded characterize unlawful act, the article makes a comparative study of the Draft Law n. 84/1999 and n. 2126/2011, concluding which one best meets the needs of digital democracy.

Keywords: 1. Digital democracy 2. Conflicts on the Web 3. Unlawful act on the Internet 4. Draft Law n. 84/1999 5. Draft Law n. 2126/2011.

INTRODUÇÃO

Cada dia mais a Internet se faz presente nas relações sócio-jurídicas, tanto entre as pessoas humanas, quanto entre estas com a coletividade, com pessoas jurídicas e com o Estado. Trata-se de um ambiente virtualizado, que existe num plano eletrônico e difuso, mas no qual as atitudes praticadas causam efeitos e influências extremamente tangíveis. Neste sentido, nota-se uma vulnerabilidade social decorrente dos ilícitos cometidos em face do uso indevido ou abusivo desta ferramenta.

Assim, este ambiente virtual, que já foi considerado para muitos um espaço sem dono, ou livre de qualquer norma legal, tem sido regulamentado pelo

1 Advogada. Mestranda e Graduada em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (modalidade 1). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet.

2 Graduando em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, bolsista PIBIC – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet.

Estado, tanto sob o aspecto legiferante quanto sob o judicante, isto é, legislando-se a respeito e solucionando conflitos pela via judicial. Na verdade, a Internet é uma ferramenta que tem sido utilizada em todas esferas de governo, otimizando a prestação de serviços, o que demonstra a atenção especial do Estado em dirimir conflitos que surgirem na rede mundial de computadores, afinal, pretende que o recurso se consolide no uso popular da melhor maneira possível.

Bem se sabe que o Poder Judiciário tem o dever de aplicar a tutela jurisdicional a cada conflito que é perante ele invocado, ora que em caso de omissão da lei, o Magistrado deve se valer do uso da analogia, costumes ou princípios gerais oferecidos pelo Direito, conforme disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³. Logo, todo e qualquer litígio envolvendo a questão informática pode ser levado ao Judiciário e dele receber uma resposta.

Críticos e doutrinadores consideram a ausência de uma norma jurídica específica em regular certos conflitos oriundos da Internet como responsável pelos crescentes litígios. Em via oposta, corrente entende que as Leis materiais e processuais vigentes são capazes de proteger o ciberespaço, estando certo o aplicador da norma em valer-se do que se prevê o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, bem como de uma postura Neopositivista, utilizando a Nova Hermenêutica Constitucional como instrumento jurídico de solução de toda e qualquer controvérsia da rede.

Fato é que o exercício da liberdade e de qualquer outro direito na rede mundial de computadores se sujeita a limites, sendo que o excesso no exercício de tais direitos caracteriza a prática de ato ilícito, que pode ser tanto criminal quanto cível. Considerado este contexto, aliado às divergências a respeito da criação de leis específicas, busca-se, como objetivo geral, traçar um panorama a respeito da postura legislativa estatal, efetuando estudo comparativo de dois Projetos de Lei, o n. 84/1999 e o n. 2126/2011, os quais abordam de maneira substancialmente diversa a questão da solução de conflitos que se estabeleçam na Internet. Ao final, conclui-se qual dos sistemas propostos, em linhas gerais, é o mais apto sob o aspecto da efetivação da democracia digital.

LIMITES DA LIBERDADE E DE SEU EXERCÍCIO NO CIBERESPAÇO

Para entender os limites que o usuário da rede possui ao utilizar a Internet, é importante destacar o que vem a ser liberdade, para a partir daí poder traçar o que vem a ser lícito ou não em seu exercício. Desta forma, cumpra-se aqui demonstrar os conceitos de liberdade segundo o senso comum social, a filosofia e, por fim, o Direito.

Através do senso comum, que é o conhecimento que o homem adquire

3 BRASIL. Decreto-lei n. 4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

pela tradição que herdou dos antepassados, a qual se acrescentam resultados de experiências vividas, entende-se que a liberdade é o estado em que a pessoa ou coisa encontra-se livre de qualquer limite, coação, constrangimento ou imposição de outra parte, podendo agir através de sua livre consciência. Ferreira⁴ assim conceitua:

Li.ber.da.de sf. 1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2. Estado ou condição de homem livre. 3. Confiança, intimidade (às vezes abusiva). Liberdade condicional. Jur. Liberdade com algumas condições restritivas, que se dá a certos condenados, antes do fim da pena.

No conceito do Dicionário Aurélio, percebe-se que a liberdade do senso comum se define quando o conteúdo da liberdade é apenas um fazer, uma faculdade de agir ou não. Por outro lado, o item 3 do conceito já expõe que o exercício da liberdade pode ser abusivo, aspecto que sai um pouco da ideia de senso comum para se aproximar de um aspecto filosófico da liberdade.

Segundo a ciência da filosofia, a liberdade possui um conceito muito mais amplo que o senso comum coletivo, entendendo forma negativa, como a ausência de submissão, servidão e determinação, qualificando a independência humana, bem como positivamente, referindo-se a forma de espontaneidade do sujeito pensante. Entretanto, Aranha e Martins⁵ entendem que para a liberdade ser alcançada, deve-se atingir uma condição:

A liberdade de cada um é limitada unicamente pela liberdade dos demais. O que se esquece é que nem sempre a liberdade de escolha é tão livre quanto se apregoa, sobretudo nas sociedades em que predominam privilégios para poucos, delimitando o campo de ação da maioria. Sabemos que a vida moral só é possível com ação baseada na cooperação, na reciprocidade e no desenvolvimento da responsabilidade e do compromisso. Só assim torna-se viável a efetiva liberdade de cada um. Nesse sentido, o outro não é o limite da nossa liberdade, mas a condição para atingi-la.

Percebe-se, no conceito filosófico, que para o adequado exercício da liberdade há limitações a ela inerentes. Tradicionalmente, na filosofia, a condição de exercício de qualquer direito individual, para ser considerado virtuoso, é o respeito ao equilíbrio, ao meio-termo, de modo a não prejudicar terceiros.

Aristóteles⁶ considerou que está na natureza das virtudes serem destruídas pela deficiência e pelo excesso, sendo necessário buscar o meio-termo. Já Kant⁷

4 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 525.

5 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2003, p. 322.

6 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 42.

7 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 30-31.

determinou a lei fundamental da razão pura prática com base em dois fundamentos: o primeiro é o de que, sendo possível a determinação da vontade com base em uma vontade livre de inclinações, é preciso encontrar uma lei apta para realizar tal determinação; e o segundo é o de que existe uma lei moral da qual temos consciência imediata, que não pode ser ultrapassada por nenhuma condição sensível. A lei fundamental da razão pura prática em Kant⁸ se resume no seguinte postulado: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”. Nos ensinamentos de ambos os filósofos resta clara a existência de limitações ao exercício de qualquer direito, de modo a respeitar os interesses de terceiros e da sociedade.

Já o ordenamento jurídico conceitua a liberdade como um direito fundamental de cada homem. Trata-se do estado em que a pessoa encontra-se livre de limites e coações, desde que aja de forma lícita e de acordo com os princípios e costumes éticos da sociedade, os quais se encontram consubstanciados no ordenamento jurídico.

A liberdade prevista no ordenamento jurídico é protegida pela Constituição Federal brasileira, promulgada no ano de 1988, em que se garante a liberdade como: a manifestação de pensamento (artigo 5º, IV e V); de consciência, crença e culto (artigo 5º, VI a VIII); de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, com indenização em caso de danos (artigo 5º, IX e X); de profissão (artigo 5º, XIII); de informação (artigo 5º, XIV e XXXIII); de locomoção (artigo 5º, XV e LXI), entre outras. Entendem assim, Motta e Barchet⁹:

Um dos mais amplos direitos fundamentais consagrados na Constituição, o direito à liberdade de manifestação do pensamento, respeitados os demais direitos fundamentais, não segue qualquer norma de forma ou de fundo. Qualquer um pode manifestar seu pensamento sobre qualquer coisa por qualquer meio de expressão, desde que se identifique ao manifestar-se, como precaução indispensável contra declarações levianas ou infundadas, as quais podem ensejar responsabilização.

Silva¹⁰ aponta que a liberdade de pensamento, que também pode ser chamada de liberdade de opinião, é considerada pela doutrina como a liberdade primária, eis que é ponto de partida de todas as outras, e deve ser entendida como a liberdade da pessoa adotar determinada atitude intelectual ou não, de tomar a opinião pública que crê verdadeira. A partir daí, no entender de Silva¹¹, tem-se a liberdade de expressão, que pode ser vista sob diversos enfoques, como o da liberdade de comunicação, ou liberdade de informação, que consiste em um

8 Idem. Ibidem, p. 32.

9 MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 172-173.

10 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 241.

11 Idem. Ibidem, p. 243.

conjunto de direitos, formas, processos e veículos que viabilizam a coordenação livre da criação, expressão e difusão da informação e do pensamento. Como todos os direitos, aqueles inerentes às dimensões da liberdade sofrem limitações, por exemplo, pela privacidade, pela personalidade e pela propriedade intelectual.

No tocante à liberdade a ser exercida na Internet, também estão presentes elementos limitativos. Em que pese a postura inicial de que na rede mundial de computadores não haveria qualquer sujeição ao Direito, com o tempo se percebeu que os reflexos dos atos ali praticados na realidade social eram extremamente relevantes. Com efeito, se mostrou necessária a aplicação da Moral e do Direito enquanto limitadores do exercício da liberdade.

Um fator que muito influenciou este contexto foi o espaço que a Internet passou a ocupar na sociedade. Cada vez mais ela se torna indispensável nas relações humanas, funcionando enquanto ferramenta de comunicação, trabalho e lazer. Neste contexto, quebrou-se totalmente o conceito de que seria possível um exercício irrestrito da liberdade na rede, em que pese ser pacífico que a Internet redimensionou os limites da liberdade.

Inclusive, há quem entenda que o ambiente virtual criou uma nova dimensão de direito, que é o direito da informática, envolvendo as relações jurídicas do ciberespaço, o qual é dotado de características próprias, permitindo que seus usuários possam usar e dispor da rede de forma democrática, sem que viole o ordenamento jurídico.¹²

Os direitos quanto à liberdade na Internet estão intimamente ligados aos direitos de liberdade de comunicação e informação, previsto na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, entende, quanto à liberdade informática, Paesani¹³:

A liberdade informática é o direito de dispor da informação, de preservar a própria identidade informática, isto é, de consentir, controlar, retificar os dados informativos relativos à própria personalidade. Ao direito de informar e ser informado uniu-se o direito de tutelar a “liberdade de informação” como bem pessoal e interesse civil.

Nesta linha, o exercício abusivo da liberdade de expressão, por exemplo, com o comércio de bens e serviços por meio da rede, muitas vezes, chega a beirar a irracionalidade. “As inúmeras e generosas leis que protegem a privacidade ficam esvaziadas perante a agressividade das práticas comerciais ou não, provenientes da circulação dos dados informáticos”¹⁴.

12 OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Os “Novos” Direitos enquanto Direitos Públicos Virtuais na Sociedade da Informação. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 332.

13 PAESANI, Líliliana Minardi. Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

14 Idem. Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.

Usando o abalo na credibilidade da rede e nos sistemas de comércio eletrônico, há quem defenda a opinião de que a Internet precisa de maior controle e regulamentação. Alguns sites de hackers chegam a dizer que os verdadeiros responsáveis pela ação são governos e setores conservadores, que buscam um motivo para limitar a liberdade dos usuários na rede. Para os que sustentam tal posição e que defendem insistentemente a chamada liberdade virtual, o direito específico e regulador das questões da criminalidade na rede será sempre encarado como uma “camisa de força” imposta pelos poderes estatais; afinal, segundo os mesmos, o ciberespaço deveria ser regido com base em um sistema que ultrapassa o liberalismo *latu sensu* e beira o anarquismo, onde toda a forma de interferência dos poderes constituídos revelar-se-ia no mínimo inaceitável e, por isso mesmo, ilegítima.¹⁵

Entende-se que uma das características mais marcantes do ciberespaço é o dinâmico acesso à informação e a constante propagação de idéias, pensamentos e opiniões, que ocorrem livremente, partindo de todos usuários, de forma simultânea à vontade do emissor. Sendo assim, uma mensagem enviada por alguém em um site de relacionamento, por exemplo, rapidamente pode ser vista por milhões de pessoas.

Paesani¹⁶ destaca a velocidade ímpar da Web. Por sua vez, explica Lévy¹⁷ que as telecomunicações geram um dilúvio de informações porque possuem uma natureza exponencial, explosiva e caótica, de modo que cada vez mais aumentam os dados disponíveis, a densidade dos links e os contatos entre os indivíduos.

Todavia, essa rapidez em transmitir informações e praticar atos na rede deve ser observada com atenção, tendo em vista que ao propagar idéias, deve-se atentar aos limites da liberdade individual e coletiva.

A liberdade individual na rede se limita pela vedação da prática de atos que violem a moral, os bons costumes e os princípios gerais da ética e do Direito. Em sentido amplo, a liberdade coletiva, por sua vez, é respeitada desde que não contrarie estes princípios fundamentais em relação a terceiros, não restringindo assim o direito alheio.

Por exemplo, a prática ilícita de liberdade individual na Internet se dá pelo simples ato de emitir mensagens ilícitas e/ou apologias a prática de crimes. Em via oposta, a liberdade coletiva pode ser ferida por um indivíduo, com a propagação de códigos maliciosos na rede, ou a invasão de sistemas ou sites confidenciais, dentre outros.

A liberdade na Internet é acompanhada de preceitos legais reguladores e limitadores, de modo que o ambiente antes considerado por muitos como sem lei,

15 DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. Cybercrimes. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Bauru: Edipro, 2000. p. 118.

16 PAESANI, Líliliana Minardi. *Direito e Internet...* Op. Cit., p. 18.

17 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 13.

hoje é dotado de regulamentação e restrição. A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reforça este entendimento, conforme o julgado a seguir:

A Internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.¹⁸

Em linhas gerais, a liberdade no ambiente virtual é agregada por limites que visam à organização e regulamentação deste espaço, buscando coibir ou punir a prática de atos criminosos, ou que possam causar qualquer tipo de dano aos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e puramente individuais, assegurando a segurança jurídica e a paz social. Logo, não existe, em nenhum campo social, seja na Internet, seja na vida em sociedade como um todo, o exercício irrestrito da liberdade. Em decorrência de tais limitações, naturalmente surgirão conflitos em casos de abuso do direito de liberdade.

CONFLITOS NO CIBERESPAÇO E A CONSEQUENTE PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS

Atualmente tem-se observado os crescentes conflitos criados no ambiente virtual, também chamado de ciberespaço. O termo ciberespaço é de uso corrente, apontando a relação humana com a máquina, que no caso é o computador, tablet, celular ou qualquer outro instrumento capaz de conectar a Internet. Trata-se de um termo que visa explicar a associação de computadores ou máquinas com as diversas redes, em lugares distintos.

Quanto ao cerne destes conflitos, destaca-se que com o surgimento da Internet, adveio a ideia de que as atitudes que nela ocorressem não teriam implicação prática, considerada a virtualidade do ciberespaço, numa defesa que ultrapassava o liberalismo¹⁹. Contudo, uma corrente mais racional despontou porque “toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito [...]”²⁰.

O abuso do direito de liberdade vai de encontro, na maior parte das vezes, com os direitos de privacidade e de personalidade, principalmente devido

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1117633/RO. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 ago. 2010.

19 DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. Op. Cit., p. 118.

20 PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet... Op. Cit., p. 24.

às diversas possibilidades de manifestação do pensamento. O primeiro é composto, para Motta e Barchet²¹, pela intimidade, que envolve a esfera mais secreta de cada um, e pela vida privada, referente à externalização desta esfera secreta num espaço privado. Já o segundo envolve a proteção da honra e da imagem, isto é, das qualidades da pessoa e de seu aspecto físico, respectivamente²². No entender de Paesani²³, “[...] é evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação”.

Outro conflito que pode ser vislumbrado é o da violação aos direitos de propriedade intelectual na defesa de uma liberdade de informação irrestrita. É incontestável que o conceito de propriedade intelectual sofreu mutações e o fator determinante para tanto foi a tecnologia. Sob o enfoque do direito à liberdade, é livre a divulgação de toda informação e o acesso aos dados disponíveis na rede, independente da fonte ou da autoria. Por outro lado, na Internet subsistem os mesmos direitos autorais do que no plano concreto, sendo esta a posição de Gandelman²⁴ e Paesani²⁵. Segundo Peck²⁶, nem todo conteúdo da Internet é de domínio público.

Assim, as relações do indivíduo com a máquina, ou seja, a ligação entre diversas máquinas comandada por distintas pessoas pode gerar divergências que dão origem a conflitos, que devem ser objeto de intervenção pelo Direito, preservando a pacificação social. Destes conflitos se originam os atos ilícitos em geral, entre os quais se destacam os chamados cibercrimes.

Segundo entendimento de Guimarães e Furlaneto Neto²⁷ (2003, p. 69), cibercrime significa “qualquer conduta ilegal, não ética, ou não autorizada que envolva o processamento automático de dados e/ou transmissão de dados”.

O direito de punir do Estado está ligado a disposições e princípios constitucionais que devem ser respeitados, antes de considerar uma conduta como criminosa. O artigo 5º da Constituição Federal, no inciso XXXIX, prevê que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No mesmo sentido, o teor do artigo 1º do Código Penal Brasileiro .

Cabe aqui destacar que os dispositivos legais anteriormente expostos têm como pressupostos punir condutas que são objeto previsão expressa, ao menos no campo do direito penal, posto que no direito civil tem-se um conceito amplo

21 MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. Op. Cit., p. 180.

22 SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 209.

23 PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet... Op. Cit., p. 49.

24 GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais das Origens à Era Digital. 5. ed. São Paulo: Record, 2007, p. 59.

25 PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet... Op. Cit., p. 67.

26 PECK, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

27 GUIMARÃES, José Augusto Chaves; FURLANETO NETO, Mário. Crimes na Internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional. Revista CEJ, Brasília, v. 7, n. 20, jan./mar. 2003, p. 69.

de ato ilícito. Neste sentido, Santos²⁸ entende que “deve a lei penal, desta forma, exclusivamente, editar limitações casuísticas, fora das quais tudo é permitido, ou seja, é lícita qualquer conduta que não se enquadre nas normas penais incriminadoras”. Reforçam o posicionamento de Lima e Daoun²⁹ quando observam que “não pode ser considerado crime, conduta que não esteja prevista em lei, bem como a que foi formulada sem a observância do devido processo legislativo. É a prevalência dos princípios da reserva legal e da legalidade”.

A partir do que foi exposto, verifica-se que uma conduta ou ato não regulado pelo direito penal objetivo não pode ser considerada crime, embora deva se aplicar algum tipo de reparação ao ato contrário aos postulados éticos e morais que compõem o Direito como um todo. Desta forma, observa Garcia³⁰: “[...] é tecnicamente incorreto definir como cibercrime uma conduta não tipificada na lei penal. Logo, nem toda conduta que cause prejuízo a outrem na Internet pode ser um cibercrime no sentido técnico da palavra, embora seja viável a reparação civil do dano”.

A partir desta consideração, tecem-se 2 aspectos centrais: o primeiro é o de que o uso do computador enquanto meio para a prática de um crime não o descaracteriza; o segundo é o de que não há demérito algum numa conduta danosa não ser considerada crime, pois isso não impede a aplicação de sanções em outras esferas.

Em geral, os cibercrimes podem ser praticados por pessoas que possuem ou não conhecimento especial sobre a rede. Aqueles agentes que possuem um conhecimento diferenciado e particular da rede, especialmente quanto à tecnologia informática, por exemplo, referente a conteúdos e programas que fazem este ambiente funcionar, são denominados como hackers. Na doutrina jurídica há uma subdivisão, não tão difundida, para conceituá-los: hackers e crackers, sendo os últimos os hackers maliciosos, que praticam ilícitos, muitas vezes criminosos, com o uso de seus conhecimentos técnicos sobre a rede.³¹ Entretanto, por conta da massificação das ferramentas virtuais, da constante evolução da informática e das facilidades que este processo tem possibilitado aos usuários, uma pessoa sem grandes conhecimentos técnicos pode praticar normalmente um cibercrime; é o caso, v.g., daquela pessoa que se utiliza dos populares sites de relacionamentos para caluniar, difamar ou injuriar outra.

28 SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Proteção da Privacidade na Internet: Aspectos Criminais. 2002. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2002, p. 63.

29 LIMA, Gisele Truzzi de; DAOUN, Alexandre Jean. Crimes Informáticos: o Direito Penal na Era da Informação. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-crimes-informativos-gisele-truzzi-alexandre-daoun.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

30 GARCIA, Bruna Pinotti. Ética na Internet: os conflitos entre particulares no ciberespaço face às dimensões da liberdade e os princípios éticos como base de solução. 2010. 150 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010, p. 68.

31 DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. Op. Cit., p. 122.

Percebe-se que um hacker que invade uma conta bancária e de lá retira valores, transferindo-os para sua conta pessoal, pratica um crime de furto; aquele que propositalmente divulga vírus para um inimigo pessoal, gerando destruição do computador, pratica o crime de dano; uma pessoa que propaga mensagens ofensivas a outrem, acusando-a de determinado fato ou crime, ou mesmo denegrindo sua imagem genericamente, pratica algum crime contra a honra.

Não importa se foi utilizada a Internet, o que importa é a configuração dos elementos do tipo penal. Se o fato é típico, antijurídico e culpável, há crime, independentemente da prática do crime ter se desenvolvido por completo no ambiente virtual. Nesta linha, Domeneghetti³² entende que “os cibercrimes são crimes reais, que trazem prejuízos para as vítimas e não se diferem de práticas da mesma espécie por serem praticados com uso da tecnologia”. Com efeito, quebra-se qualquer alegação de que as práticas de atos criminosos no ciberespaço está avessa à aplicação do direito penal, bastando para tanto a configuração dos elementos do crime, não importando o meio de execução.

Pelo que se depreende do exposto neste tópico, percebe-se que se ausentes os elementos do crime, um fato que cause dano poderá não ser considerado um ilícito penal. De fato, há práticas usuais na Internet, que causam dano ou perturbação da tranquilidade social, que não se encontram tipificadas criminalmente. Como se verá no tópico a seguir, há iniciativas legislativas no sentido de modificar esta situação, notadamente devido à crença social consolidada no Poder Legislativo de que somente o direito penal é um remédio eficaz para a realização da justiça.

No entanto, o direito penal enquanto ultima ratio tem sido a diretriz seguida majoritariamente hoje na doutrina e na jurisprudência. Assim, caberá a tutela penal apenas quando os bens jurídicos atingidos forem tão relevantes a ponto de a tutela por outro ramo do Direito ser ineficaz, ou seja, não conferir a resposta social esperada.

Em termos de atos prejudiciais cometidos na Internet, a principal tutela alternativa se dá pelo instituto da responsabilidade civil, adotando-se o conceito do artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Em complemento, prevê o artigo 927: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No instituto da responsabilidade civil, existem as modalidades contratual, quando o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação pré-existente, contrato ou negócio jurídico unilateral; e extracontratual, se resultante de um dever de conduta violado, de uma transgressão de comportamento, sem que exista negócio jurídico prévio³³. Em se tratando de ilícitos cometidos na rede, existirão casos contratuais, por exemplo,

32 DOMENEGHETTI, Caio. Crimes e Ilícitos Eletrônicos no Brasil. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). E-dicas: o Direito na Sociedade da Informação. 2. ed. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 164.

33 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4, p. 18-19.

nas relações de consumo e demais contratos firmados, bem como, e principalmente, ilícitos extracontratuais, decorrentes de todas as atitudes danosas praticadas pela Web (neste ponto entra a fórmula genérica de tutela judicial, independentemente da ausência de previsão específica a título criminal, garantindo-se a reparação do dano e a compensação do agente por outra via). Sobre a responsabilidade civil na Internet, explica Gonçalves³⁴:

A responsabilidade extracontratual pode derivar de inúmeros atos ilícitos, sendo de se destacar os que dizem respeito à concorrência desleal, à violação da propriedade intelectual, ao indevido desrespeito à intimidade, ao envio de mensagens não desejadas e ofensivas da honra, à divulgação de boatos infamantes, à invasão de caixa postal, ao envio de vírus etc. Identificado o autor, responde ele civilmente pelos prejuízos causados a terceiros.

Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser subjetiva, que constitui a regra geral; ou objetiva. Na primeira, deverão estar presentes os seguintes requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa. Já na segunda é aplicada a chamada teoria do risco, pela qual o sujeito obtém determinados benefícios com a situação e, por isso, deverá indenizar, ainda que tenha buscado evitar o dano, ou seja, na responsabilidade objetiva é excluído o elemento culpa dos requisitos que geram a obrigação de indenizar.³⁵

Preenchidos os requisitos legais, haverá dever de indenizar, o que demonstra que o dano causado não ficará impunível. Deveras, não somente a tutela penal é instrumento de compensação/punição pelo dano causado por meio da Internet, funcionando principalmente a tutela cível, pela responsabilidade civil extracontratual, como regra genérica que autoriza a punição numa infinidade de casos.

POSTURA ESTATAL A RESPEITO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE NA WEB

Assim como tem ocorrido nos demais países do globo, no Brasil a Internet se consolidou como um instrumento fundamental para criar, manter e fortificar as relações humanas. É inegável a influência desta ferramenta nas mais diversas áreas e grupos sociais, da esfera empresarial à particular, do âmbito público ao privado. Os três Poderes, quais sejam o Legislativo, Executivo ou Judiciário, têm utilizado cada vez mais a rede como forma de aproximar a sociedade dos atos por eles praticados, bem como de tornar mais eficiente a prestação de serviços públicos e o recolhimento de informações essenciais ao bom desempenho destes.

Merece destaque o Poder Judiciário, que cada dia mais agrega a Internet

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.

35 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 05-06.

nos atos processuais. As intimações eletrônicas e o envio de petição pela rede são exemplos da forma como a Justiça tem utilizado a tecnologia, visando à celeridade processual, e preocupada com a sustentabilidade, ora que a prática destes atos on-line eliminam também papel.

Por outro lado, a mesma Internet que geralmente é utilizada para fins pacíficos tem causado grandes transtornos no mundo fático-jurídico, demandando uma intervenção cada vez maior do Estado para solucionar conflitos oriundos deste meio, tanto na esfera cível quanto na penal.

Estatísticas apontam que no ano de 2002 havia no judiciário brasileiro cerca de 400 decisões envolvendo problemas virtuais. Já em 2008, esse número ultrapassava 17 mil ações, tendendo cada vez mais este número se elevar.³⁶

Outro dado preocupante quanto à Internet brasileira levantado pela Polícia Federal é o de que a cada 10 hackers ativos no mundo, 08 residem no Brasil, além do que de todos os sites criados cujo teor é associado à pedofilia, 2/3 são desenvolvidos no país. Por fim, levantamentos apontam que as fraudes financeiras pela Internet já superam os prejuízos decorrentes a assaltos a bancos. Curiosamente, os crimes mais lucrativos no Brasil hoje são os virtuais, rendendo financeiramente até mais que o tráfico de entorpecentes.³⁷

Trata-se de uma estatística nada favorável à segurança dos usuários na rede, ora que, além do que foi citado, existem inúmeros outros crimes que podem ser praticados no ambiente virtual, até porque a variação quanto ao meio de execução não descaracteriza o fato típico, ou seja, a Internet é apenas um outro meio de execução de vários crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro.³⁸

Recentemente, o governo brasileiro foi assolado por uma série de ataques à segurança nacional, onde sites como o da Presidência da República, do Portal Brasil, da Receita Federal e até mesmo da Petrobras foram invadidos e algumas vezes tirados do ar, atribuindo-se a autoria a hackers italianos. A gravidade deste ataque foi tamanha que até mesmo dados pessoais de políticos foram expostos, por exemplo, o Cadastro de Pessoa Física (CPF) da atual Presidente da República, Dilma Rousseff, demonstrando a vulnerabilidade a ataques eletrônicos do sistema brasileiro.

Também crimes entre particulares têm ocorrido com frequência, ensejando principalmente muitas condenações cíveis que visam reparar os danos causados, sem prejuízo às devidas condenações criminais, quando for o caso. Neste sentido,

36 DINIZ, Laura. Justiça Derruba Anonimato e Pune Cada Vez Mais por Crimes na Internet. O Estado de São Paulo. São Paulo, p. C1, 01 out. 2008.

37 BELCHIOR, Luisa. Crimes na internet rendem mais que tráfico de drogas no Brasil, diz PF. Folha on-line, 20 maio 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u403907.shtml>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

38 SILVEIRA, Igor; RIZZO, Alana; PARIZ, Tiago. Até dados pessoais de Dilma Rousseff são divulgados por hackers. Correio Braziliense on-line, 24 junho 2011. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2011/06/24/interna_politica,258240/ate-dados-pessoais-de-dilma-rousseff-sao-divulgados-por-hackers.shtml>. Acesso em: 12 maio 2012.

tem entendido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a prática de ilícitos cometidos no ambiente virtual gera dever de indenizar:

DANO MORAL - TEXTO INSERIDO EM COMUNIDADE DE SITE DE RELACIONAMENTO NA INTERNET (ORKUT) - DIZERES OFENSIVOS, COM TERMOS CHULOS, CAPAZES DE PRODUZIR SÉRIA OFENSA MORAL - MAGNITUDE DO ALCANCE DA OPINIÃO INSERIDA NA REDE MUNDIAL, EM SITE DESTINADO AO RELACIONAMENTO DE PESSOAS, SOBRE FIGURA PÚBLICA, EM CIDADE DO INTERIOR - DANO MORAL CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO FIXADA - APELAÇÃO DESPROVIDA.³⁹

O caso acima relata a ofensa ao direito de personalidade da vítima, na faceta da honra, o que é apto a gerar punição criminal pela prática de crime contra a honra, bem como dever de indenizar moral e materialmente na esfera cível. Não são poucos os casos semelhantes, abrangendo a prática de crimes contra a honra em suas três modalidades (calúnia, injúria e difamação) de preconceito, até mesmo porque não se exige do agente que comete o ilícito qualquer conhecimento técnico especial. Afinal, com a criação das redes sociais tornou-se fácil criar um perfil no qual podem ser divulgadas informações variadas, inclusive dotadas de conteúdo ilícito.

Segundo Pinheiro⁴⁰, os crimes contra a honra são os casos mais comuns entre os usuários de qualquer idade e muitas vezes o infrator age com negligência ou ingenuidade, pois acredita que não está prejudicando alguém, mas apenas manifestando sua opinião ao falar mal de professores, colegas, artistas e políticos.

Não obstante, o particular pode ser vítima de um hacker, que utilizando-se de seu conhecimento técnico privilegiado, bem como da ingenuidade do internauta, consegue acesso a informações privilegiadas, como senhas bancárias e dados cadastrais. Com isso, comete crimes como furto e estelionato, também havendo o dever de indenizar.

Nesta linha, os cavalos de troia, além de servirem para destruir dados eletrônicos alheios, podem deixar o sistema vulnerável sob o aspecto de proteção de dados. Esse código malicioso poderá instalar programas que possibilitem o controle do invasor sobre o computador, permitindo o acesso a arquivos nele armazenados, bem como a senhas bancárias, além de possibilitar a formatação do disco rígido⁴¹. Não obstante, é possível o roubo de informações e dados pessoais, como números de cartões de créditos, senhas e dados de contas, por meio de sites
39 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 9110832-40.2006.8.26.0000. Relator: Elliot Akel. São Paulo, 20 de outubro de 2010. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 nov. 2011.
40 PINHEIRO, Patrícia Peck. Uso Ético e Responsável da Internet: Dicas e Alertas. São Paulo: Fundação Bradesco, 2009, p. 09.

41 BRASIL. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. Cartilha de Segurança para a Internet, parte VIII: Códigos Maliciosos (Malware). Disponível em: <http://cartilha.cert.br/download/cartilha-08-malware.pdf>. Acesso em: 04 out. 2010.

e e-mails fraudulentos, o que é chamado de phishing⁴². Ao contrário do cavalo de troia, o phishing não se instala no computador, ou seja, não constitui um software, sendo enviado aos usuários com mensagens visando enganá-los para fornecerem determinados dados.

Todas as informações apontadas desde o início deste tópico demonstram que o contexto da prática de atos ilícitos sofreu relevante alteração com o advento da Internet, implicando na necessidade de uma nova postura do Poder Judiciário. Por vezes, tal postura requer a adoção de um posicionamento minimalista, priorizando a reparação cível do dano em detrimento da penal, notadamente quando não houver mera variação de meio para a configuração do fato típico. De outro lado, crimes previstos no ordenamento jurídico pátrio ganharam novas formas, geralmente mais gravosas, diante da maior repercussão do ilícito. Naturalmente, passou-se a discutir qual solução o ordenamento jurídico deveria dar para a questão, ou seja, qual postura deveria ser tomada pelo Legislativo brasileiro.

Não se pode perder de vista que a tendência do Poder Legislativo brasileiro é a de legislar intensamente sobre assuntos que chamem a atenção da sociedade, geralmente por motivos políticos e não técnicos. A literatura jurídica costuma criticar este excesso legislativo, pois os legisladores se perdem em normas confeccionadas sem qualidade técnica ou utilidade prática, estando fadadas à ineficácia.

Em 2011, aliás, foi aprovado um total de 207 leis federais, correspondentes da Lei n. 12.379, de 06 de janeiro de 2011, até a Lei n. 12.586, de 30 de dezembro de 2011; além das Leis Complementares n. 139 e 140, respectivamente em 10 de novembro e 8 de dezembro do corrente ano; e da Emenda Constitucional n. 68, de 21 de dezembro de 2011. Assim, o total foram de 210 novos diplomas legais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro no âmbito federal, excluídos decretos e decretos-legislativos, lembrando que os últimos são os responsáveis por levar a conhecimento público os tratados internacionais que deverão ser cumpridos interna e externamente pelo Brasil. O simples fato de uma Constituição Federal com 23 anos já ter recebido 70 emendas (EC n. 70, de 29 de março de 2012) evidencia a forte tendência legislativa brasileira.

No âmbito dos crimes da Internet, forte corrente do Poder Legislativo tem pretendido criar um número cada vez maior de tipos penais incriminadores, tantas vezes quanto se mostrar necessário para coibir ilícitos na rede. Neste sentido, o parecer da CCJ no PL n. 84/1999, que será estudado em detalhes a frente:

É exatamente em cima dessas ações que apresentam aspectos específicos que devemos atentar trabalhando para tipificar um número cada vez maior de ações que, devido a mobilização dos dados no sistema de informática, se multiplicam e se diversificam

42 MICROSOFT. Phishing: Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/protect/yourself/phishing/faq.msp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

rapidamente, violando direitos e fazendo da internet instrumento para a prática de crimes.⁴³

Em geral, verifica-se que esta tendência, no entanto, não abrange questões relevantes ao interesse social, mas servem como instrumento de política, autopromoção e atendimento aos clamores sociais tão comuns quando deflagradas tragédias do cotidiano. Sem uma atenção a tal crítica, tão usual no meio jurídico, qualquer estudo da questão legiferante na Internet restará invariavelmente incompleto.

Estabelecidos os devidos pressupostos fáticos, no presente, são levantadas duas propostas legislativas em curso no Congresso Nacional, uma adotando posição mais favorável ao aumento de criminalizações, outra priorizando a tutela cível em prol da liberdade do usuário: o Projeto de Lei n. 84/1999, que “dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências”⁴⁴, e o recente anteprojeto de Lei encaminhado pela Presidente da República ao Congresso Nacional, PL n. 2126/2011, intitulado como “Marco Civil da Internet”⁴⁵.

PROJETO DE LEI AZEREDO: PROJETO DE LEI N. 84/99

Desde o ano de 1999, encontra-se em tramite no Poder Legislativo Brasileiro, o Projeto de Lei n. 84 (PL n. 84/1999), também conhecido como “Projeto de Lei Azeredo”, que “dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências”, o qual “caracteriza como crime informático ou virtual os ataques praticados por ‘hackers’ e ‘crackers’, em especial as alterações de home pages e a utilização indevida de senhas”⁴⁶.

Embora o projeto seja de autoria do ex-deputado federal Luiz Piauhyllino (PSDB/PE), as mais relevantes alterações no projeto foram de autoria do Senador Eduardo Brandão de Azeredo (PSDB/MG), que apresentou um Projeto de Lei substitutivo (PLC n. 89/2003) e tem adotado postura ativa na defesa de sua aprovação.

Dentre as questões que tal projeto pretende regular, destacam-se: acesso indevido ao meio eletrônico; manipulação ilícita de informação virtual; difusão e propagação de vírus; atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública;

43 BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça no Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 maio. 2012.

44 Idem. Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 maio 2012.

45 Idem. _____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 10 maio 2012.

46 Idem. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

obtenção, transferência ou fornecimento não autorizado de dados eletrônicos; divulgação ou utilização indevida de informações e dados pessoais; estelionato na rede; falsificação de dados eletrônicos; entre outros⁴⁷.

Verifica-se que o Projeto de Lei n. 84/1999, aprovado pelo Senado Federal, além de obter dois pareceres de comissões favoráveis à aprovação na Câmara dos Deputados (entre elas a Comissão de Constituição e Justiça), e que se encontra atualmente na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), está repleto de controvérsias que inviabilizam sua redação de forma que tenha aplicabilidade e eficácia no ordenamento jurídico, assim que aprovada.

Ainda assim, consta no parecer da Comissão de Constituição e Justiça:

Quanto aos aspectos constitucional, jurídico e de boa técnica, a proposta em questão atende aos pressupostos formais e materiais previstos na Constituição federal e está em conformidade com os princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro. [...] A preocupação que surge é que, juntamente com a evolução das técnicas na área da informática, a sua expansão foi acompanhada por aumento e diversificação das ações criminosas, que passaram a incidir em manipulações de informações, difusão de vírus eletrônico, clonagem de senhas bancárias, falsificação de cartão de crédito, divulgação de informações contidas em bancos de dados, dentre outras. Ressalta-se que a ação criminosa também pode configurar ações já tipificadas na legislação penal, como furto, apropriação indébita, estelionato, violação da intimidade ou do sigilo das comunicações, crimes praticados contra o sistema financeiro, contra a legislação autoral, contra o consumidor e até mesmo a divulgação de material pornográfica envolvendo crianças e adolescentes.⁴⁸

Percebe-se que a CCJ acabou fazendo uma análise genérica do Projeto de Lei, sem se ater aos seus aspectos técnicos. Aliás, não comentou sequer uma das propostas de alteração da legislação brasileira. O trecho colacionado foi o mais específico encontrado no parecer, que em apenas 3 páginas se limitou a comentar as polêmicas que cercam a questão legiferante na Internet e afirmou de forma genérica que o projeto atende à boa técnica.

De tudo o que tem sido dito pelos legisladores a respeito do projeto, depreende-se que ele tem a finalidade de se tornar a primeira lei no ordenamento jurídico brasileiro que regule de forma ampla e objetiva os crimes cibernéticos. Entretanto, há grupos de estudiosos, doutrinadores e usuários da Internet, que entendem que, se aprovado, o projeto causará grande ameaça ao direito à privacidade dos cidadãos, além de um atentado ao direito de liberdade, prejudicando a democracia digital.

Se não bastasse, este mesmo projeto sofre grande resistência por parte dos usuários da Internet, tendo em vista que circula na rede uma petição eletrônica,

47 Idem. Ibidem.

48 Idem. Parecer da... Op. Cit.

com mais de 165 mil assinaturas, de pessoas que se opõem à criação de tal norma, alegando ser uma afronta à democracia e à liberdade na Web. Consta no teor da petição intitulada “Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na Internet brasileira”:

A Internet oferece uma oportunidade ímpar a países periféricos e emergentes na nova sociedade da informação. Mesmo com todas as desigualdades sociais, nós, brasileiros, somos usuários criativos e expressivos na rede. Basta ver os números (IBOPE/NetRatikng): somos mais de 22 milhões de usuários, em crescimento a cada mês; somos os usuários que mais ficam on-line no mundo: mais de 22h em média por mês. E notem que as categorias que mais crescem são, justamente, “Educação e Carreira”, ou seja, acesso à sites educacionais e profissionais. Devemos assim, estimular o uso e a democratização da Internet no Brasil. Precisamos fazer crescer a rede, e não travá-la. Precisamos dar acesso a todos os brasileiros e estimulá-los a produzir conhecimento, cultura, e com isso poder melhorar suas condições de existência. Um projeto de Lei do Senado brasileiro quer bloquear as práticas criativas e atacar a Internet, enrijecendo todas as convenções do direito autoral. O Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo quer bloquear o uso de redes P2P, quer liquidar com o avanço das redes de conexão abertas (Wi-Fi) e quer exigir que todos os provedores de acesso à Internet se tornem delatores de seus usuários, colocando cada um como provável criminoso. É o reino da suspeita, do medo e da quebra da neutralidade da rede. Caso o projeto Substitutivo do Senador Azeredo seja aprovado, milhares de internautas serão transformados, de um dia para outro, em criminosos. Dezenas de atividades criativas serão consideradas criminosas pelo artigo 285-B do projeto em questão. Esse projeto é uma séria ameaça à diversidade da rede, às possibilidades recombinantes, além de instaurar o medo e a vigilância.⁴⁹

Referida petição demonstra a preocupação dos próprios internautas de que o Poder Legislativo adote uma diretriz policaiesca com relação à rede mundial de computadores, tornando o acesso mais difícil, limitado e oneroso. Difícil pois um engessamento da rede poderá diminuir as ondas de facilitação de acesso e prejudicar a melhoria na qualidade das conexões. Limitado porque tantas tipificações criminais implicarão num maior receio de criação de sites abertos, possibilitando contato com a cultura, com informações que antes somente eram acessadas mediante pagamento (cultura enquanto benefício dos que podiam pagar por ela). Oneroso porque determinadas obrigações que podem ser impostas às empresas atuantes na rede têm um custo elevado, o que diminuirá o número de serviços gratuitos na Web (que a compõem majoritariamente).

49 COMUNIDADE DE CIBERCULTURA. Pelo veto ao projeto de cibercrimes: Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na Internet Brasileira. Disponível em: <<http://www.petitiononline.com/veto2008/petition.html>>. Acesso em: 12 maio 2012.

A preocupação é compreensível e relevante. Afinal, a principal marca da rede é o seu caráter democrático e libertário, permitindo ao usuário transpor fronteiras culturais, pessoais e territoriais. O principal benefício que a Internet trouxe foi a capacidade ampla de informar e ser informado, sem isso, seu próprio fundamento restará perdido.

“Pode-se afirmar que o grau de democracia de um sistema pode ser medido pela quantidade e qualidade de informação transmitida e pelo número de sujeitos que a ela tem acesso”⁵⁰. Nesta seara, “quanto maior a diversidade de mensagens e de participantes, mais alta será a massa crítica da rede”⁵¹. Uma limitação excessiva da liberdade de informar e ser informado na Internet, invariavelmente, gerará uma diminuição de seu caráter democrático.

Entre outras alterações, caso vire lei, o PL citado irá alterar os artigos 265 e 266 do Código Penal Brasileiro, passando a ser crime atentar contra, interromper ou perturbar serviços de informação ou telecomunicação. Desta forma, observa-se a previsão de um novo capítulo no respectivo código, intitulado “Dos Crimes contra a Segurança dos Sistemas Informatizados”, a ser acrescido no Título VIII, “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”.⁵²

Na atualidade, a maior forma de se atentar contra o sistema virtual, é através da propagação e difusão de códigos maliciosos, os chamados vírus. Para Garcia⁵³, “a conduta seria uma espécie de crime contra a incolumidade pública”, reforçando a coerência de se inserir em tal título da legislação, conforme supracitado, protegendo assim, os interesses difusos. No entanto, não serão estas as condutas abrangidas pelo novo capítulo, mas sim as de acesso mediante violação de segurança (artigo 285-A, CP) e de obtenção ilegítima de dado ou informação (artigo 285-B, CP)⁵⁴. Tratam-se de condutas que geralmente atingirão uma pessoa específica, salvo se a informação acessada ou a violação de segurança sejam praticados contra a Administração (ainda assim, poderia se enquadrar melhor como crime contra a Administração). Neste viés, até faz sentido a exigência de representação (artigo 285-C, CP - exigência de representação, salvo se a vítima for, de algum modo, o serviço público - p. ex., União, fundações públicas, serviços sociais autônomos⁵⁵), mas esta é inaceitável se os crimes em questão forem realmente considerados como crimes contra a incolumidade pública. A figura da representação é incompatível com a natureza do crime contra a sociedade, ou a incolumidade pública, posto que a vítima nestes crimes será protegida de forma reflexa, bem como possíveis danos a ela causados. Afinal, nos crimes que visam proteger a incolumidade, são vislumbradas condutas que podem perturbar a tranquilidade dos indivíduos, lesando bens ou interesses

50 PAESANI, Líliliana Minardi. Direito e Internet... Op. Cit., p. 23.

51 CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1, p. 439.

52 BRASIL. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

53 GARCIA, Bruna Pinotti. Op. Cit., p. 133.

54 BRASIL. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

55 Idem. Ibidem.

indispensáveis à sobrevivência do homem; são protegidos interesses difusos, sem titulares identificáveis⁵⁶.

A conduta que mais se aproxima de um crime contra a incolumidade pública seria o crime de “inserção ou difusão de código malicioso” que, por sua vez, foi considerado um crime de dano (artigo 163-A, CP)⁵⁷. A divulgação de código malicioso é uma das maiores perturbações na Internet, prejudicando o seu bom funcionamento ao deteriorar o seu conteúdo e os computadores a ela conectados. Tais Códigos se propagam pela rede e atingem imensas proporções, sendo geralmente impossível detectar o número de prejudicados. Descobrendo-se a origem de um vírus que se disseminou na rede, nada mais coerente do que processar o agente pela prática de crime contra a incolumidade pública. Esta parece ser uma conduta penalmente relevante a título de tipificação de cibercrimes, porque o dispositivo que melhor se enquadra na prática em questão é o do artigo 265 do Código Penal, que prevê: “atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa”⁵⁸. No caso, sem dúvidas a Internet pode ser considerada um outro serviço de utilidade pública, mas a falta de especificidade do tipo pode gerar uma interpretação restritiva por parte dos magistrados, deixando uma conduta penalmente relevante desprotegida nesta esfera.

Parece ser esta a *ratio legis* da proposta de alteração na redação do referido dispositivo, bem como do que o sucede, incluindo a informação e a telecomunicação, isto é, a questão informática como objetos jurídicos protegidos⁵⁹. Então, se o redator do PL n. 84/1999 propôs novas redações aos artigos 265 e 266, que tratam dos crimes contra a incolumidade pública, inserindo expressamente a proteção da Internet como abrangida pelos tipos, qual a necessidade de outro tipo específico sobre a inserção de códigos maliciosos?

Este outro tipo específico, ao que consta, servirá apenas para proteger a divulgação de Código malicioso que tome pequenas proporções, ou seja, volte-se para um computador específico ou para uma empresa específica ou para alguma rede fechada específica. Retirada a nota de especificidade, o crime já seria contra a incolumidade pública. É preciso, ainda, considerar: a) geralmente, quando se divulga um Código malicioso na Internet se busca atingir o maior número possível de pessoas; b) a simples divulgação de um Código malicioso na rede mundial de computadores, ainda que retido em estágio inicial, já caracterizaria um crime contra a incolumidade pública, que não exige dano concreto.

Ainda que se adote uma postura avessa ao direito penal mínimo, não faz sentido que a tipificação proposta para o artigo 163-A, que por exclusão envolverá

56 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 267.

57 BRASIL. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

58 Idem. Decreto-lei n. 2848... Op. Cit.

59 Idem. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

a divulgação de Código malicioso em menores proporções para causar danos especificamente a alguém ou a alguma instituição, não exija a efetiva concretização do dano para a consumação. Não parece o que pensa o legislador brasileiro, que propõe qualificar esta nova modalidade de crime de dano caso um dano se verifique (artigo 163-A, §1º)⁶⁰. Ou seja, caso aprovado o dispositivo, haverá um crime de dano qualificado pelo dano no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizando verdadeiro bis in idem (sic!).

A proposta de redação do artigo 163-A, que cria outra espécie de crime de dano, evidencia outra nota do PL n. 84/99, qual seja o rigor nas propostas de pena privativa de liberdade, evidenciando uma falta de proporcionalidade intensa. Enquanto o Código Penal prevê a pena de 1 mês a 6 meses de detenção ou multa para o dano comum do artigo 163, aumentando-a para 6 meses a 3 anos de detenção e multa na modalidade qualificada do parágrafo único do artigo 163⁶¹, o PL n. 84/1999 quer que o dano decorrente da divulgação de Código malicioso (que como visto exclui a divulgação desta natureza que caracterize crime contra a incolumidade pública) receba pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa caso o dano não se concretize, e de 2 a 4 anos de reclusão e multa caso se verifique⁶².

O Projeto de Lei n. 84/99 (PL n. 84/1999) possui controvérsias que demonstram uma falta de tecnicidade do legislador ao criar normas sobre assuntos em destaque no cenário jurídico. Bem se sabe que a questão de regulamentação da Internet é polêmica, sendo preciso encontrar um equilíbrio entre segurança jurídica e preservação do caráter libertário e democrático da rede. Não se justifica a adoção de uma postura policialesca, mas ainda que assim se faça, é preciso ao menos respeito à melhor técnica jurídica. O apontamento das controvérsias acima deixa claro que, ao contrário do que afirmou o parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, o PL n. 84/1999 está longe de atender à boa técnica.

O MARCO CIVIL DA INTERNET

Em 2011, a presidente da República do Brasil, Dilma Rousseff, encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da rede mundial de computadores dentro do território nacional. Este anteprojeto no momento se encontra na Câmara dos Deputados, sob o n. 2126/2011, tendo como proposta também a delimitação de deveres e responsabilidades dos prestadores de serviços virtuais, definindo a posição do poder público no tocante ao desenvolvimento social da Internet.

O Marco Civil criou um debate frente aos parlamentares em relação o PL n. 84/1999, no qual uns alegam que esta lei com tipos incriminadores é capaz

60 Idem. Ibidem.

61 Idem. Decreto-lei n. 2848... Op. Cit.

62 Idem. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

de regular o ciberespaço, e outros entendem que este projeto antigo deve ser retirado de pauta, tendo em vista que estabelece restrições profundas capazes de comprometer o caráter democrático da Internet, sendo necessária a aprovação do PL n. 2126/2011. Ademais, há de se destacar que o PL n. 2126/2011 foi criado com base em duas consultas populares, tendo sua redação com base na vontade coletiva, diferente do substitutivo proposto pelo Senador Azeredo.

Vale lembrar que uma regulamentação da Internet [...]

[...] deve estabelecer, portanto, novas fronteiras para a autonomia privada em sua intrincada tarefa de ser instrumento para as liberdades individuais enquanto ressona um conjunto de direitos fundamentais a elas ligados. Para isso, uma forma de regulação é necessária, porém em uma matiz que nem sempre coincide com o dos institutos clássicos do direito civil; a utilização da soft law e de cláusulas gerais, aliadas a um trabalho conjunto com outras esferas do ordenamento, podem ser alguns dos caminhos a seguir.⁶³

Em geral, parece este o caminho do marco civil da Internet, que busca fornecer diretrizes amplas quanto ao tratamento dos conflitos na Internet, denotando as prioridades legislativas sempre que necessária a interpretação por parte do jurista. Os primeiros artigos do PL n. 2126/2011 deixam claro o viés que se pretende seguir quanto à aplicação das leis na Internet, que é o da democracia, da liberdade e do amplo acesso à informação:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração; e

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;

II - proteção da privacidade;

III - proteção aos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

63 VAZ, Ana Carolina. Neutralidade da Rede, Proteção de Dados Pessoais e Marco Regulatório da Internet no Brasil. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, n. 5, jul./dez. 2011, p. 154.

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e

VII - preservação da natureza participativa da rede.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes objetivos:

I - promover o direito de acesso à Internet a todos os cidadãos;

II - promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.⁶⁴

Com tais diretrizes, resta claro que não há princípio que prevaleça quando estiver em roga um conflito de interesses no ciberespaço. Ou seja, a segurança jurídica é tão importante quanto a privacidade, a liberdade e o acesso à informação. Neste ponto o PL n. 2126/2011 merece elogios, consubstanciando a vontade dos internautas no sentido de que a rede seja preservada em sua essência, independentemente do interesse de uns e outros. Às vezes, vale a pena abrir mão da proteção de um interesse para que outro, maior, seja garantido da forma mais plena possível. De nada adianta obter plena proteção à privacidade e total garantia à segurança jurídica se com isso não for possível utilizar a Internet em seus caracteres centrais, como dinamismo, intensidade de fluxos e prevalência do acesso gratuito. Esta política é muito diferente da buscada no PL n. 84/1999, que prioriza de forma inequívoca a segurança jurídica, ainda que se perca muito em liberdade do usuário. Uma postura nestes moldes não pode ser aceita, podendo prejudicar a própria essência da Internet, o que contraria a vontade social. O equilíbrio de interesses é algo essencial em qualquer sistema jurídico democrático, efetuando-se a ponderação de princípios, com respeito à razoabilidade e à proporcionalidade.

Prova do tratamento dispare que pretende ser conferido pelo PL n. 84/1999 em relação ao do PL n. 2126/2011 se refere à tormentosa questão do tratamento de dados:

Enquanto o PL n. 2126/2011 prevê o armazenamento de dados pelos mantenedores de sites da Internet pelo prazo de 1 ano, mantendo os registro de conexão (artigo 11)⁶⁵; o PL n. 84/1999 exige tal armazenamento pelo prazo de 3 anos, com registro da conexão em detalhes, submetendo-se o sistema implementado

64 BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 10 maio 2012.

65 Idem. Ibidem.

pelo respectivo site da rede a uma auditoria, sujeitando-se a multa por qualquer requisição de informação não atendida (artigo 22)⁶⁶. Em vez de sustentar um sistema oneroso de armazenamento de dados, sujeito a constante fiscalização por auditorias, o PL n. 2126/2011 limita as informações que deverão ser guardadas pelo provedor:

Art. 12. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de Internet.

Art. 13. Na provisão de aplicações de Internet é facultado guardar os registros de acesso dos usuários, respeitado o disposto no art. 7º. § 1º A opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de Internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

§ 2º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, a guarda de registros de acesso a aplicações de Internet, desde que se tratem de registros relativos a fatos específicos em período determinado, ficando o fornecimento das informações submetido ao disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 3º Observado o disposto no § 2º, a autoridade policial ou administrativa poderá requerer cautelarmente a guarda dos registros de aplicações de Internet, observados o procedimento e os prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 11.⁶⁷

As limitações quanto ao tipo de informações que devem ser armazenadas torna menos onerosa a manutenção de bancos de dados registrais, o que favorece a manutenção do caráter predominantemente gratuito do acesso às páginas da Internet. Talvez o PL n. 2126/2011 peque ao excluir a responsabilidade do provedor pelo dado que opte por não armazenar (artigo 13, §1º), pois tal faculdade deveria gerar um ônus, qual seja o de indenizar por ato ilícito que o provedor não impediu que ocorresse e nem indicou o responsável pela prática. Parece que tal diretriz contraria a tendência de conferir uma responsabilidade subsidiária às mantenedoras de sites no tocante aos atos ilícitos praticados em seu sítio. É insuficiente para a plena reparação do ato ilícito que se responsabilize o site apenas pela informação que após requerimento não foi retirada da rede (artigo 15)⁶⁸, pois, ao exercer a faculdade de não armazenar certos dados de acesso pelo prazo de 1 ano, o provedor adquiriu o ônus de reparar danos causados devido ao exercício da faculdade.

Outra controvérsia que o PL n. 2126/2011 tem levantado, é o fato de não se estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro o mecanismo conhecido como notificação e retirada, ou conforme chamada nos outros países que já adotaram, de notice and take down, até mesmo por que muitos sites que ocupam relevante espaço no cenário cibernético brasileiro já o disponibilizam. Este mecanismo prevê a opção da pessoa que sentir-se prejudicada por um comentário

66 Idem. Projeto de Lei n. 84... Op. Cit.

67 Idem. Projeto de Lei n. 2126... Op. Cit.

68 Idem. Ibidem.

ou mensagem postada na rede de solicitar ao responsável pelo site ou domínio a retirada da mensagem ou conteúdo. O PL n. 2126/2011 apenas faz menção à remoção de mensagens ou conteúdos por quem se sentir prejudicado mediante tutela jurisdicional do Estado, ficando omissos quanto ao sistema de notificação e retirada⁶⁹. Seria um momento oportuno para frisar a importância de tal sistema, principalmente por ser o único apto a proporcionar com maior celeridade a retirada da informação danosa da rede, diminuindo o efeito potencializador do ato ilícito cometido na Internet.

O Ministério da Justiça previu a hipótese de exclusão de mensagens de forma extrajudicial, todavia houve uma alteração decorrente a manifestação dos internautas, por considerarem que tal regra prejudicaria o caráter libertário da Internet, bem como a liberdade de expressão, que é um bem a ser preservado. Parece que a interpretação dos internautas que gerou a modificação da redação do Projeto de Lei não foi a melhor, pois numa ponderação de interesses a salvaguarda da liberdade de expressão deve se dar no mesmo patamar de garantia do direito à privacidade. A demora para a retirada de conteúdo do ar pode implicar num efeito cascata de produção de danos à vítima devido ao caráter potencializador da Internet, pelo qual uma informação pode se multiplicar infinitamente, até ser impossível contê-la, tornando-se a reparação plena do dano sofrido inviável. Bastava prever que, havendo dúvida por parte do provedor a respeito do caráter ofensivo da informação, seria necessária a autorização judicial. Sobre as questões problemáticas a respeito do Marco Civil da Internet, sintetiza Vaz⁷⁰:

São três as principais polêmicas do projeto: anonimato na rede, remoção de conteúdo e registro de internautas. O conceito “neutralidade da rede” significa que todas as informações devem ser tratadas da mesma forma e navegar na mesma velocidade. O Marco Civil tenta garantir a neutralidade para todos os internautas brasileiros, num momento em que a discussão sobre o tema atinge o ápice nos EUA - em a autoridade do FCC (Comissão Federal de Comunicações, na sigla em inglês) está sendo questionada. Regular sem censurar, registrar usuários sem invadir a privacidade alheia, proibir o anonimato sem tolher a liberdade de expressão, esses os desafios da regulamentação que se pretende fazer.

Ainda que tais desafios se revelem evidentes e que mesmo o PL n. 2126/2011 tenha os seus pontos que merecem reavaliação por parte do legislador, de maneira genérica, é a proposta que visa preservar de forma mais eficaz o caráter democrático e libertário da Internet, atendendo aos interesses dos usuários.

Uma efetiva democracia digital é o principal objetivo a ser alcançado com

69 Idem. *Ibidem*.

70 VAZ, Ana Carolina. *Op. Cit.*, p. 166.

o debate a respeito da atividade legislativa que tenha por objeto os conflitos da Internet. Uma postura ativa dos usuários no processo de discussão a respeito da atuação legislativa tende a beneficiar a efetivação de tal democracia. Com efeito, é o que se depreende de um estudo comparativo do PL n. 84/1999, elaborado sem qualquer participação popular, quanto ao PL n. 2126/2011, objeto de discussão na rede antes do envio ao Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

É inegável a revolução proporcionada pela Internet nas relações humanas, o que não ilide o dever de respeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, partindo da premissa de que a liberdade dentro do ambiente virtual existe, desde que não se viole o direito alheio, respeitadas as leis, a moral, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Percebe-se que a Internet é um instrumento fundamental ao avanço tecnológico na sociedade contemporânea. Todavia, trata-se de um meio vulnerável à prática de atos ilícitos, até mesmo em decorrência da vasta gama de relações jurídico-sociais que nela se dão. Quanto maior o número de relações de tal natureza, mais variadas são as possibilidades de conflitos que tendem a surgir.

Havendo um conflito, será preciso efetuar uma ponderação dos interesses envolvidos, de modo a preservá-los o máximo. Necessariamente, um interesse cederá espaço ao outro para que ambos sejam exercidos, até mesmo por possuírem igual tratamento no ordenamento jurídico-constitucional. O excesso no exercício de tais direitos gerará a prática de ato ilícito, sujeito à tutela cível e à tutela penal.

Em que pese uma ilusão de que somente a tutela penal é eficaz para a reparação de atos ilícitos, o instituto da responsabilidade civil se mostra amplo o suficiente para resolver boa parte dos conflitos da Web, sem prejudicar o seu caráter libertário. A Internet clama por uma regulamentação tão dinâmica e flexível quanto ela mesma. Com efeito, será possível preservar a democracia digital, isto é, o exercício pleno do direito de liberdade em todas as suas dimensões, salvo atos danosos praticados contra terceiros.

Não parece ser esta a posição adotada por uma parte do Poder Legislativo brasileiro, que atualmente delibera sobre o policalesco PL n. 84/1999, o qual contraria as diretrizes mundiais de aplicação do direito penal enquanto ultima ratio. As críticas ao projeto vão além da falta de técnica de certos dispositivos: esbarra em questões como falta de proporcionalidade e, principalmente, ausência de participação popular em sua discussão.

Por outro lado, o Marco Civil para a Internet (PL n. 2126/2011) desponta como uma postura legislativa mais liberal, logo, mais democrática. Apesar de existirem questões técnicas do PL que merecem revisão, este tem o seu mérito por

ter buscado na vontade dos internautas objeto suficiente para a formação de seu conteúdo.

A adoção de princípios diretores, da priorização da responsabilidade civil em detrimento da penal e do reforço das possibilidades hermenêuticas quanto à atuação do magistrado é fundamental para que se tenha uma efetiva democracia digital no Brasil. Cabe à atuação legislativa estatal optar por este rumo, impulsionada pelos debates a respeito da temática na Internet, que não devem cessar.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BELCHIOR, Luisa. **Crimes na internet rendem mais que tráfico de drogas no Brasil**, diz PF. Folha on-line, 20 maio 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u403907.shtml>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. Lei n. 10406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. Decreto-lei n. 4657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. **Cartilha de Segurança para a Internet, parte VIII: Códigos Maliciosos (Malware)**. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/download/cartilha-08-malware.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1117633/RO**. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 04 ago. 2010.

_____. Congresso Nacional. **Legislação**. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 12 maio 2012.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça no Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 maio. 2012.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 10 maio 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

COMUNIDADE DE CIBERCULTURA. **Pelo veto ao projeto de crimes cibernéticos: Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na Internet Brasileira**. Disponível em: <http://www.petitiononline.com/veto2008/petition.html>>. Acesso em: 12 maio 2012.

DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. **Cybercrimes**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Bauru: Edipro, 2000. p. 117-129.

DINIZ, Laura. **Justiça Derruba Anonimato e Pune Cada Vez Mais por Crimes na Internet**. O Estado de São Paulo. São Paulo, p. C1, 01 out. 2008.

DOMENEGHETTI, Caio. **Crimes e Ilícitos Eletrônicos no Brasil**. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). E-dicas: o Direito na Sociedade da Informação. 2. ed. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 159-169.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da**

língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2004.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais das Origens à Era Digital.** 5. ed. São Paulo: Record, 2007.

GARCIA, Bruna Pinotti. **Ética na Internet: os conflitos entre particulares no ciberespaço face às dimensões da liberdade e os princípios éticos como base de solução.** 2010. 150 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves; FURLANETO NETO, Mário. **Crimes na Internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional.** Revista CEJ, Brasília, v. 7, n. 20, p. 67-73, jan./mar. 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

LIMA, Gisele Truzzi de; DAOUN, Alexandre Jean. **Crimes Informáticos: o Direito Penal na Era da Informação.** Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-crimes-informativos-gisele-truzzi-alexandre-daoun.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

MICROSOFT. **Phishing: Perguntas Frequentes.** Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/protect/yourself/phishing/faq.msp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Os “Novos” Direitos enquanto Direitos Públicos Virtuais na Sociedade da Informação.** In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 319-353.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PECK, Patrícia. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Uso Ético e Responsável da Internet: Dicas e Alertas.** São Paulo: Fundação Bradesco, 2009.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Proteção da Privacidade na Internet: Aspectos Criminais.** 2002. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 9110832-40.2006.8.26.0000.** Relator: Elliot Akel. São Paulo, 20 de outubro de 2010. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Igor; RIZZO, Alana; PARIZ, Tiago. **Até dados pessoais de Dilma Rousseff são divulgados por hackers.** Correio Braziliense on-line, 24 junho 2011. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2011/06/24/interna_politica,258240/ate-dados-pessoais-de-dilma-rousseff-sao-divulgados-por-hackers.shtml. Acesso em: 12 maio 2012.

VAZ, Ana Carolina. **Neutralidade da Rede, Proteção de Dados Pessoais e Marco Regulatório da Internet no Brasil.** Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, n. 5, p. 147-171, jul./dez. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DA PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Alexandre Gazetta Simões¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²
José Antonio Gomes Ignácio Júnior³

RESUMO

O presente artigo trata do fenômeno da personalização do Direito Administrativo. Assim, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, com fundamento no Estado Social, ocorrera, segundo a moderna doutrina do Direito Administrativo, uma mudança na noção de interesse público, dando origem ao referido fenômeno de personalização do Direito Administrativo. Tal construção dogmática, a partir da redefinição do papel estatal, defende que o interesse público confunde-se com a atividade da Administração Pública na realização da democracia e dos direitos fundamentais. Contrapõe-se, portanto, à acepção clássica do Direito Administrativo que propugnava pela superioridade dos interesses do Estado, frente aos interesses dos indivíduos.

Palavras-chave: Personalização do Direito Administrativo – Estado Social - Interesse Público.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da personalização do Direito Administrativo é uma contraposição a base conceitual, que leva em consideração a distinção ente a atividade jurídica e a atividade social do Estado.

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

3 Graduado em Administração (FACCA) e Direito (FKB); Pós-Graduado com Especialização em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (UNOPAR/IDP); Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Professor de Direito em Graduação (EDUVALE) e Pós-graduação (PROJURIS/FIO); co-autor do livro “Ativismo Judicial – paradigmas atuais (Editora Letras Jurídicas); Advogado.

Assim, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, fundado em um Estado Social, ocorrerá, segundo a moderna doutrina do Direito Administrativo, uma mudança na noção de interesse público, dando origem ao referido fenômeno de personalização do Direito Administrativo.

Tal construção dogmática, a partir da redefinição do papel estatal, defende que o interesse público confunde-se com a atividade da Administração Pública na realização da democracia e dos direitos fundamentais.

Assim, a acepção clássica que propugnava pela superioridade dos interesses do Estado, frente aos interesses dos indivíduos, ante essa nova acepção doutrinária do Direito Administrativo, não mais pode prevalecer.

DA CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM UM ITINERÁRIO ABREVIADO

A soma dos critérios teleológico, residual e da distinção da atividade jurídica da atividade social do Estado, inspirou Hely Lopes Meirelles a compor um conceito de Direito Administrativo.

Assim, o doutrinador concebeu-o como um conjunto harmônico de princípios e regras que vai disciplinar os órgãos, agente, a atividade administrativa tendentes a realizar de forma direta, concreta e imediata os fins desejados pelo estado (MEIRELLES, 1998, p. 35)

Por seu turno, Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, 2008, p. 37) definiu o Direito Administrativo da seguinte forma: “ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.

De outra parte, ainda, Portanto, Ronny Charles Lopes Torres e Fernando Ferreira Baltar Neto (NETO; TORRES, 2012, p. 30), conceituam o Direito Administrativo da seguinte forma:

O Direito Administrativo se apresenta como o ramo do Direito Público que envolve normas jurídicas disciplinadoras da Administração Pública em seu dois sentidos, enquanto atividade administrativa propriamente dita e enquanto órgãos, entes e agentes que possuem a atribuição de executá-la. Enquanto arcabouço de regras disciplinadoras da Administração Pública, o Direito Administrativo é um conjunto de princípios e normas que limitam os poderes do Estado.

Portanto, a idéia é a que não o Direito Administrativo, mas sim, o Direito Constitucional quem determina os fins do Estado.

Ao Direito Administrativo, por seu turno, caberá realizar tais fins.

Portanto, retomando a definição de Direito Administrativo, concebida por Hely Lopes Meirelles, assim como, a definição proposta por Celso Antonio

Bandeira de Mello, além da definição apresentada por Ronny Charles Lopes Torres e Fernando Ferreira Baltar Neto, algumas considerações podem ser feitas.

Em um primeiro aspecto, a atividade administrativa é realizada pelo Estado de forma direta, significando que independe de provocação. Caso contrário, se realizada de forma indireta precisaria ser provocada. Tal circunstância, portanto, diferencia, a função administrativa, da função jurisdicional.

Em prosseguimento, levando-se em conta outra ponderação, tem-se que a atividade administrativa deverá realizar os fins desejados pelo Estado, de forma concreta.

Assim, a atividade administrativa é aquela que traz efeitos concretos. Por exemplo, a nomeação de um servidor. Ao revés, afasta a atuação abstrata do Estado, afeta ao Poder Legislativo.

Finalmente, conclui-se que a realização da atividade administrativa se faz de maneira imediata.

Portanto, o Direito Administrativo realiza a função jurídica do Estado de forma imediata. Esclareça-se, nesse aspecto, que a função mediata traz a lume a função social do Estado.

Portanto, nessa acepção clássica, a função social do Estado não está adstrita ao Direito Administrativo, e sim, está afeta à função política do Estado, a partir da qual se faz a escolha de sua função social.

Tal derivação é apontada por Ronny Charles Lopes Torres e Fernando Ferreira Baltar Neto (NETO; TORRES, 2012, p. 29), ao explicar que:

Enquanto a função política (ou o Governo) está relacionada à superior gestão da política estatal (como ocorre no veto presidencial, na cassação política de um parlamentar ou em algumas decisões do Tribunal Constitucional), a função administrativa está relacionada à execução das normas jurídicas para atendimento direto e imediato do interesse da coletividade, através de comportamentos infralegais, submetidos a um regime jurídico próprio (o administrativo), a uma estrutura hierárquica e ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Ainda, vislumbra-se o aspecto normativo que emerge das três definições, apontando, respectivamente, o Direito Administrativo como um conjunto de normas, sejam regras ou princípios, com a missão de limitar e disciplinar os poderes estatais.

De outra parte, situando historicamente o Direito Administrativo, Odete Medauar (MEDAUER, 2010, p. 31) explica que o seu surgimento pode ser localizado a partir da segunda metade do século XIX, vinculado à concepção do Estado de Direito, com supedâneo nas idéias políticas então existentes, as quais representavam um contraponto aos ideários do Estado Absolutista.

Portanto, o Direito Administrativo a partir dessas visões, apresenta-se como um conjunto de regras que fixam os parâmetros de ação para a Administração Pública, protegendo os indivíduos da ação do Estado.

DAS TEORIAS EXPLICATIVAS DA ORIGEM DO ESTADO

A origem do Estado está adstrita à natureza social do homem.

Desse modo, a partir do elemento associativo do gênero humano, o mesmo se agrupa em várias organizações sociais.

Por sua vez, essas organizações sociais se originam a partir das afinidades entre os vários grupos humanos, exemplificativamente, nas áreas cultural, econômica, religiosa, esportiva e política.

E, justamente, a partir desses núcleos populacionais, tem-se o surgimento da figura do Estado, representando como a mais importante organização social.

Tal importância é evidenciada por Darcy Azambuja (AZAMBUJA, 2011, p. 20), o qual pondera que:

Com exceção da família, a que, pelo nascimento, o homem forçosamente pertence, mas de cuja tutela se liberta com a sua maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades. No mundo moderno, o Estado é a mais formidável das organizações.

Desse modo, a conformação do Estado que temos vivenciado em nossa era, projeto evolutivo do chamado Estado Moderno; trata-se de um tipo de sociedade política que teve origem nos séculos XVI e XVII.

Sua gênese ocorre com a centralização do poder. Está adstrita ao liberalismo político e econômico, a partir dos séculos XVIII e XIX, notadamente no modelo estatal inglês, momento em que a ordem jurídica se volta para a proteção dos referidos direitos naturais do indivíduo.

Com o início do desenvolvimento industrial, ante a descentralização política, houve a necessidade da centralização do poder, ou seja, a unificação da fonte normativa, a qual da origem ao direito posto, que se posto acima da ordem feudal, a partir do ideário político da burguesia.

Nesse sentido, evocando a noção de soberania e de nação, Jorge Miranda (MIRANDA, 1997, pp. 70 e 71) explica que:

A soberania implica ainda imediatividade ou ligação directa entre o

Estado e o indivíduo, ao contrário do que sucedia no sistema feudal. Doravante, tanto o nobre como o plebeu são igualmente súbditos do Rei, porque igual e imediatamente sujeitos ao seu poder. Para isso o poder – por definição não apenas concentrado no Rei mas também centralizado – dota-se dos necessários órgãos e serviços. São os tribunais do Rei e o correspondente processo que aparecem; é uma administração burocrática em sentido moderno (profissionalizada e hierarquizada) que progressivamente se substitui à administração feudal (entregue a titulares por direito próprio); e são novas funções que ela se vai propor.

Portanto, o Estado Moderno surge da necessidade da centralização da vida política e deliberação normativa.

Há que se frisar, de outra parte, que a polis grega e a civitas romana, apesar de normalmente serem consideradas como Estados, na acepção por nós pretendida, o mesmo somente surgira no continente europeu, em fins do século XVI e início do século XVII.

Entretanto, nada impede de chamar de Estados, em sentido amplo, aqueles grupos humanos organizados e independentes (polis, principados, reinos, impérios etc.) que precederam à formação do Estado moderno. Entretanto, os mesmos deverão ser considerados como formas Pré-Estatais.

Nesse sentido, tecendo considerações sobre o sentido amplo e estrito de Estado, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (FILHO, 2009, p. 04) explica que:

O termo, embora usual, pode ser tomado seja uma acepção restritiva, seja numa outra, ampla.

Nesta, designa ele toda e qualquer organização política que, indo além do rudimentar ou “primitivo”, apresente um mínimo de institucionalização, portanto, de estabilidade nas suas regras fundamentais. Assim, pode-se falar em Estado “antigo”, discorrendo sobre Roma ou Atenas, em Estado “moderno”, para designar o tipo atual (embora já velho de cerca de meio milênio ao menos), ou em Estado do futuro, sem prejudicar a forma política que prevalecerá no amanhã.

Entretanto, o próprio Manuel Gonçalves Ferreira Filho (FILHO, 2009, p. 04) continua sua explicação, para deixar claro o significado pretendido para o conceito de Estado-nação. E nesse sentido, assevera que:

Entretanto, ninguém ignora que o termo foi cunhado para designar um tipo de organização política, que inexistiu no passado clássico, pois surgiu nos últimos tempos da Idade Média e ainda existe no mundo contemporâneo, embora possa desaparecer no correr desse século, senão do milênio.

Esse Estado, em sentido estrito, é ora apresentado como Estado-nação, ora como Estado soberano. A primeira expressão exprime a sua gênese, como forma política de comunidades nacionais; a

segunda, o seu traço mais importante; o que o marca como diferente de outros tipos de organização política.

Assim, resolvida a questão semântica, importa afirmar que muitas são as teorias referentes às origens de sociedades políticas, ou do Estado lato sensu.

Desse modo, a primeira teoria que pode ser destacada, trata-se da Teoria da Origem Patriarcal do Estado, também chamada de Teoria da Origem familiar.

Tal teoria sustenta que o poder político é derivado do núcleo familiar. Portanto, a sociedade política então se constituiria como uma ampliação da esfera familiar de poder. Entretanto, Darcy Azambuja pondera que apesar da sociedade derivar da família, não se pode considerar que o Estado, de forma geral, assim o foi (AZAMBUJA, 2011, p. 121).

Outra teoria que poderia ser enfeixada refere-se à Teoria da Origem Violenta do Estado. Por tal teoria, também chamada de Teoria da Força, a origem do Estado está ligada à dominação de um grupo social sobre os demais.

Tal teoria inspirou-se na teoria evolucionista de Charles Darwin, e, mais propriamente, numa visão de seleção natural que observaria o Estado como o resultado da luta de forças sociais para a tomada e controle do poder político.

Como explica Darcy Azambuja, teorias que concebem a origem violenta do Estado propugnam pela existência de um darwinismo político baseado numa forma de maquiavelismo que inclui no conceito de força não só a violência, mas também a astúcia (AZAMBUJA, 2011, p. 124).

De outra parte, a Teoria da Formação Natural do Estado explica, por seu turno, que o Estado é um fenômeno natural, resultante da própria natureza gregária do ser humano.

Tal concepção é desenvolvida por Darcy Azambuja (AZAMBUJA, 2011, p. 131), a partir dos seguintes parâmetros:

Quando as sociedades primitivas, compostas já de inúmeras famílias, possuindo autoridade própria que as dirigia, se fixaram num território determinado, passaram a constituir um Estado. Este nasce, portanto, com o estabelecimento de relações permanentes e orgânicas entre os três elementos: a população, a autoridade ou o poder político e o território.

Finalmente, a Teoria da Origem Contratual do Estado, baseia-se em uma concepção sócio-contratualista do poder político.

Tal teoria assevera um modelo racionalista baseado na idéia de consentimento entre os governados para a formação deste poder.

Sobre a importância que tal teoria representou na evolução social, a partir da concepção de um novo paradigma estatal, fundamentado em uma igualdade formal, Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2003, p. 30) comenta que:

A Filosofia política, expendida em livros do quilate do Contrato Social de Rousseau ou do Espírito das Leis de Montesquieu, teve na época sentido altamente subversivo, porquanto, inspirando a ação revolucionária, traçou a linha- mestra das mutações profundas da sociedade.

Nesse sentido, a par das várias teorias que justificam o surgimento do Estado, o mesmo se constitui em liames extremamente fortes, visto que a idéia de nação representa um conceito seminal que se sobrepõe a vários outros valores sociais.

Assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FILHO, 2009, p. 06), ao evidenciar tal temática, explica que:

Esta experiência assinala, além disso, que os vínculos nacionais sobrepujam a quase todos os outros, como a de classe social. Só não parece prevalecer sobre o liame religioso, que, aliás, tem íntima ligação com as características tradicionais de uma nação. É, certamente, um dos elementos que mais contribuem para a sua unidade.

Tanto é assim que mesmo obscurecida por pressões políticas, a sombra do Estado volta a se conformar no primeiro raio de sol.

Nesse sentido, valendo-se ainda dos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FILHO, 2009, p. 06), temos que:

E essa sobrevivência de nações prova-a o fato de que ressurgem, na primeira oportunidade, com grande viço, mesmo depois de longo período em que pareciam acomodadas. E isto ocorreu tanto quando houve forte e violenta repressão contra elas como quando uma política de persuasão e igualdade foi executada.

Portanto, o fenômeno Estatal está vinculado à experiência humana de forma indelével.

Assim, a partir da experiência histórica da raça humana, sua evolução civilizatória vicejou em agrupamentos sociais, as quais, em seus vários matizes, evoluíram, desaguando, invariavelmente, no Estado, por imperativo absoluto de sobrevivência do homem.

O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL

O Estado Social surge como resultado da reforma do modelo clássico do Estado Liberal.

Tem sua gênese a partir da década de 1920, ligado a três experiências políticas e institucionais, essas baseadas em três acontecimentos históricos. A saber: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha, após a Primeira Guerra;

e a Revolução Mexicana e suas conseqüências, como por exemplo, a fundação do PRI – Partido Revolucionário Institucional.

Por seu turno, o embasamento teórico do Estado Social, fixando as bases do garantismo social, advém de três documentos derivados dos fatos históricos relatados, quais sejam: a Constituição de Weimar de 1919; a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918.

Tal panorama é apresentado por Marcus Orione Gonçalves e Érica Paula Barcha Correia (GONÇALVEZ e CORREIA, 2008, p. 21), os quais apontam que: “Diante da ameaça socialista do início do século, o Estado capitalista teve se reestruturar. A sua resposta, desde o primeiro instante de dificuldade, foi a adoção de um Estado de bem-estar social”.

A conformação de tal modelo estatal caracteriza-se pela conjugação das garantias das liberdades individuais com o reconhecimento dos direitos sociais.

Nesse sentido, ainda; evidenciando o caráter histórico que permeou aquele momento, a partir da inserção de valores de justiça nas Constituições liberais, Fabio Konder Comparato (COMPARATO, 2008, p. 181.), ao tecer comentários à Constituição Mexicana, evidencia que:

O que, importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

Portanto, ocorreu a superação da ideologia liberal clássica, a partir da luta de classes sociais que se encontravam em posições antagônicas na cadeia de fruição dos bens econômicos.

O alcance de um novo modelo Estatal abriu espaço para o surgimento dos direitos sociais. Assim, por exemplo, veio a lume, uma primeira concepção de seguridade social, com lastro na intervenção estatal, com o fito de garantir iguais oportunidades a todos.

Essa temática é abordada por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2005, p. IX.), o qual pondera que:

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os

cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quanto as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.

Por tais razões, o Estado Social, fundado sob o postulado do reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, rompeu com o paradigma anterior, representado pelo Estado Liberal.

Tal ponderação é propugnada por Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2009, p. 185), que em sua doutrina, explica que:

Como estamos em plena idade do Estado social, a busca desesperada de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais parece representar a tarefa mais árdua e importante dessa forma de Estado. Só nos resta portanto ser pragmáticos e realistas tocante à doutrina que sustenta as Constituições no Estado contemporâneo. Já não se pode admitir que seja ela a mesma doutrina do velho e clássico liberalismo. Sobre as ruínas deste, apagada a memória do passado, se intenta doravante erguer um singular social-liberalismo, cujos conteúdos confusos se diluem na imprecisão dos conceitos. Mais sólida e menos vaga todavia é a doutrina do Estado social.

O Estado, portanto, passa a chamar para si a solução dos problemas sociais, a partir da ruptura de determinados aspectos da ordem política, social, jurídica e econômica existentes até então.

Surge o conceito de Constituição dita dirigente, apresentando como característica marcante, a prescrição de programas políticos, com caráter vinculante aos Poderes Públicos, conformando-se como “um projeto de ação aberto no tempo, com os olhos voltados para o futuro, carecendo sempre de outras providências normativas que a complementem” (FERNANDES, 2012, p. 83).

E, é justamente nesse momento que surgem as chamadas normas programáticas as quais têm como desiderato a disposição sobre os direitos sociais e direitos econômicos, com o intento de buscar-lhes efetivação (FERNANDES, 2012, p. 82).

Assim, imantado por uma axiologia que busca celebrar a dignidade da pessoa humana, o Estado Social tem a preocupação garantir padrões mínimos de sobrevivência a toda a sua população.

Clarificando tais aspectos, Marisa Ferreira dos Santos (SANTOS, 2004, p. 99) pontua que:

Essa intervenção do Estado nas estruturas sociais, por meio da garantia dos direitos sociais está diretamente ligada ao Estado Democrático, pela preservação dos direitos e garantias fundamentais. O Estado de bem-estar pretende garantir padrões mínimos de vida digna para o indivíduo e a comunidade, considerando como necessidades básicas a expansão do emprego, a saúde, a educação.

Supera-se, portanto, o paradigma político fulcrado em um Estado garantidor da ordem, para uma concepção ideológica calcada em um Estado prestador de serviços, doravante nominado Estado Social.

Tal acepção de Estado supera o individualismo exagerado que caracterizou o Estado Liberal, tendo como característica definidora o atendimento ao interesse público.

DO FENÔMENO DA PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A noção conceitual do Direito Administrativo somente pode ser construída a partir da consideração do interesse público, visto que os poderes administrativos possuem caráter instrumental e estão adstritos a um fim.

Assim, a elucidação do que seja o interesse público é essencial para se descobrir a significação do Direito Administrativo, visto que esse ramo do Direito, com base principiológica explícita, possui como alicerces fundantes dois princípios apenas, segundo se pode concluir, a partir da doutrina administrativista; representada, por exemplo, por Celso Antonio Bandeira de Melo.

Dessa forma, os princípios que conformam a atividade administrativa tratam-se do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Quanto ao primeiro princípio, como explica José dos Santos Carvalho Filho (FILHO, 2009, p. 35), este está ligado à consideração de que a ação do Estado somente se justifica quando voltada para o benefício da coletividade, ainda que o mesmo atue tendo em mira o atendimento de algum interesse estatal imediato. O fim último sempre deverá ser o interesse público, visto que, o destinatário da atividade administrativa não é o indivíduo em si, mas sim todo o grupo social num todo.

Por seu turno, quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a sua significação está associada à proibição da autoridade se deixar ficar em um estado inercial, sem atender as providências pertinentes à atividade administrativa, visto que, como explica o professor José dos Santos Carvalho Filho (FILHO, 2009, p. 37) “não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros”.

Nesse sentido ainda, Odete Medauar (MEDAUER, 2010, p. 134) explica que:

Segundo tal princípio, é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo. Por exemplo: desatende ao princípio a autoridade que deixar de apurar a responsabilidade por irregularidade de que tem ciência; desatente ao princípio a autoridade que deixar de cobrar débitos com a Fazenda Pública.

Assim, considerando tais assertivas, a “expressão interesse público pode ser associada a bem de toda coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade” (MEDAUAR, 2010, p. 134).

Apesar de o interesse público constituir-se em um conceito aberto, cuja significação está mais afeta a uma derivação que considere o caso em concreto, a noção apresentada por Odete Medauar, como ela mesmo explica (MEDAUAR, 2010, p. 134), está vinculada uma visão tradicional, que remete a uma época que não mais se verifica na realidade atual.

E nesse sentido, considere-se que a evolução do Direito Administrativo se deu a partir da mudança do paradigma estatal, que pela conformação da sociedade atual, busca se converter em Estado Democrático de Direito, como superação possível dos paradigmas anteriores.

Assim, como nos é explicado por Bernardo Gonçalves Fernandes (FERNANDES, 2012, p. 74), se a promessa de concessão de cidadania não se realizou por conta da ruptura do Estado Liberal, pelo surgimento do Estado Social; e por sua vez, pela não efetivação das propostas do Estado Social; busca-se o resgate dessas propostas, sem se valer de supostos ou pressupostos dirigentes ou planejadores.

Essa nova conformação estatal molda os ditames em que se embasam o Direito Administrativo, notadamente, quanto ao conceito de interesse público. Assim, Ronny Charles Lopes Torres e Fernando Ferreira Baltar Neto (NETO; TORRES, 2012, p. 45) explicam que:

A posição de supremacia entre o Poder Público e o administrado é vista sobre novo *prima*. A doutrina moderna diferencia o interesse público primário, representado pelo interesse da sociedade, materializada pela proteção ao ambiente democrático e aos direitos fundamentais, do interesse público secundário, representado pelo interesse da máquina administrativa, enquanto pessoa ou órgão. Se o interesse público primário ainda resguarda primazia, em relação aos interesses individuais, é também verdade que hoje, colisões entre o interesse do particular e o interesse público secundário (interesse da máquina administrativa, enquanto pessoa detentora de direitos e deveres), são solucionadas de acordo como os princípios,

as normas e os elementos fáticos concretos, por vezes privilegiando o indivíduo, em detrimento da Administração.

Portanto, a Constituição, como reflexo dessa nova conjuntura estrutural, preconiza os direitos fundamentais como condições procedimentais aptas a gestar o processo democrático, fulcrado na concessão de préstimos a todos os indivíduos, numa perspectiva totalizante, que leve em consideração, principalmente, os desvalidos.

Assim, em nossos dias, a única acepção justificável de interesse público é aquela que leva em consideração a harmonização entre os direitos e garantias do indivíduo, com o interesse Estatal.

Por tal razão, Odete Medauar (MEDAUAR, 2010, P. 134) aponta a relativização da “percepção geral das exigências da vida em sociedade”, com a “idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse”.

Qualquer conclusão em sentido contrário não se justifica, na medida em que a dignidade da pessoa humana, conforme previsão do artigo 1º, III, da Constituição Federal, constitui-se em fundamento da República Federativa do Brasil. E nesse sentido, não se pode instrumentalizar o ser humano.

Em suma, o fim do Estado é o ser humano, e não o contrário.

Ademais, a Constituição deve ser interpretada como uma unidade, de modo que não se pode estabelecer a prevalência dos interesses públicos em relação aos interesses privados ou vice-versa, considerando que tais interesses fazem parte do mesmo diploma normativo em igual hierarquia.

CONCLUSÃO

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a partir do fundamento do Estado Social, supera-se o paradigma político fulcrado em um Estado garantidor da ordem, para uma concepção ideológica calcada em um Estado prestador de serviços.

Tal acepção de Estado supera o individualismo exagerado, caracterizador do Estado Liberal, inaugurando uma axiologia que busca celebrar a dignidade da pessoa humana, a partir da garantia de padrões mínimos de sobrevivência a toda a sua população.

Entretanto, se a promessa de concessão de cidadania não se realizou por conta da ruptura do Estado Liberal, pelo surgimento do Estado Social; e por sua vez, pela não efetivação das propostas do Estado Social, um novo paradigma estatal, construído pela fusão dos ideários anteriores, molda os ditames em que se embasam o Direito Administrativo, notadamente, quanto ao conceito de interesse público,

dando origem ao referido fenômeno de personalização do Direito Administrativo. Tal construção dogmática, a partir da redefinição do papel estatal, defende que o interesse público confunde-se com a atividade da Administração Pública na realização da democracia e dos direitos fundamentais.

Assim, propugna por uma acepção de interesse público que leve em consideração a harmonização entre os direitos e garantias do indivíduo, com o interesse Estatal.

O cerne de tal construção dogmática tem assento na concepção constitucional que apresenta a dignidade da pessoa humana como seu princípio fundante, de modo a se concluir que o indivíduo deve ser o fim do Estado, e não o Estado constituir-se um fim em si mesmo.

E, além disso, tal acepção é ainda fundamentada na consideração unitária da Constituição, em que não se pode vislumbrar uma prevalência entre interesses públicos e privados.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**: Editora Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, Coimbra Editora, 6ª ed, 1997.

NETO, Fernando Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE A PEC Nº 03-2011 - UM SAUDÁVEL LIMITADOR À JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA

FUNDAMENTAL RIGHT AND THEIR STANDARDIZATION - VALUE OF NEED OF JUSTICE THROUGH DEMOCRACY AS ONE OF THE PURPOSES OF THE STATE

José Antonio Gomes Ignácio Junior¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

A pretexto da manutenção das garantias constitucionais do cidadão, não é possível a retirada das prerrogativas funcionais dos legitimados pela Constituição Federal. Pode-se admitir como exceção o ente constitucionalmente incumbido do judicial review, ou seja, o STF, porem somente nas previsões da Carta Magna (Mandado de Injunção e Súmulas Vinculantes). Atualmente nosso Judiciário se roga à função de legislador ativo com uma frequência cada mais assustadora - trata-se do fenômeno norte americano do ativismo judicial. Essa judicialização da política chega ao ponto de ser praticada por julgadores monocráticos de primeira instancia, não os desmerecendo, muito pelo contrário, mas a singularidade do julgador amplia a margem de possibilidade do erro em julgando, próprios dos seres humanos, e por essa condição é que ocorrerem e ocorrerão. Para eventualmente o julgador se rogar à função de legislador ativo, mister previsão constitucional, o que somente ocorre para o STF. Essa ampliação da prática do ativismo judicial, em especial pela prática regulamentar, levou o legislador constituinte a se movimentar no sentido de tentar emendar a CF para evitar uma interpretação diversa do enunciado normativo, como tem ocorrido frequentemente. Tal movimento se dá através da Proposta de Emenda Constitucional nº 03/2011, que altera o inciso V do artigo 49 da CF, ampliando o

1 Graduado em Administração (FACCA) e Direito (FKB); Pós-Graduado com Especialização em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Publico (UNOPAR/IDP); Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Professor de Direito em Graduação (EDUVALE) e Pós-graduação (PROJURIS/FIO); co-autor do livro "Ativismo Judicial – paradigmas atuais (Editora Letras Jurídicas); Advogado.

2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

poder de sustação dos atos exorbitantes não só do Poder Executivo, mas também do Judiciário. Para uma compreensão desse fenômeno típico do common law, que levou o Congresso a se movimentar, é importante uma breve e sintética busca dos postulados do jusnaturalismo e do positivismo, para chegarmos ao atual pós-positivismo, e aí sim, clarear quais seriam as possibilidades de troca dos legitimados para a efetiva concretude dos direitos fundamentais, sem desfigurar a separação dos poderes. Ainda mostra-se relevante para a compreensão ampla do tema, pequena e singela digressão a respeito dos modelos estrangeiros, especialmente nos países anglo-saxões. Por fim, uma abordagem crítica do tema tenta levar a conclusão da necessidade da imposição de limites ao ativismo predatório, entendido aquele concretizado fora dos limites constitucionais, o que, data máxima vênia, fere de morte a separação dos poderes, justificando pois a alteração da CF.

Palavras-chave: Ativismo judicial. PEC 2/2011. Separação dos poderes.

ABSTRACT

On the pretext of maintaining the constitutional guarantees of citizens, it is not possible to remove the prerogatives of functional legitimized by the Constitution. This anomalous situation occurs specifically when the Judiciary legislation positively. It may be admitted as an exception to the practice of being constitutionally mandated judicial review, ie, the STF, but only in the predictions of the Magna Carta (Writ of Injunction and binding precedents). Currently our judiciary to pray to the role of legislator with an increasingly alarming rate - it is the North American phenomenon of judicial activism. This judicialization of politics, gets to the point of being practiced by monocrotic judges of first instance, not unworthy, quite the opposite, but the uniqueness of the judge leaves room for quite harmful effects judicatus in erro, human beings themselves, and for this condition is occurring and will occur. For possibly the judge to plead to the active role of legislator, mister constitutional provision, which only occurs for the STF. This expansion of the practice of judicial activism, took the constitutional legislator to move in order to amend the CF to avoid a different interpretation of the statement of standards, as has occurred frequently. This movement takes place through the Proposed Constitutional Amendment No. 03/2011, amending section 49 of Article V of the Constitution, extending the power of restraining the exorbitant acts not only of the executive branch, but also the judiciary. For an understanding of this phenomenon typical of common law, which led Congress to move, it is important to seek a brief summary of the tenets of natural law and positivism, to reach the current post-positivism, and oh yes, clarify what are the possibilities exchange of the legitimate right to the effective concreteness of fundamental rights, without changing the separation of powers. Also shown is relevant to understanding the broad theme, small and simple digression about the foreign models, especially

in the Anglo-Saxons. Finally, a critical approach to the subject tries to take the conclusion of the necessity of imposing limits on predatory activism, understood that materialized out of the constitutional limits, which, when full reverence, death strikes the separation of powers, giving reasons for the change in CF.

Keywords: Judicial activism. PEC 3/2011. Separation of powers.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo, fazer breve e sintática análise do ativismo judicial e a possibilidade de sua contenção pela PEC 03/2011.

O Brasil passa por uma crise de identidade entre seus poderes, em especial quando o Judiciário invade terreno de atuação específica do Executivo e principalmente do Legislativo, o que aflora latente necessidade de uma revisão dos conceitos basilares dos limites de atuação de cada poder.

Essa limitação de atuação inquieta o mundo jurídico, pois em um país cujo sistema é o civil law, o ativismo pode não ser adequado. Essa inquietação jurídica nos leva a uma reforma constitucional através da PEC 03/2011, onde o Legislativo se vê obrigado a criar um mecanismo de sustação daqueles atos que usurparam os limites da interpretação da norma, e passaram a efetivamente criá-las.

O constitucionalismo desde seu nascedouro contribuiu muito para a construção de uma sociedade mais justa. Inobstante a importância, o advento de nova forma de aplicar o direito constitucional, chamada de neoconstitucionalismo, que coteja a aplicação das regras frente ao ordenamento dos princípios, merece a fixação de alguns marcos. ALEXY (2011, p. 87) separa muito bem essas duas espécies de normas, relatando que:

“Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença.”³

Em nosso trabalho, procuraremos analisar se a PEC 03/2011 nasce para fixar definitivamente uma fronteira entre a interpretação e a criação, pois a falta de um clareamento desses contornos poderá acarretar um agravamento na relação entre os poderes, conforme sinalizado pela doutrina na voz de RAMOS (2010, p. 110):

³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho Judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.”⁴

A par de tais celeumas, a maneira como o Judiciário vem atuando, é preocupante, mormente quando se tenta medir o limite e tamanho dessa exacerbação.

Em contraponto temos em muitos casos a concretude de direitos fundamentais, deixados de lado pelo legislador ordinário, o que faz do ativismo uma evolução do constitucionalismo clássico.

Diante dessas situações, pode-se perguntar: a PEC 03/2011 é saudável à nosso ordenamento? A resposta definitiva somente virá com o tempo, caso a mesma seja aprovada pelo Congresso e se torne parte da Constituição.

O ativismo deve ter freios, porém esse limite talvez não resida na simples possibilidade de outro poder sustar os atos do Judiciário, porém a PEC talvez seja um sinal de alerta que a judicialização da política ainda não se amolda em nosso sistema de direitos, em especial por nosso país não trazer a tradição dos anglosaxões.

Uma vez estabelecido o objeto da investigação, a sua razão de ser e as suas finalidades, a metodologia terá o modelo dogmático de investigação, pautado no raciocínio dedutivo sem desprezo ao indutivo, uma vez que o pluralismo metodológico é uma realidade na ciência do Direito.

DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO

O direito ao longo dos tempos passou por inúmeras formatações, recebendo entre tantos, contornos, os chamados naturalistas e os positivistas, mas sempre se questionou a eficácia do modelo adotado, o que não é diferente atualmente.

Os ordenamentos criados sob a vontade popular, em síntese, deveriam buscar uma felicidade de seus destinatários, ou nas palavras de BECCARIA (2005, p. 39/40):

“Consultemos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam

4 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria.”⁵

As expectativas historicamente não foram atingidas na sua plenitude.

Sem prejuízo da forma, todo ordenamento deve buscar uma justeza de acordo com os anseios de seus jurisdicionados. Para KANT (2008, p. 76/77):

“há necessidade de um princípio universal do direito, onde, qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.”⁶

O jusnaturalismo foi pautado nessa idéia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa. Para BARROSO, o termo “jusnaturalismo” (2010, p. 320):

“identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.”⁷

BOBBIO (1998, p. 19) a define como:

“aquela segundo a qual uma lei para ser lei, deve estar de acordo com a justiça.”⁸

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804.

Ao final do século XIX, com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim.

A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na

5 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40.

6 KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77.

7 BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

8 BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55.

concepção que a ciência é o único conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas. Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico.

Mais uma vez a voz do professor BARROSO (2003, p. 24), que com muita propriedade descreve os contornos dessa fase do direito:

“O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.”⁹

O ápice do positivismo jurídico deu-se com as idéias de KELSEN (2011, p. 67/68), quando da edição de sua clássica obra *Teoria Pura do Direito*. Nela o autor expõe sua concepção do que seria a essência do direito, e não de um ordenamento em específico:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Não somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso que dizer: ela expurgará a ciência de direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e a teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde.”¹⁰

9 BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

10 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 67/68.

Inobstante seu valor, o positivismo se mostrou ineficiente frente à usurpação de valores fundamentais.

O PÓS-POSITIVISMO

O positivismo clássico não atendeu aos anseios da sociedade do século XX, mormente pela não concretude de suas lacunas.

Ainda o mundo observou as barbáries do nazismo e do fascismo, onde seus agentes em defesa no tribunal de Nuremberg invariavelmente se escudavam na obediência a um ordenamento jurídico.

Mas havia a necessidade de um estado de direito, porem mais eficaz que o originário. As matrizes do positivismo não poderiam ser descartadas, e não foram. O estado de direito pode ser definido nas palavras de BOBBIO (apud SUNDFELD, 2011, p. 39), como:

“um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão, recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *principis legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). (...) Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder.”¹¹

11 BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1998. p. 19.

Observe-se que BOBBIO, informa a necessidade da positivação dos princípios em uma Constituição, adjetivando inclusive essas normas de “invioláveis”. A esse novo Estado de direito, onde há uma junção de parcela do jusnaturalismo com o positivismo clássico, nasce o pós-positivismo, ou nas palavras de RAMOS (2010, p. 35):

“Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a Dogmática Constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.”¹²

O modelo Kelseniano, talvez tenha padecido de ineficiência ontológica, que não impediu o uso do direito como instrumento da tirania.

Caso esse modelo, tivesse em seu bojo, princípios norteadores das regras, o ordenamento impediria sua instrumentalização no massacre de milhares de judeus por exemplo.

O período pós segunda guerra, mostrou a necessidade de aproximação do direito com a moral, e tal, parece ocorrer com a constitucionalização dos princípios. Diante da nova ordem, o interprete, na figura do Judiciário, passou a decidir através de um cotejamento entre os princípios e as regras.

Esse mecanismo possibilitou o preenchimento de varias lacunas do ordenamento, provocadas por em regra, omissão dos demais poderes, surgindo o fenômeno do ativismo judicial.

Tal prática, ainda muito discutida, não pode ser considerada de toda ruim, eis que na inércia recalcitrante dos legitimados para a concretude dos direitos fundamentais, tem se apresentado como efetivadora dessas garantias. Nas palavras de COSTA (2010, p. 52/53), afirma-se que:

“ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes.”¹³

A partir dessa postura, a jurisprudência passa a ser fonte de direito. Em países que adotam o civil law, tradicionalmente a jurisprudência não é fonte de direito, cabendo esse papel exclusivamente às normas regularmente positivadas.

Já aqueles Estados que adotam o common law, como a Inglaterra, as decisões judiciais produzem efetivamente direitos e obrigações. Esse ativismo judicial dos países anglo-saxões, é extenso e amplo, indo da supressão das omissões

12 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.35.

13 COSTA, Andreia Elias da. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52/53.

do Executivo e do Legislativo, até a interpretação teratológica em sentido evolutivo, atuando nas funções típicas desses poderes. RAMOS (2010, p. 110) leciona:

“não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.”¹⁴

Esse o sintético e modesto quadro do ativismo.

A PRÁTICA BRASILEIRA

O Brasil, embora tenha uma tradição civil law, aos poucos o modelo anglo-saxão se mostra presente, como no julgamento das uniões homoafetivas¹⁵ e da fidelidade partidária¹⁶, além da Corte ter invadido território claro do Poder Executivo ao demarcar terras no caso Raposa Serra do Sol¹⁷.

Isso revela de forma muito límpida, o poder normativo do Judiciário.

O oráculo de nossa Constituição, dia a dia vem pautando suas decisões nos padrões do common law, embora não seja esse o padrão brasileiro.

Essa força do Judiciário advém da atual Constituição Federal, que após décadas de regime de exceção, onde o Executivo era o detentor da maior fração do poder de nossa federação, procurou o legislador constituinte de 1988, inserir no pacto, uma gama imensa de direitos e garantias, e ao mesmo tempo confiou ao Judiciário a função de zelar pela observância dessas prerrogativas.

A par dessa situação, ainda as funções judiciais foram alargadas, permitindo-se o controle da inconstitucionalidade por ação e por omissão, através de ação direta ou do mandado de injunção. No dizer de SARMENTO (2011, p.

14 Op. cit. p.110.

15 BRASIL – Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ACO 1167.

86/87):

“esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu em larga medida, o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo, vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.”¹⁸

Embora nosso Judiciário, venha adotando essa postura pró-ativista, observamos que o faz nos moldes dos princípios constitucionalmente positivados. A questão que ora se coloca em pauta, é se essa atuação deve ter limites.

A PEC 03/2011 seria o início de um movimento de freio a esse ativismo, ou uma retaliação de alguns grupos representados no Congresso Nacional e que viram seus interesses mitigados pelo Judiciário? A resposta se apresenta difícil, porém o que não podemos ignorar, é que o ativismo embora em primeira análise se mostre necessário, até pela concretude de direitos fundamentais, não deixa de ser uma invasão do território de outro poder.

O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Como ponto positivo do ativismo, podemos realçar entre outros, o prestígio aos direitos fundamentais através desse novo constitucionalismo, que assegura à aplicação imediata de seus postulados no momento da interpretação da regra.

Estamos diante de um novo raciocínio jurídico, o qual é norteado pela ponderação entre regras e princípios. Entre as críticas, temos as mais diversas, desde o desprestígio a separação dos poderes, até a que indica o aparecimento de um superpoder, que se coloca hierarquicamente acima dos demais, em detrimento ao postulado dos check and balances.

O certo é que nosso país sempre teve uma tradição constitucional intervencionista, isso desde a Carta de 1934. A atual Constituição não foge a regra. No entender de RAMOS (2010, p. 271):

“ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle
18 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. in: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 86/87.

jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios de universalização progressista, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.”¹⁹

O Judiciário busca na realidade a concretização do welfare state, que teve sucesso em várias democracias através desse poder. Nosso sistema normativo adota um padrão social sem desprestigiar o liberal.

A não concretização pelo Estado de suas funções essenciais (não liberais) leva o Judiciário a se posicionar no exercício de funções típicas do Legislativo e do Executivo.

Ainda que não haja omissão dolosa por parte desses poderes, o próprio sistema normativo é rarefeito, não tendo a amplitude possível de contemplar todas as situações hipotéticas.

Nesse sentido, cabe trazer à baila as idéias de Herbert Hart concernentes à textura aberta do direito, partindo da tese da “textura aberta” da linguagem defendida por Friedrich Waissman. HART (1994, p. 141/142) preconizava que:

“além das dificuldades inerentes aos processos de comunicação escolhidos para veicular padrões de comportamento, situações novas não vislumbradas previamente implicarão na existência de uma zona de incerteza e imprecisão inerentes às normas jurídicas.”²⁰

O termo textura aberta, traduz as incertezas das lacunas do sistema normativo.

Embora o welfare state guarde relação direta com os outros poderes do Estado, na falta destes, o Judiciário se vê na obrigação de impor o fornecimento de remédios, a concessão de benefícios sociais, a concretização de direitos laborais, etc.

Inobstante a necessidade dessa atuação judicial, há certa preocupação quando o Judiciário rompe um princípio fundamental de nossa CF, a separação dos poderes. Concordamos com INGEBOG MAUS (2010, p. 250) quando afirma

19 Op. Cit. p. 271.

20 HART, H. L. A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141 e 142. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

que:

“quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.”²¹

Não podemos ter um Poder sem controle.

A PEC 03/2011 E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Proposta de Emenda Constitucional número 03/2011, traz a possibilidade de sustação de atos do Judiciário pelo Legislativo, quando aquele usurpar competência do segundo. A redação que altera o inciso V do artigo 49 da CF mostra-se assim redigida:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.49.....
.....
V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
.....

O objetivo da emenda é claro, frear o ativismo, mas não qualquer ativismo, aquele que usurpar o poder regulamentar, como vg as resoluções da Justiça Eleitoral respaldadas pelo artigo 23 do Código Eleitoral.

Ainda a emenda poderá retirar eficácia das delegações normativas. Certamente seu conteúdo material será posto em dúvida quanto à constitucionalidade, onde aparecerão aqueles que digam estar em cheque a separação dos poderes pela ingerência do Legislativo nas atividades fim do Judiciário.

Ledo engano. As atividades típicas do Poder Judiciário continuam incólumes a interferências, pois a PEC não visa atingir decisões propriamente ditas, como Acórdãos, sentenças, etc, (funções típicas) mas tão somente aqueles atos normativos (atípicos) do Judiciário, não jurisdicionais, como as resoluções da Justiça Eleitoral, que nada mais são do que normas de conteúdo delegado pelo legislador.

Não é novidade que a Justiça Eleitoral extrapola os limites da regulamentação pelas resoluções, como ocorreu no caso da infidelidade partidária (Resolução 22.610), onde o que deveria ser mera ferramenta instrumental, tornou-se uma verdadeira emenda à Constituição, suprimindo direitos políticos por norma

21 Apud CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes, in: VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, pag. 20. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 250.

infralegal.

Não podemos perder de vista também, que as regras editadas sob o palio do artigo 23 do CE, tem efeito erga omnes, o que se apresenta como um vigoroso legislar.

Outro exemplo de excesso ocorreu no CNJ, quando em sessão decidida por maioria, revogou o artigo 65, § 2º da LOMN, por entender que o mesmo estaria divorciado na EC 19, estendendo aos magistrados federais por isonomia, benefícios garantidos por lei aos membros do Ministério Público Federal. Vê-se que a PEC não visa somente os atos regulamentares do Poder Judiciário, mas também de todos os órgãos que exerçam poder regulamentar (como atividade atípica), como o Ministério Público, os Tribunais de Contas, o CNJ, etc.

Saliente-se que quer o Poder Judiciário ou os demais órgãos retro mencionados, detém déficit democrático, eis que nenhum de seu membros foi eleito, o que lhes retira a possibilidade de invadir seara própria do legitimado – Poder Legislativo. Pela redação original da PEC 03/2011, não vislumbramos ofensa a separação dos poderes, eis que não se esta alvejando atividade fim quer do Poder Judiciário, Executivo ou de outros órgãos, mas sim a atividade atípica, regulamentar, desde que excedente às suas metas, o que avistamos infelizmente cada vez mais.

A concretude de direitos fundamentais pelo único legitimado constitucionalmente a legislar positivamente, o STF, pode ser garantida através dos controles, das Súmulas Vinculantes, ou de qualquer outra forma de provocação do oráculo da Constituição.

O que se mostra como ameaça a separação dos poderes, é o ativismo predatório, aquele que cria normas com efeito erga omnes a despeito do déficit democrático dos membros do Poder Judiciário.

Muitos serão os que se levantarão contra a PEC sob o manto da aparente ofensa a separação dos poderes. Alegar-se-á ainda, que as garantias fundamentais do cidadão, concretizadas na omissão do legislador por decisões históricas poderão ser aniquiladas. Essas bandeiras não se sustentam.

Com já salientado, o Congresso poderá sustar aquelas decisões judiciais (ou não), que extrapolem o poder regulamentar.

Não vislumbramos essa característica nos julgamentos paradigmáticos do ativismo, como das uniões homoafetivas, no direito de greve dos servidores, no aborto de feto anencéfalo, etc.

Esse freio poderá sim incidir sobre as resoluções da Justiça Eleitoral que limitam o exercício dos direitos políticos, inseridos no título dos Direitos Fundamentais em nossa Constituição (Título II). Quantos cidadãos perderam e continuam perdendo seus mandatos por se desfilarem do partido pelo qual se elegeram, muitas vezes em razão de perseguição, e foram tachados de infiéis por

um tipo criado por ato meramente regulamentar na Justiça Eleitoral (Resolução 22.610)? Isso aparenta invasão da competência do Poder Legislativo pelo Judiciário, pura ruptura da separação dos poderes, pois nesse caso específico, o criacionismo foi além da lei, se imiscuiu em matéria constitucional, ou seja, nos direitos políticos negativos, que são nas palavras de SILVA (1999, p. 382):

“Denominamos direitos políticos negativos àquelas determinações constitucionais que de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública.”²²

Respondendo a questão que dá título a este modesto trabalho, sem embargo de opiniões em contrário, a PEC 03/2011, freia aquele ativismo travestido de poder regulamentar, que efetiva e deliberadamente, usurpa competência do Legislativo, como nos casos da Justiça Eleitoral, avocando legitimidade democrática que não detém.

Da mesma forma, não ha risco às garantias fundamentais concretizadas por decisões de relevante valor social, para não dizer verdadeiras ações afirmativas, pois nesses casos, não houve atuação regulamentar, mas a pratica de uma atividade fim do Judiciário, que não é objeto da pretensa mutação constitucional.

Enquanto o Judiciário estiver atuando no campo de sua legitimidade, nenhum risco correm suas decisões, porém a invasão da órbita de outro poder torna esse passo inconstitucional, como indica RAMOS (2010, p. 307/308):

“O principio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consecutórios, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. A esse propósito, importa ter presente que, em contraposição à função legislativa, a atividade jurisdicional opera em escalão inferior da ordem jurídica e se volta, precipuamente, á atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos. A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidade exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão que qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.”²²³

22 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 382.
23 Op. Cit. p. 307/308.

CONCLUSÃO

A par do exposto, temos que o ativismo surgiu no Brasil diante da necessidade da concretização de vários direitos previstos na Constituição Federal, e não efetivados por omissão do legislador.

Embora nosso sistema de direitos seja o civil law, onde a principal fonte de direitos é a lei, o ativismo típico dos países com tradição anglo saxônica, onde os precedentes (jurisprudência) são essa fonte, vem aos poucos se instalando, porém sem a estrutura histórica e judicial dos países adeptos do common law.

Essa mudança tem suas virtudes, como acima exposto, mas também traz alguns malefícios, como uma invasão clara do terreno de outros poderes constitucionalmente instituídos, o que deflagra um constrangimento jurídico.

O Texto Magno autoriza com exclusividade o Supremo Tribunal Federal a legislar positivamente, o que ocorre através do Mandado de Injunção e das Súmulas Vinculantes, sendo defeso sob a ótica constitucional a qualquer outro órgão do Judiciário se rogar a essa função, exceção feita à atuação como legislador negativo. Por esse viés, a prática do ativismo judicial fica adstrita unicamente ao oráculo da Constituição. Porém essa não é a discussão neste momento.

O que estamos a analisar é a extensão da PEC 03/2011, que permite ao Legislativo sustar atos normativos dos demais poderes que extrapolem essa característica. Ao contrário dos desafetos da proposta, sua objetividade não é acabar como o ativismo salutar, assim entendido aquele praticado nos limites da Constituição Federal, como os julgamentos recentes do STF garantindo direitos fundamentais marginalizados pelo legislador, como o reconhecimento das uniões homoafetivas, do direito de greve dos servidores, do direito da mãe abortar um feto anencéfalo, além de inúmeros outros.

O motivo da apatia legislativa é conhecido e claro. Como os membros do corpo legislativo exercem cargos eletivos, os interesses defendidos guardam estreita relação com o de seus eleitores, e muitos grupos reacionários ou afetos a determinadas religiões, compõe esse eleitorado. Daí a conclusão que certos direitos previstos como princípios na Constituição, tão cedo não serão efetivados pelo legislador por contrariar esses interesses sectários, e aí cabe ao Judiciário, através do STF, suprimir esse déficit de legitimidade.

A PEC não visa atingir esse ativismo, mas aquele praticado pelo abusivo exercício do poder regulamentar, como no caso da Justiça Eleitoral, que apoiada em uma norma pré-constituente, o Código Eleitoral (artigo 23), edita resoluções com efeito erga omnes, atuado como legislador ativo, suprimindo direitos e criando ritos processuais (v.g. Resolução nº 22.610).

Essa espécie de ativismo que a PEC visa inibir, e restabelece ao Legislativo a função típica que a Constituição lhe conferiu. Certamente será questionada a

constitucionalidade material da proposta, como se a finalidade fosse a ingerência do legislador nas atividades fim do Judiciário, porém não estamos diante dessa situação, mas sim da preservação da separação dos poderes imposta pelo artigo 2º da Constituição Federal.

A PEC certamente fortalecerá essa independência, pois o silêncio do legislador diante de uma manifestação do Judiciário implicará em reconhecimento da legitimidade do ato (normativo), fortalecendo o necessário diálogo entre os poderes.

Em conclusão, a PEC não se imiscui na atividade fim do Judiciário, mas na atípica, de caráter regulamentar, que eventualmente ultrapasse os limites da lapidação da vontade legislativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: RENOVAR. 2003. p. 24.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: IBDC. 1997. 167 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 19.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3999**. 12/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 144**.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal - **ADI 4277 e a ADPF 132.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **ACO 1167.**

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**, in: VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, pag. 20. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São paulo: Quartier Latin, 2010. 250 p.

COSTA, Andreia Elias da. **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52/53

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141 e 142. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin. 2010. 245 p.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67/68.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva. 2010. p. 110.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito publico.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 39.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador. JusPODIVM. 2011. p. 86/87

DO EFEITO INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Alexandre Gazetta Simões¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²
José Antonio Gomes Ignácio Júnior³

RESUMO

O presente estudo busca apresentar um paradigma conceitual que espelhe as hipóteses em que o recurso de Embargos a Declaração poderá apresentar efeito infringente. Ocorre que o referido recurso denota uma ontologia que se volta à correção de omissões, contradições e obscuridades, em acórdãos e sentenças; tendo admissibilidade em tais hipóteses, sob as decisões interlocutórias. Entretanto, apesar de apresentar um caráter que se restringe à integração dessas decisões, excepcionalmente, esse caráter integrativo converte-se em uma acepção substitutiva. Assim, sopesando os valores constitucionais de acesso à justiça e segurança das decisões judiciais, busca-se apontar as situações em que é possível admitir-se a ocorrência do efeito infringente aos Embargos de Declaração, sem desnaturar a essência do mesmo, evitando-se postulações que objetivem adentrar no mérito da decisão proferida.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição; recursos civis; embargos de declaração.

ABSTRACT

This study seeks to present a conceptual paradigm that reflects the assumptions on which the feature Embargos de Declaração may have an effect infringement. That this happens it denotes the feature ontology That turns the correction of omissions,

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA). Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

3 Graduado em Administração (FACCA) e Direito (FKB); Pós-Graduado com Especialização em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (UNOPAR/IDP); Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Professor de Direito em Graduação (EDUVALE) e Pós-graduação (PROJURIS/FIO); co-autor do livro “Ativismo Judicial – paradigmas atuais (Editora Letras Jurídicas); Advogado.

contradictions and obscurities in Judgments and sentences, with admissibility in such cases, under the interlocutory appeals. However, despite having a character that is restricted to the integration of these Decisions, exceptionally, the integrative character become a substitute purposes. Thus, weighing the constitutional values of access to justice and legal security of Decisions, we seek to point out the situations where It Is possible to admit the occurrence of the effect of infringing the motion for clarification without diluting the essence of it, That avoiding nominations aim to enter into the merits of the decision rendered.

Keywords: Two levels of jurisdiction; civil remedies; declaration distrains.

INTRODUÇÃO

Pondere-se, como argumento de abertura a qualquer derivação jurídica ou metafísica que se queira lançar mão, que o recurso, antes de tudo, presta-se a satisfazer a uma tendência inata no gênero humano.

Esse enfoque, portanto, revela a insofismável tendência humana de se rebelar contra a adversidade. Ainda mais quando estamos a nos referir às agruras da vida em sociedade, que sendo submetidas ao cadinho das hostes forenses, transforma-se em uma penosa disputa judicial, que se arrasta, não raro, por anos a fio; para, ao fim e ao cabo, dar ensejo a um pronunciamento decisório que frustra as nossas expectativas, lançado-nos à boca o amargo gosto da injustiça.

Esse quadro, comum no ambiente forense, é desenhado quando um juiz de primeiro grau profere uma sentença que não acolhe o pedido do autor ou do réu. Em ambos os casos, autor ou réu, dificilmente se conformam com tal decisão e certamente manifestarão seu inconformismo.

Em tais situações, o recurso se presta como via de retorno ao Poder Judiciário, possibilitando que a parte manifeste sua insurgência, por meio da peça recursal; valendo-se desse instrumento para submeter, por uma segunda vez, as suas razões, não raro, a um colegiado mais experiente, que lhe possibilitará um novo alento.

E mais tarde, se houver uma reiteração da decisão originária, sacramentado sua derrota em um Acórdão; mais fácil, será à parte, suportar as agruras advindas da frustração de suas expectativas de êxito e arcar com os ônus de ação judicial vencida.

Esse contexto é demonstrado com maestria por Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 36), o qual assevera que:

O inconformismo arrebatava homens e mulheres nas situações incômodas e desfavoráveis. Poucos aquiescem passivamente à adversidade. Envolvendo a rotina da condição humana conflitos intersubjetivos, resolvidos por intermédio da intervenção do

Estado, a vida em sociedade se transforma em grandiosa fonte de incômodos. E a própria pendência do mecanismo instituído para equacionar os conflitos provoca dissabores de outra natureza. A causa mais expressiva do descontentamento, cumulada à sensação asfixiante de desperdício de tempo valioso, avulta nos pronunciamentos contrários ao interesse das partes e de terceiros emitidos neste âmbito. O homem e a mulher na sociedade pós-moderna se acostumaram às relações instantâneas dos modernos meios de comunicação e reagem muito mal a qualquer demora e a soluções que não lhes atendam plena e integralmente os interesses.

Além disso, como referido de passagem, há uma presunção de que se recorre a quem tem mais autoridade, e em tese, mais sabedoria. O que é benéfico às partes, recorrente e recorrido, visto que sufraga virtualmente a injustiça da decisão.

Tal aspecto é apontado por Alcides Mendonça Lima (LIMA, 1976, p. 127.), o qual pondera que:

Mais comumente, porém, é o fato de o lesado impetrar novo julgamento de quem tem mais autoridade ou inspira mais respeito, ou exerce ascendência naquele que se pronunciou contra o recorrente, ao menos pela presunção de mais sabedoria, experiência e méritos culturais e morais.

Assim, o recurso exerce uma irresistível atração, uma poderosa influência, no espírito humano. E, justamente o fato de ser acolhido em todas as épocas é indício de que o mesmo é inerente à personalidade humana.

Portanto, somente por tais razões, chega-se à noção do porquê da existência de grande correlação entre o direito de ação e o direito de recorrer, mesmo que esse seja decorrente daquele.

Por tais é que constatamos que ao longo da história da humanidade, nas mais diferentes organizações judiciárias de diversas civilizações do mundo; verifica-se a existência, basicamente, de duas espécies de julgamento; quais sejam: o julgamento singular e o julgamento colegiado. Em um primeiro momento, o magistrado decide sozinho todas as questões que lhe são submetidas. Posteriormente, aditando-se no tempo, em outro momento, decisões são tomadas coletivamente, mediante a coleta de votos dos membros que compõem o órgão colegiado; a partir do instrumento recursal.

O que essa constatação tem a nos revelar. Que justiça instantânea é utopia. Assim, nas pegadas Alcides Mendonça Lima (LIMA, 1976, p. 139): “Antes de oferecer uma justiça rápida, mas facilmente falha, o Estado tem o dever de oferecer uma justiça boa, ainda que praticamente lenta. Àquela – raras vezes é justa; esta – raras vezes é injusta”.

Portanto, o princípio da dualidade de grau tem consagração universal, com raras exceções; mesmo que possa ser restringido em casos específicos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LV, garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

ASSUNÇÃO, 2009, p. 517.) Assim, Luiz Fux (FUX, 2004, p. 932) pondera que:

A decisão judicial, como vimos, apresenta aspectos formais e materiais. O primeiro revela sua legalidade e, o segundo, sua justiça. Esses planos de análise de decisão encartados no procedimento recursal visam a que o ato judicial seja depurado na sua validade formal e material, posto a experiência comum denotar que o jurisdicionado, em regra, não se contenta com apenas uma aferição da validade da decisão.

Portanto, os recursos apresentam-se como direito fundamental das partes, mesmo que consideremos sua projeção implícita na Constituição Federal, uma vez que os mesmos constituem-se em elemento de salvaguarda quanto a existência de decisões justas e válidas, requisito necessário à existência de um Estado Constitucional Democrático.

RAZÕES CONCEITUAIS DOS RECURSOS E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS MESMOS

A conceituação de termo recurso apresenta plurissignificação.

Desse modo, etimologicamente, a palavra recurso origina-se do latim – *recursus* – que contém a idéia de voltar atrás, de retroagir, de curso contrário.

Desse modo, Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2007, p. 03.) assevera que:

O vocábulo recurso provém do latim *recursus*, cujo significado – curso retrógrado, caminho para trás, volta – revela exata idéia do instituto: nova compulsão das peças dos autos para averiguação da existência de defeito na decisão causadora da insatisfação do recorrente.

Ainda, nesse sentido, Alcides de Mendonça Lima (LIMA, 1976, p. 123.) esclarece que:

A palavra recurso origina-se do latim – *recursus* – que contém a idéia de voltar atrás, de retroagir, de curso ao contrário. O vocábulo primitivo compunha-se da partícula interativa *re*, de origem ignorada, anteposta ao substantivo *cursus*, proveniente do verbo *currere*.

Nas línguas neolatinas, há similitude de termos, todos denotando a mesma fonte e o mesmo sentido: recurso, em português e em espanhol; *ricorso*, em italiano; *recours*, em francês.

Exatamente na gênese da palavra, encontra-se toda a essência do instituto, porquanto a finalidade de qualquer via impugnativa a uma decisão é a de tornar a mesma sem efeito, desaparecendo o resultado alcançado, de modo a substituir a situação anterior.

De outra parte, a significação da palavra recurso está adstrita a sinônimo de auxílio, de remédio, de proteção e, até, no plural, de fundos financeiros.

Ainda, Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2007, p. 03) esclarece, de forma mais totalizante, que:

São múltiplas as acepções do termo recurso em nosso idioma. Ele pode ser empregado como sinônimo de dinheiro, numerário, pecúnia. Também pode significar ajuda, assistência, auxílio, proteção, socorro. Pode ser utilizado, ainda, como sinônimo de dote, faculdade, habilidade, aptidão.

Em uma acepção jurídica, e sob um enfoque processual, valendo-se dos ensinamentos de Alcides de Mendonça Lima (LIMA, 1976, p. 124), o recurso poderá ser conceituado da seguinte forma:

Na linguagem jurídica e, sobretudo, processual, o termo “recurso” é empregado para indicar todo e qualquer meio com o fim de defender ou preservar um direito. A ação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas, certos institutos com denominação específica (embargos de terceiro e embargos do devedor) etc. podem caber na conceituação genérica de recursos. É um modo de impetrar proteção, auxílio, guarda, ajuda, assim como os crentes recorrem a Deus.

Portanto, nessa acepção mais totalizante, e já voltando os olhos à seara jurídica, o termo recurso pode ser abarcado em uma acepção adstrita a um meio tendente a defesa de um direito.

Dessa forma, valendo-se ainda das ensinanças de Alcides Mendonça Lima (LIMA, 1976, p. 124), tem-se que: “Assim, recurso, na acepção jurídica, sobretudo processual, é empregado para indicar todo e qualquer meio com o fim de defender ou preservar um direito”.

Inobstante, sob uma ótica mais estrita, pode-se lançar mão da idéia, recurso trata-se do meio de impugnação processual concedido às partes, objetivando-se impugnar uma decisão judicial – sobretudo uma sentença – de modo a se obter a sua revisão por um tribunal superior.

Portanto, nessa abordagem, é possível concluir que a noção etimológica configura o recurso no seu exato conceito técnico, inclusive como instituto processual.

E mais, a origem etimológica da palavra recurso apresenta, em seu

conteúdo, toda a essência desse instituto, já que a finalidade de qualquer via impugnativa de uma decisão é a de torná-la sem efeito, desaparecendo, portanto, o resultado dela emanado, de forma a subsistir a situação anterior.

Doutrinariamente, quanto a uma conceituação de recurso, Barbosa Moreira (MOREIRA, 2003, p. 233.) esclarece que:

À luz das considerações acima, pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.

Por sua vez, Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 38), com muita percuciência, pondera, citando Sandro Marcelo Kozikoski que:

O que é Recurso? Recurso, responderá um dos melhores textos recentes na matéria, é “um direito de ordem subjetiva, extraído dos desdobramentos do direito de ação, caso em que o recurso é suscitado pelo autor da demanda, ou, então, do próprio direito de defesa, caso a provocação para o reexame resulte da parte contrária”.

Ainda, Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2007, p. 03). afirma que:

Em sentido estrito, ou seja, em linguagem técnica, e à luz do direito brasileiro, o recurso pode ser assim definido: remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro prejudicado, apto a ensejar a reforma, a anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou de tribunal ad quem, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do informismo.

Por seu turno, Luiz Fux (FUX, 2004, p. 925) explica que:

Recurso é o instrumento jurídico processual através do qual a parte ou outrem autorizado por lei pleiteia o reexame da decisão, com o fim de modificá-la, cassá-la ou integrá-la. Assim, enquanto há recurso, há possibilidade modificação da decisão.

Finalmente, Alcides de Medonça Lima (LIMA, 1976, p. 124) conclui que: “Trata-se, portanto, de uma espécie ou modalidade de remédio ou de meio jurídico-processual”.

Entretanto, em todas as conceituais que se possa abordar, o ponto de contato entre elas se refere à noção de que o seu manejo não se submete a uma nova relação processual. Ao revés, os recursos produzem uma extensão do processo em curso.

Caso contrário, ou seja, se houvesse a inauguração de outra relação processual, estaríamos tratando de outro instituto, mas afeto, por exemplo, às ações

autônomas de impugnação, que, como exemplo, poder-se-ia mencionar as ações rescisórias ou o mandado de segurança.

Nesse sentido, Araken de Assis (ASSIS, 2007, p. 39) explica que:

O recurso não seria (nova) ação, porque não geraria (outro) processo. E, de fato, os remédios do art. 496 tramitam no processo pendente. Recurso não se confunde com ação impugnativa, *tout court*, porque o recurso não forma outro processo, enquanto nesta há novo processo. Não importa a presença de coisa julgada material. Há ações de impugnação que pressupõem coisa julgada material (rescisória) e há as que se mostram cabíveis na hipótese de inexistência de coisa julgada (mandado de segurança).

Desse modo, os recursos estão afetos ao propósito de assegurar, dentro do seu âmbito, a justiça das decisões.

Nesse sentido, Luiz Fux (FUX, 2004, p. 925.) pondera que:

Ontologicamente, *re cursus* suscita a idéia de um “curso para trás”, como que engendrando um retrospecto da causa para ulterior reexame. O órgão encarregado de sua análise realiza um exame pretérito sobre todas as questões suscitadas e discutidas, para o fim de verificar se o juiz, ao decidir, o fez adequadamente. Essa análise retrooperante permite ao órgão revisor da decisão, à luz do material da controvérsia, observar se agiria assim com o fez seu prolator.

De outro ponto de vista, uma característica que poderia aflorar nessa tentativa de conceituação dos recursos emerge na constatação de que todo o recurso existe a partir da iniciativa da parte. Ou seja, o móvel recursal reside na vontade de alguém objetivando a impugnação de uma decisão.

Portanto, cotejando as idéias até agora lançados, pode-se conceber que os recursos cíveis estão situados dentro da mesma relação jurídica processual inaugurada pela propositura da ação judicial da qual derivam. E, além disso, os recursos somente vêm à lume a partir da vontade de legitimados a sua proposição, o que redundando na noção de sua voluntariedade.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 499) explicam que:

Nos recursos, porém, ao contrário do que sucede com outras vias de impugnação de decisão judicial, essa finalidade é obtida dentro da mesma relação processual em que se insere a decisão judicial atacada, submetendo-se à reapreciação por outro órgão (em regra). Mais do que isso, tipifica a figura do recurso sua natureza voluntária, já que colocado à disposição dos interessados. Nesse sentido, cumpre ao interessado provocar o reexame da decisão insatisfatória, sob pena de vê-la válida e eficaz, diante da preclusão eventualmente operada.

De outra ponta, assevera-se, como justificativa à ontologia recursal, que os mesmos visam à satisfação de uma tendência inata no gênero humano, uma vez que ninguém se conforma com um julgamento desfavorável.

Além disso, há uma presunção de que se recorre a quem tem mais autoridade, e em tese, mais sabedoria.

Por tais razões, o recurso exerce uma irresistível atração e uma poderosa influência no espírito humano.

E mais, o fato do recurso ser acolhido em todas as épocas sinaliza no sentido de que é o mesmo é inerente à personalidade humana. Aliás, não é sem razão a existência de doutrinadores que enxergam a umbilical correlação entre o direito de ação e o direito de recorrer, mesmo que esse seja uma decorrente daquele.

Ocorre que a prestação jurisdicional do Estado deve ser fonte de harmonização e não possivelmente fonte de discórdias e atritos, falhando em seu ideal, ante a limitação da autotutela.

Assim, se o Estado permite que os indivíduos se utilizem do direito de ação para a defesa de seus interesses, em nome da harmonia social, é natural que o próprio Estado permita, igualmente, os recursos em sua várias modalidades, para que os indivíduos pugnem também pela defesa de seus direitos, desde que se sintam lesados pela manifestação do Estado, ao ser proferida uma decisão por um de seus legítimos representantes.

O Estado deve inculcar nos indivíduos a idéia de que seus órgãos agiram mais pela razão do que pelo uso de sua autoridade. Considerando que a maioria das decisões são confirmadas nos tribunais, a persuasão é enorme no sentido de que não fora cometido uma ilegalidade ou injustiça.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assunção (ASSUNÇÃO, 2009, p. 515) pondera que:

Afirma-se ainda que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma forma de evitar que o juiz cometa arbitrariedades na decisão da causa, servindo a possibilidade de a decisão ser revista com pressão psicológica no juiz para que não adote tal postura no processo. Afastar-se-ia, dessa forma, o juiz despótico. Reconheça-se que a certeza de que a decisão será única e final, sem qualquer hipótese de revisão por um órgão jurisdicional superior, pode levar determinados magistrados a decidir sem qualquer preocupação com o respeito à lei.

Portanto, o recurso, ante a sua constância, perene e universal, é a melhor prova de que corresponde a uma exigência e a um ideal.

A temática recursal está adstrita a uma questão fundamental, qual seja, a necessidade ou não do segundo grau, com o poder de rever – para manter ou

reformular – as decisões proferidas pelo Juízo perante o qual a causa foi proposta.

Desse modo, como ponderam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 493), o fundamental consiste em se saber se o duplo grau de jurisdição constitui-se em uma garantia constitucional e é fundamental para a boa administração da justiça.

Nesse sentido, em que pese os prós e os contra em relação à existência dos segundo grau de jurisdição e a necessidade dos recursos, um aspecto fundamental deve ser evocado. Nesse sentido, o “art; 5º, LV, da CF quer dizer que o recurso não pode ser suprimido quando inerente à ampla defesa e não que a previsão do recurso é indispensável para que seja assegurada a ampla defesa em todo e qualquer caso” (MARINONI; ARENHART, 2006).

Por tal razão, os pronunciamentos do Poder Judiciário não se limitam a uma única apreciação. Tal enunciação, elaborada por Barbosa Moreira (MOREIRA, 2010, p. 113) evoca esse aspecto, como o fim último dos recursos.

De outra medida, o próprio Barbosa Moreira (MOREIRA, 2010, p. 113) pondera, entretanto, que a justiça possui seus limites na salvaguarda da necessidade de segurança. Por tal razão, a lei processual trata de restringir o número de revisões possíveis.

De forma mais direta ainda, Barbosa Moreira (MOREIRA, 2010, p. 114) assevera que:

Chamam-se os recursos os meios de impugnação que assim atuam. Como, entretanto, o processo deve necessariamente terminar mais cedo ou mais tarde, são limitadas as possibilidades de impugnação por essa via. A lei trata de circunscrever o número de recursos utilizáveis, subordinando-os, ademais, a determinado requisitos de admissibilidade.

E, demorando-se ainda nesse ponto, conclui-se que a razão de ser dos recursos no processo civil, abordagem, essa, mais adstrita a uma ótica pragmática, está relaciona a salvaguarda do Poder Judiciário de seus próprios vícios e defeitos. Apesar do recurso não assegurarem sempre uma solução justa e ideal, eles contribuem para a diminuição da possibilidade de erros, emanados dos julgadores; visto que o recurso não se assenta na presunção de erro, mas na sua possibilidade.

Assim, evocando a acepção política que emana do direito de recorrer, emerge, daí, a garantia reforçada da justiça da decisão. Ocorre que a admissão dos recursos pressiona os órgãos singulares e tribunais inferiores a fundamentar adequadamente suas decisões; o que funciona como instrumento garantir da adequação e justiça das decisões.

Na mesma seara, os recursos prestam-se como instrumento garantidor de uma jurisprudência unitária, e, portanto, coerente, quando os processos terminam nos tribunais superiores.

A jurisprudência dos tribunais inferiores tendente à dispersão e ao caráter difuso, ao reverberar nos tribunais superiores, uniformiza-se; viabilizando, dessa feita, o desenvolvimento de uma efetiva ordem jurídica, estruturada a partir da publicidade das decisões daí emanadas, louvadas pela especial autoridade natural que emana desses tribunais.

Assim, a utilização dos recursos transcende o interesse das partes concretas, servindo à jurisprudência no seu todo, especialmente na sua revista. Daí, porque ter-se a noção de que os recursos tutelam, a grosso modo, o interesse público.

Nesse sentido, Araken de Assis (ASSIS, 2007, pp. 33 e 34) pondera que:

A própria origem já revela que os meios de impugnação às resoluções judiciais tutelam relevante interesse público. Os atos do órgão judiciário nem sempre se revelam isentos de defeitos, ou vícios, quanto ao fundo e à forma. Não poderia o Estado desinteressar-se da correta aplicação do direito material e processual. O indispensável serviço de resolver lides abrange a faculdade de promover o reexame dos elementos do processo, no todo ou em parte, inculcando confiança no público.

Por tais razões, ao Estado também é conveniente colocar à disposição das partes, meios recursais, visto que esses prescindem do caráter integralmente privatístico. Além do mais, funcionam como instrumento de preservação do Estado de Direito, de modo a guardar, em si, alto interesse público.

Contudo, os recursos atrasam e encarecem o processo, com efeitos não somente sobre as partes, mas sobre o público em geral.

Nesse pormenor, o Estado não pode colocar várias instâncias à disposição das partes para se discutir bagatelas, por absoluta desproporcionalidade entre o dispêndio necessário à existência da figura recursal, com a finalidade mesquinha empregada.

Portanto, aos recursos devem estar adstritos a fins eminentes, que busquem resguardar as liberdades individuais contra o arbítrio, o despotismo ou a fraqueza dos juízes de primeira instância.

Ainda, que os recursos se prestem a gerar como efeito caudatário de sua ação processual, o afã de aperfeiçoamento dos julgadores, em seus vários matizes, por razões pessoais e institucionais.

Desse modo, os recursos poderão dar ensejo, por aplicação, a uma ordem social menos imperfeita e mais equilibrada.

Assim, o regime se impõe por seu sentido ético e humano.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE E DOS EFEITOS DOS RECURSOS

Ante as idéias adrede lançadas, utilizando-se dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 493), os recursos podem ser definidos como “meios de impugnação de decisões judiciais, voluntários, internos à relação jurídica processual em que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter deste a anulação, a reforma ou o aprimoramento”.

Portanto, a caracterização do recurso está ligada à possibilidade de revisão do ato judicial, na mesma relação jurídica e por ato voluntário do interessado.

Entretanto, o recurso como direito potestativo processual, submete-se a prévio exame de admissibilidade, que operando no plano de validade dos atos jurídicos, verifica-se a admissibilidade do recurso.

Assim, o recurso teve ser tomado, primeiro, por sua admissibilidade, antes de se examinar o mérito do mesmo; ou seja, as razões que emanam de seu bojo, apostas pelo recorrente.

Nesse sentido, Luiz Fux (FUX, 2004, p. 937) ensina que:

Os recursos, como manifestação de cunho postulatório, submetem-se a um prévio exame de admissibilidade, antes da análise da eventual precedência da impugnação. O denominado juízo de admissibilidade dos recursos equipara-se àquele exame prévio que o juiz enceta quanto às condições da ação e os pressupostos processuais, antes de apreciar o mérito da causa.

Portanto, a admissibilidade deve ser previamente examinada, a partir de um caráter oficioso. Somente se o recurso for conhecido, ou seja, se o tribunal declarar que estão presentes os requisitos indispensáveis ao legítimo exercício do direito de recorrer, irá examinar o mérito do recurso.

Desse modo, o objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissibilidade.

Como já referido, tais pressupostos têm correspondência com as condições da ação e os pressupostos processuais. E, desse modo, em não preenchidos tais requisitos, não poderá haver decisão sobre o objeto do recurso. Assim, o recurso será rejeitado, por inadmissível, sem exame do mérito, opondo-se, portanto, à rejeição por falta de fundamento, que pressupõe o exame do mérito.

Esses se classificam em dois grupos: 1) requisitos intrínsecos, que dizem respeito ao próprio direito de recorrer, ou seja, a) cabimento; b) legitimação, c) interesse e d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; 2) requisitos extrínsecos, que dizem respeito ao modo de exercício do direito de recorrer, a) preparo, b) tempestividade e c) regularidade formal.

Assim, quanto ao cabimento, tem-se que tal princípio busca responder

se o ato impugnado é suscetível, em tese, de ataque; ou seja, se o ato é recorrível. Ainda, pondera qual o recurso cabível contra essa decisão, em tese recorrível. Busca, portanto, a previsão legal do recurso e sua adequação.

Desse modo, Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha (JÚNIOR; CUNHA, 2011, p. 45) explicam que:

É preciso que o ato impugnado seja suscetível, em tese, de ataque. No exame do cabimento, devem ser respondidas duas perguntas: a) a decisão é, em tese, recorrível? b) qual o recurso cabível contra esta decisão? Se se interpõe o recurso adequado contra uma decisão recorrível, vence-se esse requisito intrínseco de admissibilidade recursal. Em suma, o cabimento desdobra-se em dois elementos: a previsão legal do recurso e sua adequação: previsto o recurso em lei, cumpre verificar se ele é adequado a combater aquele tipo de decisão. Se for positiva a resposta, revela-se, então, cabível o recurso.

Quanto a legitimidade, o referido tal princípio tem previsão no artigo 499 do Código de Processo Civil, o qual apresenta a seguinte redação: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”.

No que pertine ao terceiro prejudicado, de forma específica, a teor da previsão estabelecido no § 1º, do artigo 499 do Código de Processo Civil, o mesmo deverá demonstrar a relação de seu interesse em intervir com a relação jurídica posta à apreciação judicial. Frisando que tal interesse deverá ser jurídico, segundo a doutrina (ASSUNÇÃO, 2009, p. 237).

Por sua vez, no que tange ao Interesse Recursal, tem-se que para que o recurso seja admissível, é necessário que o mesmo tenha utilidade. Assim, o recorrente deverá esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada.

Ainda adstrito a esse requisito, está a noção de que o recurso deverá ser necessário, ou seja, o recorrente deverá demonstrar que é necessário utilizar-se das vias recursais para alcançar este objetivo. Costuma-se associar tal pressuposto à sucumbência.

Sob esse tema, Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha (JÚNIOR; CUNHA, 2011, p. 45), citando Barbosa Moreira, ponderam que:

O exame do interesse recursal segue a metodologia do exame do interesse de agir (condição da ação). Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada – e necessidade – que lhe seja preciso usar as vias

recursais para alcançar esse objetivo.

Finalmente, ainda quanto aos pressupostos intrínsecos, temos a “inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer”. Nesse sentido, há fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja admissível. São os fatos impeditivos e extintivos do direito de recorrer.

Trata-se de um pressuposto de admissibilidade de caráter negativo ao direito de recorrer. Portanto, verificada a sua ocorrência, obsta-se o exercício da recorribilidade.

Dessa forma, por fato impeditivo do poder de recorrer entende-se aquele que diretamente haja resultado da decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la. Como exemplo, pode ser citado a sentença que homologa a desistência do recurso. Ainda, pode-se citar a ocorrência da preclusão lógica.

Quanto a desistência do recurso, o artigo 501 do Código de Processo Civil preceitua que: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

Por sua vez, quanto a preclusão lógica, o artigo 503 do Código de Processo Civil estabelece que: “A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer”.

Como fato extintivo do direito de recorrer, por seu turno, cite-se a renúncia do direito de recorrer. Essa assemelha-se à renúncia. No entanto ocorre após o oferecimento do recurso.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 513) asseveram que:

Interposto o recurso, mas não tendo mais interesse em prosseguir na apreciação da insurgência, pode o recorrente desistir do recurso já interposto, mesmo sem a anuência da parte contrária ou de seus litisconsortes, seguindo-se então o curso normal do procedimento no juízo a quo (art. 501 do CPC). Ocorrendo a desistência do recurso, impede-se o prosseguimento do respectivo processamento, ficando ao tribunal vedado conhecer da insurgência.

Quanto aos pressupostos extrínsecos, inicialmente, tem-se a dizer que quanto a tempestividade; a mesma se revela na exigência de que o recurso deverá obedecer o prazo fixado em lei, para sua interposição.

Assim, considerando o teor do artigo 183 do Código de Processo Civil, em não se obedecendo aos prazos legais, perde-se o direito de recorrer, em decorrência da preclusão temporal.

No que tange a regularidade formal, tem-se que os recursos para serem conhecidos deverão preencher determinados requisitos formais que a lei exige.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (MARINONI;

ARENHART, 2006, p. 511) ponderam que:

O exercício do direito de recorrer submete-se aos ditames legais para a interposição e tramitação dos recursos. Não obstante possa o interessado ter direito a recorrer, o recurso somente será admissível se o procedimento utilizado pautar-se estritamente pelos critérios descritos em lei.

Finalmente, quanto ao preparo, o mesmo consiste no adiantamento das despesas relativas ao processamento do recurso.

A ausência de preparo acarreta uma sanção chamada de deserção, vicejando no não conhecimento do recurso interposto.

Quanto aos efeitos dos recursos, em análise preliminar, tem-se que a sua interposição, conforme se pode depreender, contrário senso, do teor do artigo 477 do Código de Processo Civil, impede A par dessas considerações iniciais, os recursos ainda apresentam como efeitos característicos: o efeito devolutivo e o efeito suspensivo, também chamado de obstativo.

Assim, o efeito devolutivo “importa devolver ao órgão revisor da decisão a matéria impugnada nos seus limites e fundamentos” (FUX, 2004, p. 955).

Entretanto, quanto ao efeito devolutivo, há que se ponderar, a partir dos ensinamentos de Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha (JÚNIOR; CUNHA, 2011, p. 85), que:

A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515). Sobre o tema, convém ressaltar, as normas que cuidam da apelação funcionam como regra geral (CPC, arts. 515 e 517). A extensão do efeito devolutio determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal.

Por sua vez, quanto ao efeito suspensivo, o mesmo pode ser concebido como o diferimento da coisa julgada formal.

Nesse sentido. Tem-se que o “efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar” (JÚNIOR; CUNHA, 2011, p. 45).

Pondere-se, entretanto, que quanto ao efeito suspensivo, o mesmo efetivamente decorre da decisão a que se quer recorrer, que por estar orbitada pelo recurso constitui-se em ato ineficaz, que pela influência recursal, tem esse estado perpetrado no tempo.

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os Embargos de Declaração tem sua origem ligada ao Direito Português, advinda da dificuldade das partes levarem seu recurso diretamente ao rei. Nesse sentido, de forma mais pormenorizada, Araken de Assis (ASSIS, 2007, p. 588) explica que:

Pois bem, De acordo com a opinião prevalente, originaram-se os embargos de declaração da dificuldade de as partes apelarem diretamente ao rei. A prática sugeriu o expediente de pedir a retração ou reconsideração das sentenças, “ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)”.

Os Embargos de Declaração tem como hipóteses de cabimento aquelas previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, ou seja, obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou sentença.

Ante o teor do artigo 536 do Código de Processo Civil, tem-se que o recurso de Embargos de Declaração não está sujeito a preparo. Assim, o Juiz não está autorizado a aplicar a pena de deserção ao embargante.

Já se sustentou que, conceitualmente, os Embargos de Declaração prescindiriam de natureza recursal. Antes, seriam, tão somente, uma providência objetivando corrigir formalmente os provimentos decisórios.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 179), em um raciocínio inaugural, pondera que:

Digo em que sua pureza esses embargos carecem de natureza recursal, sendo antes uma providência destinada a corrigir formalmente a sentença, porque não visam e não têm a eficácia de provocar alterações substanciais no decísum. Lidos em harmonia com o disposto no art. 463, caput, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios não devem importar inovação substancial do julgado, porque, ao publicar este, o juiz terá cumprido e acabado o ofício jurisdicional posto a seu cargo.

Ocorre que os Embargos de Declaração, como explica Araken de Assis (ASSIS, 2007, p. 590), possuem uma feição sui generis, visto que não pretendem a reforma ou à invalidação do provimento impugnado. Ao revés, buscam, tão somente, integrar ou aclarar o pronunciamento judicial.

No entanto, mesmo prescindindo de uma pureza conceitual, os Embargos de Declaração ao abrirem caminho a alguma alteração substancial no julgado, conceituam-se como autêntico recurso, ao menos.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 180) desenvolvendo a linha de raciocínio anteriormente referida, ensina que:

No desenvolvimento do uso dos embargos declaratórios, no entanto, vê-se que não raras vezes eles transcendem essa configuração de pureza e não se voltam, portanto, exclusivamente a esclarecimentos sem a mínima potencialidade de interferir nos rumos do julgamento. Ocorrem situações especiais em que de alguma forma eles podem inverter sucumbências, reduzi-las ou alterá-las de algum modo.

A corroborar tal aceção, o Código de Processo Civil, atendendo a regra da taxatividade, apresenta os Embargos de Declaração capitulados no artigo 496, deduzindo-se, portanto, a sua natureza recursal, conforme a sistemática adotada.

Assim, Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 591) explica que: “Os embargos de declaração, no direito pátrio, representam o recurso que visa à esclarecimento ou a modificação do ato decisório embargado”.

No mesmo sentido, Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2007, p. 303), atesta que:

No direito processual civil brasileiro, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso. Tanto que o legislador pátrio inseriu os embargos de declaração no rol de recursos, conforme o disposto no artigo 496, inciso IV, do Código de Processo Civil: “São cabíveis os seguintes recursos: omissis; IV – embargos de declaração”. A expressão “outros recursos” insere no caput do artigo 538 do mesmo diploma também revela a natureza recursal dos embargos declaratórios. Por fim, o artigo 554 reforça tal conclusão. A cláusula “se o recurso não for de embargos declaratórios” igualmente afasta dúvida acerca da natureza jurídica do instituto.

Nessa mesma seara, Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, 2005, p. 53) explica que:

Assim, parece, de fato, que os embargos de declaração são um recurso no direito brasileiro. Isto nos leva a admitir que, como dissemos, embora indesejavelmente, em certos casos, acaba mesmo por perenizar-se a decisão que não corresponde à efetiva e eficaz prestação jurisdicional, no sentido mais pleno da expressão, não prevalecendo, nessas hipóteses, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O art. 496 do CPC, desde a sua redação original e também com a redação da Lei 8.038, de 28.05. 1990, alista-os, juntamente com os recursos.

Conforme o teor artigo 535 do Código de Processo Civil, como já referido, os Embargos de Declaração apresentam como pressuposto específico de admissibilidade a existência, no acórdão ou na sentença, uma dos seguintes

situações: obscuridade, contradição ou omissão de ponto sobre que deviam pronunciar-se os juízes ou juiz do julgado embargado.

Portanto, na petição de interposição, o embargante deverá necessariamente constar em seu arrazoado, o ponto obscuro, contraditório ou omissivo.

Por oportuno, nesse ponto, mencionar a utilização dos Embargos de Declaração para a correção de inexatidões materiais ou de meros erros de cálculo. E nesse sentido, apesar de possível a utilização do recurso, o Código de Processo Civil faz menção a um mecanismo com propriedades mais simplórias. Ou seja, a autorização para que o juiz inove no processo para corrigir esses equívocos de fácil constatação, fazendo-o informalmente e sem provocação da parte, ante a manifesta evidência do equívoco, perceptível a olho nu e sem qualquer necessidade de alguma instrução probatória.

Inobstante, há que se ponderar que o cabimento dos Embargos de Declaração é amplo, ao contrário do que possa sugerir a leitura do artigo 535, I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Barbosa Moreira (MOREIRA, 2010, p. 155) explica que:

Os embargos de declaração podem caber contra qualquer decisão judicial, seja qual for a sua espécie, o órgão de que emane e o grau de jurisdição em que se profira – não se limitando o cabimento, no primeiro grau, às sentenças, ao contrário do que possa sugerir o teor literal do art. 535, I (na redação da Lei nº 8950), e muito menos às sentenças de mérito.

No mesmo sentido ainda, Bernardo Pimentel Souza (SOUZA, 2007, p. 303) pondera que:

Em síntese, os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão jurisdicional: sentença, acórdão, decisão interlocutória proferida por juiz de primeiro grau e decisão monocrática de autoria de magistrado de tribunal (verbi gratia, relator, presidente). A propósito do cabimento de embargos de declaração contra decisão monocrática, reforça o enunciado n. 421 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR CALCADA NO ART. 557 DO CPC. CABIMENTO”.

E finalmente, tem-se que: “Os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez opostos, interrompem o prazo recursal” (STJ, REsp 401.223/MG, Rel Min. Barros Monteiro, 4ª T).

Ademais, quanto à abrangência dita objetiva do recurso, considerando sua finalidade imediata, quanto ao aprimoramento da tutela jurisdicional, deve, ao mesmo, ser dada ampla aceção.

Assim, apesar de posicionamentos contrários, defende-se a admissibilidade

dos Embargos de Declaração, inclusive para o esclarecimento de dúvidas existentes na decisão.

Nesse sentido, tem-se que:

Mas a questão não é pacífica, admitindo temperamento. Assim, há acórdãos entendendo que os embargos de declaração “devem ser apreciados com largueza, aclarando pontos do julgado que poderiam acarretar dúvidas em sua execução” (RTJ 65/170) porque “a parte tem direito à entrega da prestação jurisdicional de forma clara e precisa. Cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de declaração com o espírito aberto, entendendo-os como meio indispensável à segurança nos provimento judiciais” (RTJ 138/249). (NEGRÃO; GOUVÊA; BONDIOLI, 2010, p.664).

Desse modo, conforme o teor do artigo 463 do CPC, os Embargos de Declaração não podem importar em inovação substancial do julgado, já que o Juiz, ao seu publicar a sentença, cumpri o seu ofício jurisdicional.

Portanto, como pondera Luiz Fux (FUX, 2004, p. 955): “são incabíveis embargos de declaração com a finalidade de rediscutir questão já apreciada com o escopo de obter a modificação do resultado final”.

Nesse sentido, ainda, tem-se que: “Não se prestam os declaratórios ao reexame da questão decidida”. (STJ, Edc no Resp 95462\MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., jul 17.06.1997, DJU 18.08.97, P. 37.872).

Ainda nesse sentido, tem-se que:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ACLARATORIOS QUE AO INVES DE APONTAR DUVIDA, CONTRADIÇÃO, OU PONTO OMISSO, TRAZ MATERIA NOVA, NÃO ABORDADA NO ARESTO RECORRIDO - ALTERAÇÃO LEGAL QUE, NA VERDADE, NÃO TEVE QUALQUER IMPACTO SOBRE A LIDE - LIMITAÇÃO DO DESCONTO PELA OCUPAÇÃO IRREGULAR A 30% DO SOLDADO MILITAR, CONSOANTE FARTA JURISPRUDENCIA - PRETENSÃO A QUE NÃO HAJA LIMITES, SEM LEVAR EM CONTA O CARATER ALIMENTAR DOS VENCIMENTOS - PROPOSIÇÃO QUE NEM ENCONTRA AMPARO NA LEI E JAMAIS TERIA RESPALDO NA JURISPRUDENCIA.

1. NÃO SERVEM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, PARA REDISCUTIR A CAUSA, A LUZ DE NOVOS ARGUMENTOS E LEGISLAÇÃO.

2. ADEMAIS, APONTADOS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUE NÃO TIVERAM QUALQUER INFLUENCIA SOBRE O DESFECHO DA LIDE.

3. OS VENCIMENTOS, PELO SEU CARATER ALIMENTAR, NÃO PODEM SER INTEIRAMENTE SUBTRAÍDOS DO SERVIDOR, ATRAVES DE MULTA, NUMA COAÇÃO AVESSA AO DIREITO A QUE O PODER JUDICIARIO, SE OCORRENTE

TAL SITUAÇÃO, PRONTAMENTE DARIA REMEDIO.
4. EMBARGOS REJEITADOS. (EDcl no MS 4907/DF, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/1997, DJ 06/10/1997, p. 49868)

Emana, portanto, a evidenciação da figura do recurso meramente protelatório.

Nesse ponto, Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2009, p. 636) tece a seguinte explicação: “Recurso manifestamente protelatório é aquele que não tem fundamento fático e/ou jurídico sério, sendo perceptível que a sua utilização tem como único objetivo retardar a marcha processual”.

Assim, conforme o teor o artigo 538, Parágrafo único do Código de Processo Civil, caso uma das partes oponha de forma reiterada, com fins protelatórios, Embargos de Declaração, está sujeita à multa de 1% do valor da causa, na segunda vez 10% sobre o valor, condicionado-se o depósito do montante para a interposição de novo recurso.

Frisando que a multa de 10% pode ser aplicada tantas vezes quantas forem necessárias em virtude da litigância de má-fé da parte ao interpor recursos sucessivos com interesse protelatório.

Não se olvidando, ainda, que também o magistrado pode aplicar a própria multa de litigância de má-fé. Podendo, ainda, a parte contrária protocolar petição solicitando a aplicação da multa, inclusive da litigância de má-fé

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados, a título demonstrativo:

RECURSO ORDINÁRIO Nº 00198-2004-161-05-00-4-RO-A
RECORRENTE: Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico/
Petroleiro do Estado da Bahia e Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás
RECORRIDO: OS MESMOS
RELATOR(A): Desembargador(a) SÔNIA FRANÇA
MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
CONSIDERADOS PROTELATÓRIOS. Mantém-se a sentença
que aplica a multa prevista no parágrafo único do art.538 do CPC
supletivo, quando evidente o caráter procrastinatório dos embargos
de declaração opostos.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Alegação de acórdão ser omissa por não ter apreciado matéria constante de recurso voluntário, acarretando cerceamento de direito de o embargante ver a decisão ser reexaminada pela Corte Superior de Justiça, por falta de prequestionamento. Recurso a que se refere o embargante, todavia, sequer conhecido, vez que foi tido como prejudicado ante o improvemento do recurso necessário. Embargos, assim, meramente protelatórios, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade. Aplicação de multa com fundamento no § único do art. 538 do CPC. Não conhecimento dos Embargos. Maioria (ED 69073-7/01, TJPE,

4CC, Rel. Des. Napoleão Tavares, DJ 14/03/03).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTETATÓRIO. AUSÊNCIAS DE DEFEITOS NO JULGADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de embargos de declaração quando evidenciam caráter meramente protelatório, ante a ausência de defeitos no julgado. Embargos não conhecidos. Unânime (EDAI 23282-1/180, TJGO, 1CC, Rel. Des. Leobino Valente Chaves, DJ 10/09/2001).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DEFINIDOS EM LEI. ACORDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. Os embargos declaratórios constituem recurso de natureza excepcional, com os seus lindes demarcados expressamente em lei, não tendo, como objetivo, discutir de novo a lide, nem o rejulgamento da causa. Se o embargante (TCE) carece de legitimidade para interpor o especial, de igual modo não a tem para manifestar qualquer outro recurso. Admitindo, por absurdo, fosse o embargante legitimado para o pedido de esclarecimentos, o acórdão embargado permaneceria íntegro, eis que se assentou em outros fundamentos suficientes para mantê-lo, quais sejam: a) a ausência de prequestionamento das questões jurídicas em que se embasou o especial; b) julgamento na instância ordinária mediante a interpretação de lei local (Regimento Interno), a impedir o conhecimento do recurso nobre. Embargos declaratórios manifestamente protelatórios. Condenação, do embargante, ao pagamento da multa prevista no art. 538, par. único do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atribuído à causa, eis que, ao invés de cumprir o julgado (do Tribunal de Justiça), utiliza-se de recurso anódino, com o intuito de postergar o andamento do feito. Embargos não conhecidos. Decisão unânime (EDRESP 121053/PB, STJ, T1, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 02/03/1998).

De outro lado, pondere-se que ante a ausência de previsão em sentido contrário, conclui-se que os Embargos de Declaração têm efeito suspensivo, apesar das controvérsias.

Inobstante, o referido efeito suspensivo dos Embargos de Declaração não tem o condão de suspender o processo, e sim de impedir a execução.

Aliás, nesse ponto, há que se frisar, que na verdade estamos a falar de um efeito interruptivo, visto que ainda a decisão para ser suspensa precisa ser, inicialmente, integrada.

Em tal sentido, Luiz Fux (FUX, 2004, p. 1163) pondera que:

Em primeiro lugar, o efeito do recurso é mais do que suspensivo; é interruptivo, haja vista que, enquanto não integrada a decisão, não se pode cogitar de torná-la efetiva, posto que ela é, ainda, possibilidade de decisão.

O efeito interruptivo influi no prazo subsequente, e a razão é simples: enquanto não esclarecida a decisão judicial, as partes não podem depreender a extensão do gravame.

Quanto a aplicação do princípio da identidade física aos Embargos de Declaração, pondere-se, inicialmente, que por força do artigo 132 do Código de Processo Civil, deve o mesmo juiz que proferiu a sentença julgar os embargos de declaração, a não ser os casos de exceção previstos no próprio código: “salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

No entanto, há que se ponderar que:

O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, só ensejando a nulidade do acórdão se importar em violação ao contraditório e à ampla defesa – Prejuízo dito intuitivo não é suficiente para reconhecer ao art. 132 do CPC (STJ, Resp 780.775/CE, Rel. Min. Nacy Andrighi, 3ª T., jul. 15.08.2006, DJ 04.09.2006, P.269).

Prosseguindo, tem-se desse modo, que os Embargos de Declaração devem restringir-se a eliminar as contradições, suprir as lacunas de motivação; de modo a preservar o decidido em sua integralidade. Ou seja, o vencido continuando vencido, e o vencedor continuando vencedor.

Assim, Barbosa Moreira (MOREIRA, 2010, p. 156) explica que:

A petição será endereçada, conforme o caso, ao juízo de primeiro grau ou o relator do acórdão embargado (art. 536). Nos termos da parte final desse dispositivo, deve o embargante indicar “o ponto obscuro, contraditório ou omissivo”. A falta da indicação torna inadmissível o recurso, embora se deva evitar excesso de formalismo na apreciação do requisito: o essencial é que, pela leitura da peça, fique certo que o embargante persegue na verdade objetivo compatível com a índole do recurso, e não pretende, em vez disso, o reexame em substância da matéria julgada.

No entanto, existem situações em que os embargos podem inverter sucumbências, não se restringindo a esclarecimentos sem a mínima potencialidade de interferência nos rumos do julgamento.

A situação em que essa eficácia se manifesta de modo mais agudo é, por exemplo, dos Embargos de Declaração fundados em omissão sobre algum dos pedidos cumulados, ou mesmo sobre algum fundamento da demanda ou da defesa, conforme o teor do artigo 535, II, do CPC.

Em tal mister, os Embargos de Declaração, ao suprir uma omissão no

julgado, poderão, frequentemente, apresentar característica infringente.

Ao revés, segundo Nelson Nery Júnior (JUNIOR, 2001, pp. 1040 e 1041), não haverá propriamente infringência do julgado, mas decisão nova, pois a matéria não foi objeto de consideração pela decisão embargada”.

Entretanto, Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 591) explica, de forma percuciente, que:

O Juiz acolheu o pedido formulado por Pedro contra Mário, mais olvidou a exame da prescrição alegada pelo réu. Interpostos embargos de declaração, e superada a barreira da admissibilidade, das duas uma: ou o juiz dá provimento aos embargos de declaração, suprindo a omissão, e rejeita a exceção, alinhado tal resultado, com o anterior acolhimento do pedido; ou o juiz dá provimento aos embargos de declaração e acolhe a exceção, encontrando-se na árdua contingência de, sob pena de incidir em contradição, emitir sentença de mérito desfavorável ao autor (269, IV).

Nesse sentido, ainda, tem-se que:

PROCESSUAL CIVIL. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO ACORDÃO EMBARGADO. EMBARGOS RECEBIDOS.

I - EMBORA CONSABIDO QUE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, EM PRINCÍPIO, NÃO PODEM MODIFICAR O JULGAMENTO, NÃO MENOS CORRETO E QUE A DOCTRINA E JURISPRUDENCIA ADMITEM EMPRESTAR-LHES EFEITOS INFRINGENTES QUANDO TORNA-SE IMPRATICAVEL SUPRIR-SE A OMISSÃO, SEM MODIFICAR-SE O JULGADO.

II - ACOLHEM-SE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SE A EMBARGANTE APONTA OMISSÃO DO “DECISUM” SOBRE QUESTÃO FUNDAMENTAL, REFERENTE A REQUISITO ESSENCIAL DE ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO - EM RELAÇÃO A QUAL NÃO PODERIA A CORTE DEIXAR DE SE PRONUNCIAR.

III - EMBARGOS RECEBIDOS. DECISÃO UNANIME.

(EDcl no AgRg no Ag 23785/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/1992, DJ 15/02/1993, p. 1670)

Ainda nessa seara, os Embargos de Declaração poderão apresentar natureza infringente em situações que envolvem a análise de casos de decisões absurdas.

Em tais exemplos, os Embargos de Declaração pretendem a substituição da decisão maculada por outra sadia, e por conseqüência, promovem inversão da sucumbência.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p.

182) pondera que:

Nesses casos, o que o embargante busca é abertamente a substituição de um decisum por outro, com inversão da sucumbência – ou seja, ele busca uma nova decisão que faça do vencido um vencedor e do vencedor, um vencido. Não é mais afastar contradições, nem mesmo apreciar o não apreciado. É reapreciar o já apreciado, decidindo de novo o já decidido, com a esperança do embargante por uma decisão favorável, que substitua a desfavorável.

Assim, o próprio Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 182) frisa que as situações em que ocorrerá o caráter infringente dos Embargos de Declaração são excepcionalíssimas, visto que a finalidade dos mesmos se destina em “aclarar e não remover sucumbências”. E, portando, fundado na jurisprudência dos tribunais, admite as seguintes situações em que os Embargos de Declaração terão objetivo infringente, em casos teratológicos; quais sejam, a) o erro manifesto na contagem de prazo, tendo por consequência o não-conhecimento de um recurso; b) a não inclusão do nome do advogado da parte na publicação da pauta de julgamento; c) o julgamento de um recurso como se outro houvesse sido interposto; d) os erros materiais de toda ordem etc.

No entanto, conforme pontua o presente julgado do STJ, “apenas em caráter excepcional, quando manifesto e equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido” (STJ, 4ª T., Resp 1.757, j. 13.3.90 j. re. Sávio de Figueiredo, v. u., DJU 9.4.90, p. 2.745).

Frise-se que em jurisprudência mais recente, o STJ apresenta entendimento mais palatável, quanto a tal providência, por meio de Embargos de Declaração, notadamente em se tratando de erro material. Nesse sentido:

A Turma cassou acórdão do tribunal de justiça que julgou improcedentes embargos de declaração que submeteram à corte local matéria concernente à alegada nulidade do julgamento da apelação, pois não constaram da publicação referente à pauta de julgamento os nomes dos causídicos constituídos para acompanhar o feito no tribunal. Para o Min. Relator, os embargos de declaração constituem recurso que visa sanar eventual omissão, contradição, obscuridade ou erro material, propiciando o aprimoramento da prestação jurisdicional ao possibilitar à parte cientificar e requerer à autoridade judiciária que sejam sanados vícios, inclusive no que tange ao cerceamento da ampla defesa. Portanto, embargos de declaração podem bem se prestar, embora não seja esse o seu objetivo precípuo, a veicular um pedido de correção de erro material e, assim, gerar uma decisão diferente daquela de que se recorreu. Nesse passo os embargos declaratórios constituem recurso hábil a sanar, mediante anulação da decisão embargada, a relevante questão suscitada. Precedente citado: EDcl no REsp 1.204.373 DJe 30/5/2011. REsp 888.044-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão,

julgado em 8/11/2011.

Inobstante, a utilização dos Embargos de Declaração como sucedâneo recursal, buscando com essa via, o reexame do mérito da decisão desafiada é vedado pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, tem-se que:

PROCESSUAL CIVIL. REFORMA DE ACORDÃO, POR VIA DE EMBARGOS DECLARATORIOS DE CARATER MANIFESTAMENTE INFRINGENTE, JAQUE, PROTESTANDO CONTRADIÇÃO E OMISSÃO, LIMITOU-SE A INVESTIR CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO EMBARGADA, MEDIANTE A EXIBIÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL. AO ACOLHER O MENCIONADO RECURSO, DEU-SE INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA AO ART. 535 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO. (REsp 6276/PB, Rel. Ministro ILMAR GALVAO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/1990, DJ 04/02/1991, p. 569)

De outra parte, em tais situações, ou seja, quando presente o caráter infringente dos Embargos de Declaração, seu processamento segundo os cânones do contraditório é imperativo, por derivação da ordem constitucional.

Dessa forma, urge, nesses caso, que o embargado seja ouvido, antes de decisão dos Embargos de Declaração. Caso contrário, estar-se-ia a violar a constituição, comprometendo o resultado advindo do julgamento dos Embargos de Declaração.

Nesse sentido, Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha (JÚNIOR; CUNHA, 2011, p. 207) explicam que:

Acontece, porém, que do julgamento dos embargos pode advir alteração da decisão embargada. De fato, ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, conseqüentemente, alterar a decisão embargada. Nesse caso, diz-se que os embargos têm efeitos modificativos ou infringentes.

Quando os embargos têm efeito modificativo ou infringente do julgado, a jurisprudência vem entendendo haver necessidade do contraditório. É que a parte contrária deve ter a oportunidade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa.

Ainda nesse sentido, o STJ, em sua 5ª turma postula que: “os efeitos modificativos somente são concedidos ao recurso integrativo em casos excepcionalíssimos, respeitando-se, ainda, o indispensável contraditório e ampla defesa”.

Do mesmo modo, tem-se que:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - EFEITO MODIFICATIVO - VISTA DA PARTE CONTRÁRIA. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são reiterados no sentido da exigência de intimação do Embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo. (STF - RE 250396 / RJ - RIO DE JANEIRO – Recurso Extraordinário – 2ª T – 14/12/99 - Publicação: DJ DATA-12-05-00 PP-00029 EMENT VOL-01990-03 PP-00597)

Portanto, conclui-se que os Embargos de Declaração apresentam uma gênese que está adstrita à correção de imperfeições do modo de expressão das decisões. Ao revés, como técnica de integração não pode se prestar a substituição (FUX, 2004, p. 1159).

Nesse sentido, tem-se que:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EFEITOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA. DESCABIMENTO DOS EMBARGOS. EMBARGOS MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS. MULTA DE 1%. ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do CPC, inexistindo contradição ou obscuridade, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa já devidamente decidida.

2. Recurso manifestamente protelatório a ensejar a aplicação de multa.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no CC 103.470/RJ, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 09/11/2009)

Assim, a idéia que se defende é a de que o juiz, uma vez publicada a sentença, já não possa inovar no processo de conhecimento, para alterar substancialmente o que aí houver sido decidido. Ao revés, teríamos a violação da regra prevista no artigo 463 do Código de Processo Civil.

Assim, tem-se que:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATORIOS. EFEITO INFRINGENTE.

EXCEPCIONALIDADE. QUESTÕES NOVAS. PRECLUSÃO OCORRIDA. DESCABIMENTO.

I - DOCTRINA E JURISPRUDENCIA TEM ADMITIDO O

USO DE EMBARGOS DECLARATORIOS COM EFEITO INFRINGENTE DO JULGADO, MAS APENAS EM CARATER EXCEPCIONAL, QUANDO MANIFESTO O EQUIVOCO E NÃO EXISTINDO NO SISTEMA LEGAL OUTRO RECURSO PARA A CORREÇÃO DO ERRO COMETIDO.

II - DESCABEM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUSCITAR QUESTÕES NOVAS, ANTERIORMENTE NÃO VENTILADAS, NÃO SENDO ELES TAMBEM HABILITADOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO E PRECLUSÃO JÁ OCORRIDA.

(REsp 1757/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/1990, DJ 09/04/1990, p. 2745)

Entretanto, existem casos extraordinários em que os Embargos de Declaração se prestam a funcionar como instrumento destinado a corrigir erros de decisão, de mérito ou processual.

Tais situações, como pondera Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 189), colhem legitimidade na garantia constitucional do acesso à justiça, visto que as concessões feitas são sempre destinadas a proporcionar o desfazimento rápido e menos formal de certas injustiças flagrantes. Casos, até, em que não haveria outro meio recursal apto à sua correção.

Assim, prossegue Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 190), citando José Afonso da Silva:

A invocação da garantia constitucional do acesso à justiça permite estabelecer uma linha de equilíbrio capaz de abrir caminho a correções indispensáveis, sem transgredir a sistemática da legislação infraconstitucional contida no Código de Processo Civil. Essa linha de equilíbrio consiste na superlativa excepcionalidade dos embargos declaratórios como meio de corrigir certos erros graves de decisão, apesar de não se caracterizarem como omissões, obscuridades ou contradições, nem erros puramente materiais. Estamos entre duas balizas, representadas por aquela garantia constitucional, que quer a justiça nas decisões, e a segurança das relações jurídicas, que quer a estabilidade destas e também e um valor constitucionalmente assegurado.

Portanto, se por um lado, fosse vedado ao julgador a correção de seus erros, por mais graves que fossem; dificultaria sobremaneira o acesso à justiça; problematizando o manejo da jurisdição. De outro lado, ao se banalizar essa prática, ter-se-ia, alterando-se as decisões, por conta de erros de qualquer natureza ou gravidade, cairia por terra qualquer pretensão de seriedade do Poder Judiciário, dando ensejo ao arbítrio e a manobras de índole duvidosa.

Assim, conclui-se, pelo caráter excepcional dos Embargos de Declaração destinados a infringir julgados, incabível o seu manejo com a finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo julgador,

excepcionas as situações que representem ofensa à garantia constitucional do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Os recursos representam instrumento de justiça. Acodem, em sua conformação, a tendência humana ao inconformismo, com as decisões judiciais que lhes contrariam seus interesses.

De outra medida, funcionam como mecanismo de fiscalização do Poder Judiciário e aprimoramento da prestação jurisdicional, na medida em que possibilitam a correção de injustiças e aprimoramento técnico e sistemático.

Tem assento constitucional, sob nosso pensar, quando a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes.

E nesse jaez, os Embargos a Declaração, tendo sido denotada a sua natureza recursal, cumprem a sua finalidade, enquanto instrumento hábil à superação das imperfeições do modo de expressão das decisões.

Ocorre que ao exercer o seu mister, advém da correção das omissões e erros materiais, existentes nas decisões; o caráter infringente dos Embargos de Declaração.

Delimitadas as situações em que esse caráter substitutivo emana desse recurso; é necessário evitar o abuso, ante a excepcionalidade da medida.

De outra medida, sopesando os valores constitucionais de acesso à justiça e segurança das decisões judiciais, a vedação por completo desse caráter infringente viola àquela garantia.

Portanto, um equilíbrio possível entre a correção de erros reputados graves nas decisões; mesmo que importem na inversão da sucumbência, em decorrência do julgamento dos Embargos, e a burla da legislação processual, que não confere o caráter substitutivo a esse recurso, reside na excepcionalidade extrema da medida.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José da. **Curso de Direito Processual**

Civil, 9ª ed. Salvador:Juspodium, 2011, v. 3.

LIMA, Alcides de Mendonça Lima. **Introdução aos Recursos Cíveis**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 28ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: 2010.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luiz Guilherme A. **Código de Processo Civil e Legislação Processual Em Vigor**, 42ª ed. São Paulo: Saraiva.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REFLEXOS DA LEI MARIA DA PENHA NAS IMUNIDADES PENAIS DOS DELITOS PATRIMONIAIS

Alisson Rafael Forti Quessada¹
João Guilherme de Oliveira²

RESUMO

A Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha como ficou conhecida, ao entrar em vigor criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como definiu as espécies e formas de violência, a qual, dentre outras, englobou a violência patrimonial. Não obstante, o Código Penal isenta de pena ou condiciona à representação da vítima quaisquer dos delitos patrimoniais ali compreendidos (art. 181/182, CPB). O que se verifica é uma suposta contradição nos pressupostos lógicos de criação de referidos institutos, ou seja, dois institutos vigentes ao mesmo tempo dando valores diversos ao mesmo fato. Diferentes interpretações acarretariam reflexos no Código Penal, porquanto a doutrina cogita a possibilidade de penalizar o agente que comete um delito patrimonial sem violência à mulher. Por derradeiro, pretendeu-se testar a maior problemática acerca do tema, qual seja, se a Lei nº 11.340/2006 derogou tacitamente as imunidades penais dos delitos patrimoniais.

Palavras-chave: Violência doméstica – violência contra a mulher – Lei Maria da Penha – imunidades penais dos delitos patrimoniais.

ABSTRACT

Law No. 11340/2006, Maria da Penha Law as was known, to come into force has created mechanisms to curb domestic violence against women and family, and defined the species and forms of violence, which, among others, included the violence sheet. However, the Criminal Code exempts from punishment or condition of any representation of victims of crimes included property there (art. 181/182, CPB). What if there is an alleged contradiction in the logical assumptions of creating such institutions, or two existing offices in the same time giving different values to the same fact. Different interpretations would cause reflections in the Criminal Code, because the doctrine degrades the ability to penalize the agent who commits a crime sheet without violence to women. For ultimate, intended to test the larger issue about the subject, the Law No. 11340/2006 tacitly derogated the criminal immunity of property crimes.

Keywords: Domestic violence - violence against women - Maria da Penha Law -

¹ Pós Graduado em Direito Processual Civil. Advogado.

² Pós Graduado em Direito Processual Civil. Professor de Direito Empresarial para os cursos de Direito e Administração Advogado e Consultor de Empresas.

criminal immunity of property crimes.

REFLEXOS DA LEI MARIA DA PENHA NAS IMUNIDADES PENAIS DOS DELITOS PATRIMONIAIS

A ordem jurídica é harmônica e coordenada. Contudo há situações em que duas ou mais normas aparentam incidir sobre o mesmo fato concreto. Referido conflito é apenas aparente posto que o sistema jurídico não comporta contradições normativas. Assim sendo, para ser distinguido qual delas deverá ser aplicada, faz-se necessário a observância dos princípios gerais de direito.

“A priori” cumpre:

[...] verificar se entre as leis concorrentes há sucessão temporal. Em caso positivo, não há um ‘concurso aparente de normas’, mas um conflito intertemporal a ser solucionado pelo princípio *Lex posterior derogat priori*, em face das regras de direito transitório (JESUS, 2008. p. 107.).

Tal regra de direito transitório vem devidamente regulamentada pela Lei de Introdução ao Código Civil, que, não obstante ter surgido como intróito especificadamente ao Código Civil, aplica-se a todas as leis de direito material e processual em vigor. Em verdade, trata-se a Lei de Introdução ao Código Civil de uma norma que possui aplicação, não em face das relações comportamentais humanas, mas especificadamente às normas, ou seja, é a lei das leis. Confira-se:

Não é uma lei introdutória ao Código Civil. Se o fosse conteria apenas normas de direito privado comum e, além disso, qualquer alteração do Código Civil refletiria diretamente sobre ela. Na verdade, é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação. Trata-se de uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico. (DINIZ, 2004. p. 57-58).

As normas jurídicas nascem, vigem e deixam de existir através de sua modificação ou revogação (art. 2º, Lei de Introdução ao Código Civil). Assim, não se destinando à vigência temporária (predeterminadas à revogação), as normas possuem caráter permanente, somente podendo ser revogadas através de outra lei modificativa ou extintiva.

Revogar nada mais é do que retirar, extinguir a obrigatoriedade do ordenamento, e, para tanto, ocorrem nas formas expressa ou tácita. Revogação expressa dá-se quando a lei posterior, de forma explícita e objetiva, elenca quais os dispositivos normativos que perderão a eficácia, ou seja, serão revogados. Por outro lado, revogação tácita ocorre quando por absoluta incompatibilidade da norma posterior em relação à anterior, torna-se impossível harmonizar as leis conflitadas.

Quanto à extensão, a revogação pode ser total ou parcial. Revogação total (ou ab-rogação) ocorre quando a norma posterior perde integralmente seu conteúdo normativo, extinguindo-se por inteiro. Revogação parcial (ou derrogação), por sua vez, ocorre quando a norma posterior não retira totalmente o conteúdo do dispositivo anterior, modifica-o em parte sem com que faça perder sua eficácia, apenas dando nova interpretação àquela norma anterior.

O conflito intertemporal advém da lei mais nova (posterior) regulamentando de forma incompatível o mesmo fato em relação à lei mais antiga (anterior). E, como método de solução ao conflito, há de se observar que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (art. 2º, § 1º, Lei de Introdução ao Código Civil).

Diante disto, é lícito concluir que houve suposta contradição normativa entre a violência doméstica patrimonial contra a mulher e as disposições gerais previstas pelo Código Penal quando da instituição das imunidades penais dos delitos patrimoniais. É que a Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha como ficou conhecida -, em seu art. 7º, inc. IV, ao conceituar como forma de violência doméstica contra a mulher a prática de quaisquer das condutas previstas como contra o patrimônio (Título II, Parte Especial do Código Penal), erigiu-os a condição de violentos quando forem praticados em detrimento a mulher.

Em contrapartida, as imunidades penais dos delitos patrimoniais (arts. 181 e 182, CPB) acabam por amenizar aquela conduta considerada como de infração grave pela Lei Maria da Penha, resultando em evidente contradição normativa no que se refere aos fundamentos de criação. Enquanto a atual lei dispõe sobre a violência patrimonial contra a mulher como conduta de alto grau de reprovabilidade social, o Código Penal enxerga-a sob outro prisma e, motivado por questões de política criminal, acaba por despenalizar a conduta do agente infrator.

Vale lembrar que o art. 6º da Lei Maria da Penha dispõe que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. Evidente a preocupação que se quis emprestar às formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tal artigo de lei vem embasado pelos padrões erigidos à condição de supremos quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, quais sejam, liberdade, igualdade e solidariedade, assim discriminados logo no seu primeiro artigo.

Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Entendeu o legislador que a violência doméstica e familiar contra a

mulher no Brasil atingira um ponto que a submissão ao patriarcado masculino, ao longo dos séculos, fez nascer um domínio em relação a mulher. Fera-se, por conseqüência, o direito de primeira geração (liberdade). Em decorrência, mais do que evidente, violara-se também a igualdade da mulher (direito de segunda geração), assim também definido.

Artigo II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Cumprido ressaltar que, erigindo a violência doméstica contra a mulher como forma de violação dos direitos humanos, não quis a lei transferir a competência para a Justiça Federal nos termos do art. 109, V-A, da Constituição Federal, porquanto prevê o art. 14 da Lei nº 11.340/2006 que os órgãos julgadores dos casos de violência doméstica são os da Justiça Ordinária. Contudo, nos termos do § 5º do art. 109 da Constituição Federal:

[...] nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Supremo Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente para a Justiça Federal.

Assim, se a Lei Maria da Penha foi criada à luz do art. 226, § 8º, da Constituição Federal, ou seja, como sendo dever do Estado coibir a violência familiar no âmbito de suas relações; e se os delitos patrimoniais foram erigidos ao caráter de violentos quando praticados no âmbito doméstico ou familiar, de modo a constituir violação aos direitos humanos (art. 6º, Lei nº 11.340/2006), não estariam em conflito dois institutos legais, que dispõem de maneira diversa sobre o mesmo fato? Não estaria o Código Penal Brasileiro violando frontalmente norma à qual a legislação interna, em estrita observância a tratados internacionais, conferiu caráter de direitos humanos?

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.128-129), ao tratar da revogação tácita e parcial, elucida que:

As disposições não podem coexistir, porque se contradizem, e, então, a incompatibilidade nascida dos preceitos que disciplinam diferentemente um mesmo assunto impõe a revogação do mais antigo. Aqui é que o esforço exegético é exigido ao máximo, na pesquisa do objetivo a que o legislador visou, da intenção que o animou, da finalidade que teve em mira, para apurar se efetivamente as normas são incompatíveis, se o legislador contrariou os ditames

da anterior, e, em consequência, se a lei nova não pode coexistir com a velha, pois, na falta de uma incompatibilidade entre ambas, viverão lado a lado, cada uma regulando o que especialmente lhe pertence.

Verifique-se que interpretações diversas sobre a questão acarretariam efeitos na esfera penal, ao passo que tacitamente derogados estariam as isenções de que tratam os arts. 181 e 182 do Código Penal. Em virtude de tal questão sugeriram-se correntes doutrinárias diversas, tratando do assunto cada qual de sua maneira.

Conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 11.340/2006, a mesma foi criada com o objetivo de “Prevenir, Punir e Erradicar” qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher), dentre elas a violência patrimonial (art. 7º, inc. IV), assim entendida como:

[...] qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Observe-se a preocupação legislativa em alargar sobremaneira a interpretação sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, em especial a violência patrimonial. Quis o legislador que os operadores do direito utilizassem da interpretação analógica como recurso hermenêutico, “ex vi” da expressão “qualquer conduta” disposta pelo citado inciso, assim descrevendo uma regra geral da qual deverá ser interpretada com base no Título II e seus capítulos da parte especial do Código Penal (Dos Crimes Contra o Patrimônio).

A partir de dados estatísticos alarmantes no que pertence à violência familiar contra a mulher, surgiu a Lei Maria da Penha tratando do assunto como sendo de saúde pública. O Estado, em cumprimento ao regramento constitucional houve por bem dar proteção, através da referida Lei Maria da Penha, à mulher no âmbito de suas relações domésticas e familiares (art. 226, § 8º, Constituição Federal). Assim, dado o fato concreto, e tratando-se de delito patrimonial contra a mulher, não haveria que se falar em imunidades penais dos delitos patrimoniais, porquanto em total incompatibilidade com a atual sistemática legal. Conforme elucidada Maria Berenice Dias (2007, p.52):

A partir da nova definição de violência doméstica, assim reconhecida também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do

sexo feminino.

Ressalte-se que por esse entendimento, não ficaram excluídas de tal interpretação as relações de União Estável (“cônjuge ou companheira”), posto que reconhecida como entidade familiar pela Carta Magna e pela Lei Maria da Penha (art. 226, § 6º combinado com o art. 5º, inc. II, respectivamente). Em comentários ao entendimento da citada doutrinadora, Cláudio da Silva Leiria, lembra que tal interpretação é a única que condiz verdadeiramente com a vontade legislativa. “In verbis”:

A interpretação acima é a única que se afina com o espírito da lei de garantir a proteção à mulher. Entender que as imunidades do artigo 181 do Código Penal prevalecem sobre o disposto no art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, seria tornar o último dispositivo mero ordenamento legal e propiciar a continuidade das subtrações patrimoniais contra a mulher nas esferas familiar e residencial. (LEIRIA, 2007)

Alguns doutrinadores questionam a utilidade de tal dispositivo por entenderem irracional sua aplicação indiscriminada no que se refere às vítimas mulheres. Contudo, vale lembrar que a lei específica somente será aplicada desde que o fato preencha todos os requisitos nela previstos (art. 5º combinado com o art. 7º da Lei nº 11.340/06) e não a qualquer caso em que a vítima seja mulher.

Para entender a sistemática da legislação em comento, faz-se necessário uma interpretação dispositiva, compreendida nos art. 5º e 7º da Lei Maria da Penha, porquanto neles residem toda a fundamentação conceitual que dá base a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dispõe o art. 5º que a violência doméstica contra a mulher resta configurada pela “ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:”, sempre que tais condutas ocorrerem em quaisquer das hipóteses regulamentadas em seus incisos, vale dizer, na unidade doméstica (inciso I), no âmbito da família (inciso II) ou em qualquer relação íntima de afeto do qual o agressor ao menos tenha convivido com a ofendida (inciso III). Já o art. 7º especializa cada conduta prevista pelo “caput” do art. 5º definindo cada forma da violência (violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

Assim, a inteligência implica na observância da conduta tipificada pelo Código Penal em consonância quanto a forma prevista pelo art. 7º. Se ocorrida ao menos uma das hipóteses elencadas pelos incisos do art. 5º, ambos da Lei Maria da Penha, aplica-se esta legislação. Em síntese, não basta ocorrer um delito contra a mulher para fazer-se incidir a Lei 11.340/2006.

Sendo assim, por exemplo, o marido que subtrai objetos de sua esposa

não mais teria o benefício de que trata o art. 181 do Código Penal, posto que derogado tacitamente pela atual Lei nº 11.340/2006. Da mesma forma, não há que se falar em aplicação ao art. 182 do Código Penal ao separado judicialmente ou aos demais abarcados pelos seus incisos, porquanto ferido estaria o princípio da proporcionalidade. Ora, se até mesmo o marido, na constância da sociedade conjugal estaria sujeito a pena advinda de ação penal pública incondicionada, qual a razão lógica em se exigir representação daquele que se encontra separado judicialmente? Em outras palavras, não seria proporcional como condição de procedibilidade exigir representação da vítima separada judicialmente, ao passo que aos delitos cometidos contra vítimas mulheres constituídas em matrimônio, a ação se tornaria pública incondicionada.

Vale lembrar ainda, os comentários de Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p.61) quando questiona a suposta incompatibilidade da Lei Maria da Penha com as imunidades penais dos delitos patrimoniais.

[...] as imunidades ou impunibilidade absoluta do art. 181, I e II do CP estão revogadas parcial e tacitamente pela Lei nº 11.340/06, que alenta a punição penal dos crimes praticados em situação de violência patrimonial contra o cônjuge mulher. Frise-se que se trata mesmo de derrogação, ou seja, revogação parcial, porque se o delito for praticado pela mulher contra o homem persiste a escusa absolutória em questão!?! (sic)

Ainda em comentários a tal disposição, fundamenta esse autor que tal interpretação violaria o princípio constitucional da igualdade, posto que não haveria razão para distinguir o homem da mulher no que se refere aos delitos patrimoniais cometidos mediante astúcia, ou seja, sem o uso da força física que o distingue da mulher. Verifique-se:

Se, com efeito, no tangente à violência real, a compleição física do homem, normalmente mais avantajada, bem como suas características hormonais o capacitam mais ao uso da força bruta, no que toca à possível prática de delitos patrimoniais contra o consorte condômino, não se vislumbra, com clareza, quais as vantagens que concorrem em favor do cônjuge-varão que justifiquem tratamento tão desigual.

Assim é que não causa surpresa se, no futuro for reconhecida a inconstitucionalidade parcial do dispositivo em questão por afronta ao princípio da igualdade [...] (PORTO, 2007. p. 61)

Observe-se que o citado autor, reconhece como derogados tacitamente os arts. 181 e 182 do Código Penal, porém entende inconstitucional a novel legislação à luz do princípio da igualdade. Assevera, para tanto, que a compleição masculina não influenciaria nos delitos patrimoniais cometidos por meio da astúcia. No entanto, “data venia”, tal entendimento vai contra o espírito de criação da Lei

Maria da Penha, posto que destinada ao gênero mulher. Entender que o homem é desigual a mulher pela simples consideração de seu “porte físico mais avantajado” e suscitar eventual inconstitucionalidade através do princípio da igualdade, é não considerar os fatores históricos e socioculturais preponderantes que estão inseridas na Lei nº 11.340/2006. Em outras palavras:

[...] é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. (DIAS, 2007, p. 57)

Ainda, Guilherme de Souza Nucci assevera que referente ao inciso IV do art. 7º da Lei nº 11.340/06 não houve repercussão na esfera criminal, posto que as imunidades penais impedem que a conceituação de violência patrimonial se insira no contexto penal. Em contrapartida, Pedro Rui da Fontoura Porto (2007, p.61) entende que:

A nosso ver, entretanto, ocorre a derrogação (revogação parcial) de tais dispositivos, porquanto esta se dá não apenas na forma expressa, mas também na modalidade tácita, de sorte que, quando a Lei Maria da Penha enfatiza tão acentuadamente o caráter criminoso da violência patrimonial contra a mulher, conceituando as formas existencializadoras desta modalidade de violência, deixou implícito que qualquer regra anterior que imunizasse penalmente o autor de delitos abrangidos no conceito ali sedimentado estava revogada.

Não obstante esses entendimentos, correntes doutrinárias diversas eclodiram em contradição ao entendimento de que tacitamente derogados estariam os arts 181 e 182 do Código Penal.

Em princípio das objeções ideológicas a tais entendimentos, vale ressaltar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/06 como um todo. Diz-se inconstitucional porque se trata de afronta aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Evidente que a Lei Maria da Penha englobou como único sujeito passivo do ilícito a mulher, independentemente de sua idade ou condição social. Portanto, qual a razão lógica em tratar fatos iguais de maneira desigual? Qual a distinção encontrada em crianças de apenas 05 anos de idade, uma do sexo feminino e outra do sexo masculino ambas vítimas da violência doméstica? Está claro que a vulnerabilidade nesta situação é a mesma, não há razão para serem distinguidos legalmente.

A Lei Maria da Penha ao dar tamanha abrangência ao conceito de violência familiar e doméstica contra a mulher discriminou de forma exacerbada o que se impunha por sexo frágil.

No decorrer das últimas décadas, ou, para ser mais específico, após a Carta Constitucional de 1988, as mulheres vêm ganhando cada vez mais o respeito da sociedade e conquistando alguns espaços que nos tempos remotos eram apenas dos homens. Isso é fantástico! O que não podemos permitir é que novas normas, como a lei “Maria da Penha”, ultrapassem o limite do razoável e venham a inverter o sentido da igualdade. Ora, se foi criada uma norma pelo Poder Constituinte Originário ordenando que todos serão iguais em direitos e obrigações (cláusula pétrea), não podemos aceitar a aplicação de uma lei que absurdamente demonstra o princípio da Isonomia (Igualdade). (MARQUE, 2008).

Outrossim, sendo dito em seu preâmbulo que a Lei Maria da Penha foi criada “nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal”, por si só já há motivos suficientes a ser reconhecida a sua inconstitucionalidade. Justifico: dispõe o art. 226, § 8º da Constituição Federal que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (os grifos não são do original). Ora, verifique que nem mesmo a constituição discriminou, neste espeque, homens e mulheres, mas simplesmente reconheceu como sendo direito, também do homem, a proteção estatal contra a violência familiar no âmbito de suas relações (“cada um dos que a integram”). Vide entendimento de Arthur Luiz Pádua Marque (2008):

[...] devemos ressaltar a grande falha do legislador quando diz no intróito da lei 11.340/2006 e ainda no seu art. 1º que a referida lei tem a finalidade de regulamentar o parágrafo 8º do artigo 226 da CF, um vez que este dispositivo Constitucional não menciona o interesse em coibir a violência contra a mulher, mas fala claramente em coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Ademais, constituindo-se o Brasil em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, Constituição Federal), tendo por objetivo a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e, em estrita atenção ao dever do estado em coibir a violência familiar e doméstica não somente em favor a mulher, evidente que ferido estaria o princípio constitucional da igualdade previsto pelo art. 5º e seu primeiro inciso da Constituição Federal:

Art. 5.º 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (os grifos não são do original)

Se homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição Federal assim como previsto pelo citado inciso, é forçoso concluir que também é direito do homem a proteção estatal dada à mulher quando da criação da Lei Maria da Penha (art. 226, §8º, Constituição Federal). Para Valter Foletto Santin (2006):

[...] a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura ‘politicamente correta’, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.

Da mesma forma, reconhecendo-se a derrogação tácita dos arts. 181 e 182 do Código Penal, continuariam a ser aplicadas as isenções nos casos de delitos patrimoniais cometidos contra vítimas do gênero masculino. Assim, o marido que subtrai os bens de sua esposa estaria sujeito à pena advinda de ação penal pública incondicionada, ao passo que a mulher que incidisse no mesmo fato, estaria isenta de pena. Daí, restaria evidente a inconstitucionalidade posto que a Carta Magna conferiu a homens e mulheres igualdade em direitos e obrigações (art. 5º, inc. I, combinado com o art. 226, § 5º, ambos da Constituição Federal), além de ser dever do Estado coibir a violência doméstica também em favor do homem, e não somente à mulher (art. 226, § 8º, Constituição Federal).

Outrossim, para Eduardo Luiz Santos Cabette (2007), a fundamentação de que as imunidades penais nos delitos patrimoniais restaram tacitamente derogadas pelo disposto no inc. IV, art. 7º da Lei Maria da Penha baseia-se em três pilares “prenhe de equívocos”, quais sejam: 1) o conteúdo do conceito de violência patrimonial restaria completamente esvaziado pelos art. 181 e 182 do Código Penal, outra medida não restando senão a derrogação tácita dos mesmos como meio de garantir a aplicação da lei especial; 2) a lei contra violência familiar e doméstica é incompatível com as imunidades penais, havendo que se aplicar o disposto no art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil; 3) tendo a lei de proteção a mulher sido inspirada no Estatuto do Idoso, e, havendo este vedado expressamente as aplicações das imunidades penais, se extrai da interpretação sistemática que a Lei nº 11.340/06 também assim a dispôs tacitamente.

Ao primeiro argumento, sustenta o citado autor que as imunidades penais dos arts. 181 e 182 do Código Penal não esvaziaram o conteúdo do inc. IV, art. 7º da

Lei Maria da Penha retirando o contexto penal da norma, mas que tal poderá tanger qualquer situação elencada pelo art. 183 do Código Penal, ou quando a vítima oferecer representação quando se tratar de situação prevista pelo art. 182 do Código Penal. Assim, da mesma forma não há que se falar em incompatibilidade dos dois institutos legais – o segundo argumento – posto que perfeitamente harmonizáveis, ou seja:

Desse modo, cai por terra também o argumento da suposta revogação tácita parcial (derrogação) nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A Lei 11.340/06 jamais derogou “expressamente” as disposições do Código Penal sob comento. Também é nítido que não tratou inteiramente da matéria ali regulada. Ademais, em face do amplo espaço deixado para a efetiva atuação do disposto no art. 7º, inc. IV, da Lei Maria da Penha, conforme antes demonstrado, resta claro que inexistente incompatibilidade com os artigos 181 e 182, CP, podendo referidos mandamentos legais conviverem harmonicamente sem qualquer prejuízo considerável. (CABETE, 2007)

Em relação ao terceiro argumento, citado autor faz referência de que não há que se falar em extrair uma interpretação legal de um outro diploma. Ademais, o Estatuto do Idoso refere-se expressamente quanto a inaplicabilidade das imunidades penais dos delitos patrimoniais contra vítimas maiores de 60 anos. Se o legislador pretendesse abranger os casos de violência doméstica nas hipóteses do art. 183 do Código Penal bastaria que o fizesse expressamente.

A proposta do presente trabalho é buscar esclarecer que uma correta interpretação hierárquica aos artigos 181 e 182 do Código Penal Brasileiro leva a conclusão de que referidos dispositivos encontram-se desatualizados em relação aos anseios sociais, além de incompatíveis com a Constituição Federal de 1988.

As imunidades penais conferidas aos delitos patrimoniais foram criadas por questões de política criminal e baseiam-se na integridade da co-propriedade familiar. O objetivo dos arts. 181 e 182 do Código Penal Brasileiro é evitar a imposição de sanção ao agente que subtrai os bens de seu familiar no âmbito de suas relações domésticas. Afinal, se por um lado, a conduta da pessoa que subtrai o próprio filho, por exemplo, é gravosa para as relações familiares, por outro seria ainda mais prejudicial à família se o agente fosse punido com a privação de liberdade em virtude de referido ato ilícito. Nesse sentido:

A eventual condenação a uma pena privativa de liberdade do filho que realizou a subtração do relógio de seu pai traria um mal muito maior à vítima do que a simples perda de um bem patrimonial. Seu lar restaria destruído ou, pelo menos, extremamente abalado com o fato de ver um dos seus entes mais próximos encarcerado em virtude da prática do delito de furto. (GRECO, 2006. p. 398).

O Código Penal Brasileiro é datado de 1940, época em que os padrões morais da sociedade agrária patriarcal revelaram-se como motivos preponderantes para a instituição das imunidades penais dos delitos patrimoniais, época em que sequer o divórcio existia.

A interpretação correta deve ser feita à luz dos princípios garantivistas previstos pelos tratados de Direitos Humanos, bem como pelos princípios insertos pela Constituição Federal de 1988. Assim, prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º), sendo que em seu art. 17, itens I e II, dispõe ainda que “todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros” e que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”. E por último, declara no art. 8º que “todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Por sua vez, decorre do art. 5º da Constituição Federal, a garantia de que todos os residentes em território nacional brasileiro têm “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, sendo tais compreendidos como direitos e garantias fundamentais devidamente protegidos pelo disposto no art. 60, §4º, inc. IV da Constituição Federal (cláusula pétreia).

Diante da atual ênfase dada aos princípios constitucionais da igualdade, da segurança e da propriedade, não haveria que se falar em imunidades penais dos delitos patrimoniais. Ademais:

O legislador não poderia, pura e simplesmente, face ao princípio de que todos são iguais perante a lei, blindar contra a ação persecutória do Estado o agente que pratica crimes patrimoniais em prejuízo de seus ascendentes, descendentes e cônjuges. (LEIRIA, 2007)

Da mesma forma, se todos fazem jus à segurança e possuem o direito de propriedade devidamente reconhecidos pela constituição como inerentes à pessoa, qualquer violação atentatória a estes princípios não deveria ser recepcionada pela Constituição Federal. No entanto, sendo tal violação advinda de lei infraconstitucional, a melhor interpretação seria a declaração de sua inconstitucionalidade enquanto outra norma não adviesse em substituição.

Ainda, dispõe o art. 5º da Constituição Federal que “todos são iguais perante a lei”. Contudo, não podemos compreender referido dispositivo sob o prisma puramente literal de que a Constituição Federal resolve tratar todos de maneira idêntica sem dar conta das distinções naturais que emergem de diferentes grupos sociais. A igualdade refere-se ao sentido de que devem tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, nivelando as diferenças encontradas nos diversos

setores da sociedade. Assim, o direito de igualdade para Charles Perelman (apud SILVA, 2005. p. 213), “consiste em um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Vale lembrar ainda que o princípio da igualdade destina-se ao legislador, que está adstrito à Constituição Federal quando da criação da lei, ou seja, o legislador deve estar atento para não distinguir em lei situações que, entre si, estão a par da mesma realidade dos fatos (em idêntica situação), e para não criar ônus ou privilégios a determinadas categorias de pessoas em detrimento de outras em mesma situação. Ainda sobre a igualdade cumpre salientar que:

[...] consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando sempre o equilíbrio entre todos. (CHIMENTI, 2005. p. 60).

No que se refere as imunidades penais dos delitos patrimoniais, a igualdade resta efetivamente afrontada na medida em que a lei infraconstitucional discrimina duas classes de indivíduos, qual seja, a dos que tem proteção penal ao patrimônio, e a dos que não têm pela mera situação de se encontrarem no âmbito doméstico e familiar. “Face o princípio da igualdade, o patrimônio dessas vítimas não é menos digno de proteção do que o das demais pessoas.” (LEIRIA, 2007). Entender, que a vítima está obrigada a suportar o fato previsto como crime contra o patrimônio (lembre-se, cometido sem violência à pessoa), é, sem dúvida, ferir o princípio da igualdade na medida em que se cria um ônus a ser suportado por uma classe de indivíduos (vítimas) e um privilégio infundado aos autores do ato evidentemente ilícito. Criar uma excludente de culpabilidade, isentando o agente de pena, é também violar a igualdade penal perante a lei, que por sua vez exige “com as sanções correspondentes, seja aplicada a todos quantos pratiquem o fato típico nela descrito.”(LEIRIA, 2007).

Não se pode olvidar também que a Constituição Federal garantiu o direito à propriedade em geral em seu inc. XXII, art. 5º. Embora esse direito não possua caráter absoluto, exclusivo e perpétuo, a Carta Maior reconheceu que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de seus bens senão quando violada a função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII), limitando ainda as hipóteses de restrições e desapropriações ao direito de propriedade (art. 5º, inc. XXIV). Nas palavras de Justiça Cláudio da Silva Leiria (2007):

Do dispor que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais’ (art. 5º, inciso XLI), a Constituição está protegendo a propriedade (direito fundamental), e via de consequência, impedindo que de forma absoluta o legislador penal prescreva imunidades no que diz respeito aos crime contra

o patrimônio praticados pelas pessoas referidas no artigo 181 do Código Penal. Configura-se em direito constitucional a não ser discriminado em função dos direitos fundamentais. (sic).

Vale lembrar ainda que, ao reconhecer o direito de propriedade, a Constituição Federal não quis tratar unicamente dos bens imóveis, como elucida José Afonso da Silva (2005.p. 274):

A Constituição consagra a tese, que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares. De onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades. Agora, ela foi explícita e precisa. Garante o direito de propriedade em geral (art. 5º, XXII; garantia de um conteúdo mínimo essencial).

Assim, face o direito de propriedade inerente a cada indivíduo residente no país, a norma penal-infraconstitucional (arts. 181 e 182, Código Penal) não poderia, sob pena de ser reconhecida sua inconstitucionalidade, dispor que determinados grupos de pessoas poderiam ser privados arbitrariamente de seus bens, sejam eles, de uso pessoal, de produção ou de capital.

Verifique-se que a Constituição Federal não discriminou quaisquer condutas das quais não devessem ser punidos pelo Código Penal, pelo contrário, simplesmente reconheceu a ampla proteção à violência doméstica no âmbito de suas relações, dirigindo-se a todos que integrem tal sociedade familiar.

Assim, sendo o delito patrimonial uma forma de violência reconhecida pelo Código Penal Brasileiro em seu Título II da Parte Especial, não há que se reconhecer as imunidades penais em relação a tais ilícitos pelo fato do agente infrator estar inserido no âmbito doméstico. Afinal, a Constituição Federal assegura a cada indivíduo integrante da sociedade familiar o direito à proteção contra qualquer forma de violência. É de bom alvitre salientar também que:

[...] a imunidade prevista no artigo 181 do CP quebra a coerência interna do sistema jurídico. Ora, um crime no seio familiar seria sempre grave, independente do bem jurídico afetado. Então qual a lógica de permitir a imunidade para os crimes patrimoniais quando ela não se aplica a delitos que afetam outros bens jurídicos? Por que conceder imunidade para delitos com maior quantitativo de pena e negá-la para delitos menos graves?

[...]

Não se pode olvidar, também que a imunidade penal prevista pelo artigo 181 do CP é fator criminógeno, pois sabendo que não poderá haver a persecução penal pelo Estado, o indivíduo não se intimidará em realizar a conduta ilícita. (LEIRIA, 2007).

Imunizar o agente infrator nestas hipóteses é desrespeitar os direitos e garantias fundamentais devidamente reconhecidos pela Constituição Federal como inerentes à pessoa humana.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, como melhor forma de zelar pelos princípios da igualdade, da propriedade e da segurança doméstica no âmbito de suas relações, há que ser reconhecida a inconstitucionalidade das imunidades penais dos delitos patrimoniais, posto que infirmadas pela atual sistemática legal, visando proteger não só o patrimônio da mulher no âmbito de suas relações domésticas, mas, inclusive, cada indivíduo no âmbito de suas relações. Ademais, a Lei Maria da Penha efetivamente derogou tacitamente as disposições de que tratam os artigos 181 e 182 do Código Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Reflexos da Lei Maria da Penha nas imunidades dos crimes patrimoniais**. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9979>>. Acesso em 22 out. 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. v. 3.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. v. 1.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Ligeiras **Observações sobre a Im(p)unidade Penal nos Crimes contra o Patrimônio**. Disponível em: <http://www.notadez.com.br/content/artigo_notadez_010.asp>. Acesso em: 17 mar. 2008.

MARQUE, Arthur Luiz Pádua. **A inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1016_A_inconstitucionalidade_da_Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em: 10 jul. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SANTIN, Valter Foletto. **Igualdade Constitucional na Violência Doméstica.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

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

PROVEDORES DE CONTEÚDO NA INTERNET E A RESPONSABILIDADE SOBRE AS PUBLICAÇÕES SOB SEUS SERVIÇOS

Celso Jefferson Messias Paganelli¹
Alexandre Gazetta Simões²
José Antonio Gomes Ignácio Júnior³

RESUMO

Temos visto o número de ilícitos crescerem exponencialmente dentro da internet, principalmente com as redes sociais, levando as pessoas que sofreram dano, principalmente de ordem moral, procurarem a Justiça para preservar seus direitos e serem ressarcidos em certa medida pelos problemas que passaram. Nesse contexto, é imprescindível definir que a responsabilidade dos provedores de conteúdo da internet, principalmente as empresas de redes sociais, como Orkut, Facebook e outros, têm responsabilidade objetiva, e devem responder pelos atos ilícitos que são cometidos dentro dos serviços disponibilizados por estas. O objetivo da atividade exercida por tais empresas comporta a teoria do risco, pois possibilita que seus usuários pratiquem atos ilícitos e, o pior, geralmente não têm nenhuma ferramenta disponível para evitar esses problemas ou apenas ignoram os casos existentes. Sem dúvida ao responderem objetivamente pelos danos cometidos em seus serviços, haverá maior preocupação com a qualidade do mesmo, evitando dissabores desnecessários a pessoas inocentes.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva; redes sociais; provedores de conteúdo; teoria do risco.

1 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhuera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

2 Graduado em Direito (ITE-BAURU), Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de graduação em Direito (EDUVALE AVARÉ).

3 Graduado em Administração (FACCA) e Direito (FKB); Pós-Graduado com Especialização em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (UNOPAR/IDP); Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Professor de Direito em Graduação (EDUVALE) e Pós-graduação (PROJURIS/FIO); co-autor do livro “Ativismo Judicial – paradigmas atuais (Editora Letras Jurídicas); Advogado.

ABSTRACT

We have seen the number of illicit grow exponentially in the Internet, especially with social networking, bringing people who have suffered damage, mainly moral, seeking the Justice to preserve their rights and also to some extent be compensated for the problems they have. In this context, it is important to define that the responsibility of providers of Internet content, especially social networking companies like Facebook, Orkut and others have objective responsibility answering for the illegal acts that are committed within the services provided by them. The purpose of the activity carried on by such companies involves the theory of risk, because it allows users to practice their illegal acts and, worse, often have no tool available to prevent such problems or simply ignore the existing cases. No doubt the answer objectively the damage committed in the service, there will be a greater concern with the quality of it, avoiding unnecessary setbacks to innocent people.

Keywords: Objective responsibility; social network; internet service providers; theory of risk.

INTRODUÇÃO

A internet deixou de ser a novidade do momento e está consolidada, fazendo parte do dia a dia de milhões de pessoas em todo o mundo. Com isso, novas oportunidades de negócios surgem, antes inimagináveis, como as redes sociais. Essas redes têm como objetivo fornecer aos seus usuários uma plataforma na qual seja possível interligar as pessoas conhecidas, geralmente permitindo uma forma de separação em grupos, como conhecidos, amigos e parentes, com a finalidade de se colocar comentários, textos, fotos, vídeos e afins sobre a vida pessoal ou não. Também há a possibilidade de se criar comunidades, que passam a ser locais nos quais usuários que têm o mesmo interesse em um assunto, podem compartilhar praticamente tudo o que quiserem, com uma intensa troca de dados.

A imensa maioria de tais serviços é executada de forma gratuita, não gerando, em tese, nenhum tipo de gasto financeiro para o usuário. No entanto, tais serviços são fornecidos por empresas, que têm como finalidade o lucro, portanto devem gerar movimentação financeira de alguma forma. Isso é feito através de publicidade e propaganda, pagas pelos anunciantes. Dessa forma, fica devidamente configurado o caráter de fornecedor e consumidor de tais serviços, cabendo, portanto, o uso do Código de Defesa do Consumidor em casos que envolvam atos ilícitos e conseqüentemente a Justiça.

Diante da finalidade explícita com que tais empresas trabalham, resta configurada a teoria do risco e também a responsabilidade objetiva, cabendo indenização para todos aqueles que sofrerem qualquer ato danoso através destes mecanismos, inclusive e principalmente, os de danos morais.

Essas empresas não procuram obedecer ao ordenamento jurídico pátrio, não se adequam às nossas leis, e utilizam de subterfúgios para escaparem de condenações cujo objetivo é um ressarcimento mínimo às vítimas de atos ilícitos, que na vasta maioria dos casos não tem sequer a mínima possibilidade de se defender, ou mesmo de desfazer o dano causado.

Infelizmente, tem havido por parte do Superior Tribunal de Justiça, uma nova vertente em julgamentos que envolvem tais empresas, que recentemente mudou seu posicionamento para não mais responsabilizá-las sobre o cometimento de atos ilícitos em seus serviços, o que é um grande equívoco, uma vez que todas as características imprescindíveis para a responsabilidade objetiva estão presentes, assim como a teoria do risco e, também, a responsabilização que está prevista no Código de Defesa do Consumidor, que tem como finalidade defender os consumidores que estão em óbvia desvantagem perante as empresas, uma vez a existência da evidente desproporção de forças, principalmente em relação às questões técnicas e monetárias de ambas as partes.

O que ficará demonstrado é que essas empresas, provedores de conteúdo, principalmente as redes sociais, têm responsabilidade objetiva sobre os atos ilícitos praticados em seus serviços, sendo que não têm um único esforço em coibi-los, mesmo dispondo de várias ferramentas para isso, tendo conhecimento, inclusive, que as medidas que dizem tomar são paliativas e que praticamente em nada contribuem com o deslinde apropriado quando necessário para o bom andamento de um processo judicial. Na verdade, atuam no sentido de dificultar o acesso às informações, protegendo escancaradamente os infratores, em total arrepio da lei, de certa forma até mesmo zombando dos juristas, que sem as informações técnicas necessárias e precisas ficam de mãos amarradas, impossibilitados de concretizar a tão almejada justiça.

Tal situação não há de prevalecer, cabendo o desmonte da teoria equivocada da não responsabilidade objetiva destas empresas, demonstrando-se cabalmente que têm condições de ajudarem a Justiça, assim como efetuar a apropriada identificação de atos ilícitos, assim como seus usuários e, portanto, devendo responder objetivamente por essas infrações, indenizando todos aqueles que sofrem tais atos danosos.

RESPONSABILIDADE CIVIL E TEORIA DO RISCO

Toda atividade, que possa acarretar algum tipo de prejuízo, seja ele qual for, tem a consequência de gerar a responsabilidade ou mesmo o dever de indenizar quem foi prejudicado. Silvio de Salvo Venosa explica:

“O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências

de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar⁷⁴.

Podemos dizer que responsabilidade civil é uma obrigação que qualquer pessoa tem, uma vez que exista um prejuízo à outra pessoa, de reparação, seja por fato próprio ou mesmo por fatos de outras pessoas ou até de coisas que sejam dependentes. O principal objetivo da responsabilidade civil, portanto, é buscar restaurar, mesmo que minimamente, um equilíbrio patrimonial e moral que tenha sido violado. Os danos que merecem reparação são os de índole jurídica, não descartando inclusive os morais, religiosos, sociais, éticos, dentre outros. Deve-se analisar em sua totalidade a responsabilidade da pessoa como fato, ou se pode ser um ato que merece punição, ou mesmo se é moralmente reprovável, o que sem dúvida acarretará reflexos jurídicos.

Mas o que vem a ser analisado, para a questão da responsabilidade, é a conduta da pessoa, que pode ser desde apenas um único ato, até uma cadeia de atos ou fatos, que no final gerarão por si mesmos o dever de indenizar. Dessa forma, o que interessa para efeitos jurídicos, é saber identificar o responsável do ponto de vista sancionatório, ou seja, se a pessoa pode sofrer uma sanção, e o mais importante, independentemente se o ato ou fato ilícito foi cometido pessoalmente ou não.

Diferentemente do direito penal que só leva em consideração a responsabilidade direta, ou seja, somente a pessoa que causou o dano ou ofensa é que responderá pela transgressão da norma, o direito civil permite que terceiros venham a responder por fatos ou atos praticados que não por si, indenizando os prejudicados.

Nesse sentido, temos o ensinamento de Fernando Noronha:

“A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos strictu sensu”⁷⁵.

Destarte, se a responsabilidade está ligada diretamente à pessoa que causou o dano, será direta, no entanto, se atingir a terceiro, será indireta.

O artigo 186 do Código Civil, essencial para a compreensão do tema aqui abordado, estabelece a base da responsabilidade para o direito pátrio:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. DIREITO CIVIL IV – RESPONSABILIDADE CIVIL. 6ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

5 NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

Verifica-se de pronto quais os requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, quais sejam: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexa causal, dano e, finalmente, culpa. A culpa, ainda, como bem lembra Silvio de Salvo Venosa, sofre uma tendência jurisprudencial visando alargar sua conceituação, ou até mesmo, visando dispensá-la como requisito intrínseco para o dever de indenizar⁶.

Deste raciocínio, infere-se a criação da noção de culpa presumida, cujo entendimento é o dever geral de não prejudicar outrem. Aliás, é deste princípio que surge a teoria da responsabilidade objetiva, que é vista em nosso ordenamento pátrio em diversas oportunidades, desconsiderando por completo a culpabilidade. A teoria do risco tem como conceito principal que a pessoa é responsável por riscos ou perigos de sua atuação, mesmo que tenha todo o zelo para evitar possíveis danos.

Ora, se a pessoa obtém vantagem ou benefício em razão de sua álea de atividade, nada mais justo que seja obrigada a indenizar pelos danos que dela surgem. Os doutrinadores chamam essa teoria de “risco criado e risco do benefício”. Nesse sentido, temos o ensinamento de Giselda Maria Fernandes:

“Somente os danos absolutamente inevitáveis deixarão de ser reparados, exonerando-se o responsabilizado”⁷.

Da afirmação acima, temos que o objetivo de tal assertiva é colocar como exceção apenas os danos que sejam total e absolutamente inevitáveis, ou seja, o caso fortuito, a força maior e, por fim, a culpa de caráter exclusiva de terceiro. O que temos então são as situações de danos a ser indenizados, um vasto leque, na verdade, bastando estarem presentes os aspectos e pressupostos que a responsabilidade civil clássica impõe, no entanto, relevando-se o elemento culpa.

Seguindo o raciocínio, imperioso a leitura do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com o Código Civil, através do dispositivo citado, a responsabilidade objetiva deve ser aplicada além dos casos previstos em lei, também a todos os casos quando “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Assim, só há uma conclusão a se chegar, ao analisar o caso concreto, o juiz pode e deve definir como responsabilidade objetiva o causador de determinado dano, independentemente de

6 VENOSA, Silvio de Salvo. DIREITO CIVIL IV – RESPONSABILIDADE CIVIL. 6ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

7 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. Direito e Responsabilidade. 1 ed. São Paulo: Del Rey, 2002.

haver culpa.

O que deve ser analisado com a teoria do risco é a possibilidade da atividade causar danos, ou seja, a conduta da pessoa tem por si só como resultado a exposição a um perigo. Por “pessoa”, entenda-se tanto a física quanto jurídica. O que deve ser levado em conta é o perigo proporcionado pela atividade de quem causa o dano por sua própria natureza e também pela natureza dos meios pelos quais são adotados.

Corroborando com as afirmações acima, temos o Código de Defesa do Consumidor, que consagra e amplia os conceitos já citados. No artigo 6º já temos diversas proteções ao consumidor, que inclui “contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, ainda a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”; o parágrafo único ainda traz importante norma: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Está mais do que claro que o códex em questão tem como objetivo proteger não só os possíveis danos materiais que qualquer pessoa pode ter ao consumir um produto, mas também os bens intangíveis, como a moral. A responsabilidade objetiva e a teoria do risco são bem claras, demonstrando que seja qual for a atividade de serviços prestados, há que se responder pelos danos causados independentemente de culpa.

Nesse sentido, temos o artigo 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

As únicas hipóteses a serem consideradas para afastar a responsabilidade objetiva, portanto, são defeitos inexistentes ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Cabe ressaltar que tais assertivas devem ser provadas cabalmente, não sendo possível a admissão de meros indícios.

O código hoje, portanto, visa proteger amplamente aquele que sofreu um evento danoso, pois antigamente o causador escondia-se pelo manto da

responsabilidade subjetiva, principalmente nos casos em que a imputação da culpa era complicada, muitas vezes devido à própria sistemática da prática dos atos, o que levava muitas vezes a uma eximção da indenização. Desta forma veio a evolução do Direito, com a teoria do risco, determinando que o agente do dano deve responder pelos atos praticados, independente da existência de culpa, quando a atividade exercida por este trouxe risco ao direito de outras pessoas.

Quanto ao risco, Cavalieri Filho, tem importante lição a ensinar:

Quando se fala em risco, o que se tem em mente é a ideia de segurança. A vida moderna é cada vez mais arriscada, vivemos perigosamente, de sorte que, quanto mais o homem fica exposto a perigo, mais experimenta a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança⁸.

O mesmo autor continua:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema de reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano⁹.

Assim, se a atividade praticada gera riscos, há que se ter a segurança adequada correspondente, relativos aos riscos que a realização de tal álea suporta, o que resulta na responsabilização sem a necessidade de se comprovar a culpa, caso exista algum dano.

RESPONSABILIDADE POR FATO DE OUTREM

É possível em nosso ordenamento pátrio que a pessoa, física ou jurídica, venha a responder, sendo responsabilizada, por danos que foram efetivamente praticados por terceiros, uma vez que se apenas aqueles que causam danos fossem responsáveis, haveria diversas situações nas quais os prejuízos ficariam sem ressarcimento. Essa possibilidade é amplamente admitida pelo nosso códex, assim como já visto com a teoria do risco e a responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilidade sem efetiva culpa, comungam dessa possibilidade, permitindo a

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil. Volume XIII. Da Responsabilidade Civil. Das preferências e Privilégios Creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁹ Op. Cit.

indenização da vítima do ato danoso da forma mais ampla possível.

Venosa ensina:

Admite-se, em síntese, uma culpa in vigilando daquele que responde pelos danos. Uma pessoa, sem ter praticado o ato, responde pelos prejuízos causados por outrem que efetivamente o praticou; essa é a ideia básica. [...] Consubstanciada esta, aflora automaticamente a culpa do responsável indicado na lei. Não se trata, pois, de responsabilidade sem culpa, embora a noção não fique muito distante. Trata-se, originalmente, de presunção relativa de culpa derivada da lei¹⁰.

Tal situação é justificada sempre que houver por parte do terceiro poder diretivo sobre outra pessoa, o que vem gerar o dever de indenizar, assim o terceiro de fato responde por tal modalidade inerente de culpa, aproximando-se da teoria do risco, conforme já abordado no presente estudo. Desta forma, o terceiro estará incumbido de provar que o causador do dano não agiu com culpa.

Nestes casos, cabe ao terceiro que teve de arcar com a indenização o direito de regresso contra aquele que praticou o ato danoso, como forma de se ressarcir da importância que teve de pagar, conforme dita o artigo 934 do Código Civil:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

A licitude da conduta do terceiro pode ser usada como exceção à regra, inviabilizando, na prática, qualquer pretensão de indenização, uma vez que não há fato danoso, in casu, para ser ressarcido, visto que os atos praticados ou os fatos ocorridos estão em conformidade com a legislação.

DANO INFORMÁTICO

Muito se diz que a sociedade está passando por uma transformação, vivenciando algo que jamais havia sido visto na história da humanidade, com os meios que a tecnologia fornece, facilitando a comunicação e disponibilização de informações a toda e qualquer pessoa que possua um dispositivo que seja capaz de efetuar uma conexão, mínima que seja, com a internet, a grande rede de computadores com alcance mundial. A transformação é inegável, sem dúvida, no entanto, não se pode mais admitir a assertiva de que tudo o que envolve os meios tecnológicos, principalmente os virtuais, sejam “novidades”. Óbvio que sempre

10 VENOSA, Silvio de Salvo. DIREITO CIVIL IV – RESPONSABILIDADE CIVIL. 6ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

teremos coisas novas a serem exploradas, pois assim acontece desde o início dos tempos. Mas hoje, com aproximadamente 40 anos da criação da internet, com o seu embrião a ARPANET¹¹, e com a popularização que a grande rede teve no Brasil desde os idos de 1995, é impossível não imaginar que tenhamos atingido um grau de maturidade suficiente para a análise profunda das conseqüências dos atos produzidos por todas as pessoas envolvidas, quer sejam empresas ou não.

A privacidade do homem está cada vez mais ameaçada, pois onde quer que se encontre pode ser atingido pela publicidade de informações obtidas através de equipamentos que são cada vez mais eficientes e portáteis. Os serviços disponíveis na internet também possibilitam atualizações, através destes mesmos dispositivos, praticamente instantaneamente, o que na prática possibilita que os direitos fundamentais sejam seriamente ameaçados por todos os dispositivos computacionais, principalmente aqueles ligados aos direitos de personalidade.

A tecnologia que deveria proporcionar melhores condições de vida e maior conforto a todas as pessoas, acabou por transformar esse fenômeno em algo que merece constante vigília, exigindo um esforço extra da parte de todos de modo que se consiga preservar um mínimo de dignidade e privacidade, uma vez que quem deveria fazer esse controle através dos serviços disponibilizados, principalmente no ambiente virtual proporcionado pela internet, não o fazem.

Dentro desse universo, é verdade, está em desenvolvimento o direito informático, direito digital, ou direito da tecnologia da informação, como preferem alguns. Ocorre que, principalmente em se tratando de ilícitos civis e penais, a legislação pátria já prevê as regras necessárias para a aplicação de danos causados por este meio em praticamente todos os casos, haja vista que o suporte eletrônico na ampla maioria só proporciona um meio diferente para a prática do ato, não configurando em si mesmo nenhuma novidade perante o ordenamento jurídico.

Silvio de Salvo Venosa corrobora com esse entendimento:

É missão desse novo ramo jurídico adaptar os institutos tradicionais para criar outros ligados às novas conquistas eletrônicas. Futuro breve definirá, sem dúvida, a autonomia desse novo ramo jurídico. Enquanto não tivermos legislação específica, que já se desenha no direito comparado e também no direito interno, cabe ao jurista enfrentar os novos problemas, que na verdade são velhos temas com novas roupagens, mormente no tocante à responsabilidade civil, com o Código Civil, e legislação complementar.¹²

11 A ARPANET ou ARPANet foi, pode-se dizer, a “mãe” da Internet. Desenvolvida pela agência Americana ARPA (Advanced Research and Projects Agency - Agência de Pesquisas em Projetos Avançados) em 1969, tinha o objetivo de interligar as bases militares e os departamentos de pesquisa do governo americano. Esta rede teve o seu berço dentro do Pentágono e foi batizada com o nome de ARPANET ou ARPANet. Fonte: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/ARPANET>>, acessado em 14/09/2011.

12 VENOSA, Silvio de Salvo. DIREITO CIVIL IV – RESPONSABILIDADE CIVIL. 6ª ed. 3ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

Não importa como se imagine o caminho a ser seguido para a resolução dos problemas que hão de ser enfrentados, não há como escapar da análise dos princípios tradicionais da responsabilidade, quais sejam: o ato culposos, nexos causal e, por fim, o dano. Como já vimos, tanto o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor, já preveem a responsabilidade objetiva de quem praticou o ato danoso, ou mesmo do terceiro responsável. Eventuais nuances provocadas pelo uso da tecnologia devem ser vistas e positivadas pelos nossos legisladores, no entanto, as normas existentes já servem com plena eficácia, se adequando a imensa maioria dos problemas que devemos enfrentar.

Deve-se levar em consideração ao se realizar a análise da responsabilidade, principalmente nos casos da objetiva, a álea de atuação e o propósito do serviço disponibilizado virtualmente, com o uso da internet. Isso se deve ao fato de que fica claro que se o serviço, por exemplo, oferecido por determinada empresa ou pessoa, seja um espaço no qual é possível a publicação de comentários, fotos, vídeos ou outros, que venham a ofender direitos previstos na legislação, restará configurada a responsabilidade objetiva, restando como alternativa a prova de que o serviço atendia a todos os requisitos dispostos em nosso ordenamento pátrio para a não configuração do dever de indenizar.

EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

Temos como excludentes de responsabilidade, qualquer coisa que impeça o nexo de causalidade, a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, estrito cumprimento do dever legal, e em medida menor para fins do presente estudo, o fato de terceiro e a cláusula de não indenizar.

Gonçalves¹³ explica, sinteticamente, com riqueza de detalhes:

Em regra, pois, todo ato lícito é indenizável. A restrição a essa regra geral está consagrada no art. 188, I e II, do Código Civil, que excepciona os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido e a deterioração de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Os arts. 929 e 930 designam os casos em que, embora o agente tenha atuado sob o amparo dessas circunstâncias inibidoras do ilícito, subsiste a obrigação de indenizar o eventual dano causado a outrem. Mesmo não sendo considerada ilícita a conduta daquele que age em estado de necessidade, exige-se que repare o prejuízo causado ao dono da coisa, ou à pessoa lesada, se estes não forem culpados pelo perigo.

Por certo que se não há o nexo causal, não há que se falar em responsabilidade objetiva, da mesma forma, se o ato ou fato danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, o mesmo se aplicando ao caso fortuito e força maior, principalmente em

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo, v. 4: Saraiva, 2007.

virtude da imprevisibilidade e inevitabilidade desta condição. Já o fato de terceiro deve ser analisado com cuidado, pois se assemelha por comparação ao caso fortuito e força maior, no entanto, não pode estar relacionado diretamente com a atividade fim do serviço prestado para a sua devida configuração. Para que exista a excludente por fato de terceiro o dano causado deve ser causado por fato exclusivamente de pessoa estranha, não relacionada ao serviço prestado em si, ou seja, devem estar presentes as características de necessidade, inevitabilidade e imprevisibilidade, assim, se o dano puder, por mínimo que seja, ser evitável ou previsível, levando-se em conta a atividade exercida, não configurará a excludente de fato de terceiro. Ademais, a prova de culpa exclusiva de terceiro é de inteira responsabilidade do réu, que o deve fazer de modo cabal, não restando nenhum tipo de dúvida.

Nesse sentido, Gonçalves¹⁴ continua ensinando:

Em matéria de responsabilidade civil, no entanto, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar.

[...]

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano.

Dessa forma, fica claro que o causador do dano é responsável, mesmo nos casos por culpa de terceiros, que só terá exceções em situações específicas, que estejam claros os elementos de força maior e caso fortuito e, principalmente, que não tenham relação direta com a atividade desenvolvida, uma vez que seria então impossível prever tal situação.

Já quanto a cláusula de não indenizar, em relações de consumo ela não é válida em nosso ordenamento pátrio, por conta da proibição existente com o Código de Defesa do Consumidor, conforme podemos ver do caput do artigo 25:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Claro está pela norma acima citada, que é impraticável qualquer cláusula constante de contrato que vise retirar a possibilidade de indenização do consumidor. Nesse sentido, continua o mesmo código, no artigo 51, I:

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo, v. 4: Saraiva, 2007.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

O objetivo principal deste artigo é a preservação do equilíbrio das partes no contrato, já que há uma presunção de que o fornecedor é mais forte dentro da negociação, as cláusulas abusivas são nulas, dentre elas, as que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor.

Ademais, qualquer cláusula que implique em renúncia de direitos por parte dos consumidores é nula, uma vez que, além do Código de Defesa do Consumidor, as leis brasileiras não admitem cláusulas que tenham como função a exoneração de responsabilidade.

CULPA CONCORRENTE

Diz o artigo 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Se a pessoa que sofreu o dano tiver concorrido para causá-lo, então a indenização pleiteada deve ser fixada com a devida minoração no quantum, considerando a participação e efetividade no caso concreto. Assim, deve-se medir a intensidade da culpa dos envolvidos, sendo que cada um deve responder por aquilo sobre o qual é responsável. Dentro deste escopo, é perfeitamente possível, por exemplo, que alguém responda por 1/3 e outro por 2/3 da indenização que está em discussão.

RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

Para melhor compreensão do assunto que será abordado, faz-se necessária a leitura do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL.

RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

Os principais pontos a serem destacados da decisão acima: 1) as redes sociais estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, em que pese a gratuidade do serviço, a finalidade do mesmo é lucrativa, seja através da veiculação de material

de propaganda, seja através de meios indiretos; 2) não há que se falar em falha na prestação do serviço por falta de fiscalização prévia por parte do prestador; 3) as mensagens postadas no site não constituem risco inerente à atividade, assim, não se pode lhes imputar a responsabilidade objetiva; 4) tomando conhecimento do conteúdo ilícito, deve o fornecedor retirá-lo imediatamente de seus serviços, sob pena de responder solidariamente; 5) não é permitido o anonimato, deve portanto o fornecedor dos serviços ter meios adequados para a individualização e identificação de seus usuários, medida em que o registro do número IP é meio suficiente para configurar a devida diligência por parte da empresa.

Há acertos e equívocos no acórdão citado. Procuraremos debater exaustivamente cada ponto controverso a fim de explicitar todas as questões relativas à responsabilidade dos provedores, que, no nosso entendimento, é objetiva, devendo tais empresas responderem pelo que acontece dentro dos serviços disponibilizados, indenizando aqueles que tenham sofrido qualquer dano.

RISCO INERENTE À ATIVIDADE

Qual o objetivo de uma rede social? Estabelecer, através de software, conexões entre amigos, parentes e conhecidos, possibilitando a troca de informações, seja através de texto, fotos, vídeos ou outros. Isso pode ser feito de diversas maneiras, sendo que uma delas é a formação de comunidades que tratam de temas de interesse comum entre os participantes. O funcionamento intrínseco de tais redes é baseado nas características pessoais do usuário, ou seja, com base em seu perfil, elencando seus interesses, hobbies, escolaridade, gostos pessoais, estado civil, profissão, entre outras inúmeras características.

Assim, é correto afirmar que a identidade do membro exerce papel fundamental dentro da rede social, como assevera Fritjof:

“Os limites das redes não são limites de separação, mas limites de identidade. [...] Não é um limite físico, mas um limite de expectativas, de confiança e lealdade, o qual é permanentemente mantido e renegociado pela rede de comunicações”.¹⁵

Através dessa conexão fundamental, qual seja, a ligação entre as pessoas através da identidade, os indivíduos se unem através de pontos em comum, com o objetivo de troca de informações, conhecimento, ou mesmo lazer, sendo que em uma análise sociológica, pode-se dizer que a finalidade última é a concretização da sociedade civil, que pode ser alcançada através da participação democrática cada vez maior dos integrantes e também da mobilização social que eventualmente ocorre.

15 CAPRA, Fritjof. Vivendo Redes. In: DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. O Tempo Das Redes, pp. 21/23. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008.

A ideia para que uma rede social gere renda é através de publicidade e propaganda, mas não meramente a inserção descoordenada de anúncios. Apesar do enorme volume financeiro movimentado em tais redes, é óbvio que os anunciantes não estão dispostos a pagar por algo que não têm um mínimo de controle e não saibam qual o público alvo que estarão atingindo. Por isso mesmo, é necessário que existam ferramentas de análise comportamental, vasculhando os perfis dos usuários e também tudo o que escrevem, visando a construção de um banco de dados que possibilite aos anunciantes direcionar seus anúncios para um público específico, atingindo diretamente o nicho referente aos seus negócios.

A maneira como tudo isso funciona não é difícil de ser compreendida: existem robôs criados especificamente para varrerem constantemente todo o conteúdo existente dentro dos servidores das redes sociais, como o Google e seus produtos ou o Facebook, por exemplo. São analisados os perfis, comentários, tudo o que é escrito pelos usuários, fotos, vídeos, relacionamentos, comunidades, gerando algoritmos necessários para a divulgação correta de anúncios. De posse de tais informações, essas empresas conseguem ter uma melhor mensuração do “produto” que têm em mãos, conseguindo melhores preços pelos serviços de anúncios. Isso se deve à característica principal do manuseamento de tais informações, direcionando assuntos não de forma trivial, por exemplo, é fácil imaginar que será possível aumentar a probabilidade de venda de bolsas se tal produto for anunciado para mulheres, no entanto, as chances da concretização do negócio aumentam se o anunciante tiver dados disponíveis com outras características do público alvo, por exemplo, faixa etária, renda individual e familiar, estado civil, entre outros. Aqui ainda estamos tratando de coisas simples, sem muito esforço para se chegar ao objetivo almejado, mas, e se o anunciante quisesse algo ainda mais específico, por exemplo, atingir determinadas mulheres que estejam falando exatamente sobre esse assunto? Seria isso possível? Sim, é perfeitamente possível. E vai além dessa simples constatação. Na verdade, através de análise dos comentários, relacionamentos e outros, é possível que a rede social saiba com extrema chance de êxito o que cada um gosta de fazer, como gasta dinheiro, inclusive, se está propenso a comprar algo novo no momento, como no exemplo aqui descrito, uma inocente bolsa. Resumindo, há intensa pesquisa nos dados que trafegam nas redes sociais, tudo automatizado de modo que os resultados sejam obtidos rapidamente e possam ser convertidos em algo que resulte em lucro.

Destarte, há que se perguntar sobre tal assunto: será que não seria possível uma pesquisa nos mesmos moldes para a verificação de ilícitos? Não há que se falar em censura prévia, pois não se argumenta no sentido que os dados sejam automaticamente retirados da rede, mas sim que sejam fiscalizados. Não haveria muita dificuldade em usar os mesmos recursos para a inspeção de tudo o que é realizado pelos usuários, inclusive análise de fotos para coibir a prática de pedofilia.

É claro que isso representa custos para tais empresas, que não têm nenhum interesse em diminuir seus lucros. Ademais, estes mecanismos poderiam ser programados de modo a disparar alarmes específicos, notificando pessoas contratadas com a finalidade de examinar o conteúdo suspeito, sendo que em casos de flagrante desrespeito às leis, tiraria tal conteúdo da rede, impossibilitando o acesso por parte dos usuários e protegendo as possíveis pessoas que seriam afetadas pela ofensa. É razoável supor que seja obrigação de tais redes sociais a contratação de pessoas em número suficiente para desempenhar o papel de moderadores do conteúdo que é colocado à disposição do público a todo momento, frise-se novamente, não no papel de censores, mas sim com o objetivo de proteção de valores mínimos da ética e moral.

Como já efusivamente dito, o objetivo das redes sociais é a disponibilização de conteúdo pessoal de seus integrantes, seja o perfil pessoal, seja através de um “diário” eletrônico sobre o que está acontecendo na vida destas pessoas, seja através de fotos, vídeos, ou mesmo em relacionamentos não somente interpessoais, mas também através de comunidades com assuntos de interesses em comum, o fato é que há a necessidade real de que esses dados sejam colocados pelos próprios integrantes, caso contrário a rede social estará certamente fadada à morte, aliás, é exatamente o que já aconteceu com várias tentativas de algumas empresas que não deram certo.

Assim, se o objetivo é claramente a participação efetiva dos membros, através de postagens de textos, fotos, vídeos, entre outros, não há como afirmar que as mensagens postadas em tais sites não constituem risco inerente à atividade. Ora, a atividade exercida por tais empresas é justamente sobre tais mensagens e afins, toda a plataforma foi desenvolvida para que as pessoas tenham extrema facilidade de criarem espaços para que possam conversar sobre os mais variados assuntos, inclusive sua vida pessoal, e é óbvio que tudo isso não ficaria apenas no campo das bondades, afinal, infelizmente, faz parte da sociedade as pessoas de mau caráter, que não pensam duas vezes em cometer atos ilícitos, e não seria diferente no meio virtual. Ademais, há um agravante: por acontecer no meio virtual, propaga-se o sentimento de que quem está cometendo os ilícitos está protegido pelo anonimato, pois estando atrás de um teclado, longe de quem foi ofendido e sofreu o evento danoso, não pagará por seus atos, pois a ausência de contato pessoal aumenta essa sensação.

Só haveria a possibilidade de afastar a teoria do risco, a responsabilidade objetiva, o risco inerente à atividade, se os atos ilícitos cometidos dentro das redes sociais fossem esporádicos, não previsíveis, inevitáveis, ou seja, a empresa não teria nenhum tipo de controle e nem mesmo imaginaria que isso seria sequer possível de ser feito, uma vez que o serviço não apresentaria as características necessárias para o cometimento dos atos ilícitos, constituindo total desvirtuamento

do mesmo, com o resultado final sendo totalmente distinto do propósito inicial, pensado e executado na plataforma de serviços.

Não é o que ocorre. A plataforma e os serviços oferecidos foram imaginados com o propósito explícito de compartilhamento de informações, de facilitar o relacionamento entre as pessoas e permitir que façam comentários sobre o assunto que desejarem, da forma como quiserem. Assim, não há que se falar que o uso das redes sociais para a prática de atos ilícitos seja um desvirtuamento do serviço proposto, uma vez que ninguém está distorcendo o serviço ou o corrompendo para poder realizar o ato danoso, mas tão somente utilizando os recursos disponíveis para realizar a ofensa.

A responsabilidade objetiva das redes sociais encontra-se configurada, principalmente em virtude da disposição existente no Código Civil, já comentado, no artigo 927: “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A atividade exercida por tais empresas perfaz literalmente o disposto na norma, pois a natureza das redes sociais é a inserção de dados, pessoais ou não, textos, fotos, vídeos, entre outros, o que significa que pessoas más intencionadas podem utilizar tal facilidade para o cometimento de atos ilícitos, o que é proibido por lei, e assim deve a empresa responsável responder pela prática, como previsto em nosso ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, para afastar a responsabilidade objetiva, temos o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que no parágrafo 3º, incisos I e II, determina que o afastamento é possível “tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. In casu, não há que se falar em inexistência de defeito, pois não é a respeito deste assunto o debate, ademais, em última análise, o defeito existe, pois a prática de atos ilícitos não encontra nenhum óbice dentro das redes sociais, além disso, não há que se falar em culpa exclusiva do consumidor, já que a pessoa que sofreu o ato danoso não pode ser responsabilizada por algo que é contra o seu desejo e, por fim, não se pode falar em culpa exclusiva de terceiro, pois como já tratado, para que haja essa configuração é necessário que os atos ilícitos praticados sejam totalmente imprevisíveis e inevitáveis, o que não é verdade, pois existem vários mecanismos que poderiam ser utilizados para coibir tal prática.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que é objetiva a responsabilidade do provedor quando se trata de provedor de conteúdo, como as redes sociais, “uma vez que aloja informação transmitida pelo site ou página, assume o risco de eventual ataque a direito personalíssimo de terceiro”¹⁶. Tais redes sociais incentivam incessantemente que seus usuários compartilhem informações, pessoais ou não, e que disponibilizem todo tipo de dado imaginável, então, é de esperar que problemas possam ocorrer, com infratores abusando dessa possibilidade

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentário ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações. Vol. 11(arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

e realizando atos danosos contra quaisquer pessoas, mesmo que não façam parte da rede em questão, o que torna o ato ainda mais grave, pois sequer terá a possibilidade de se defender, uma vez que não terá como saber sobre o ocorrido até que alguém o avise, levando-se em conta que alguma pessoa que tomou conhecimento venha a alertar a vítima.

CONHECIMENTO DO ATO ILÍCITO

As redes sociais não estão preparadas para responderem com a agilidade necessária quando descobrem ou são alertadas sobre atos ilícitos que estão sendo cometidos dentro de sua plataforma. O fato é que tudo acontece de forma muito lenta, isso quando são tomadas as devidas providências.

O fato mais preocupante, na verdade, é a falta de mecanismos apropriados e que estejam disponíveis e ao alcance dos usuários de forma clara, em destaque, facilitando às pessoas que estão sendo prejudicadas por um fato danoso possam dar o tratamento adequado rápida e facilmente. Apenas a título de exemplo, na rede Orkut, nos comentários deixados em fóruns não há nenhuma ferramenta que possibilite ao usuário denunciar qualquer tipo de atividade ilícita, a não ser “denunciar spam”¹⁷, que na verdade interessa muito mais à empresa do que aos usuários propriamente, pois os anúncios são a verdadeira fonte de renda destes sites, assim, eles não querem nenhum tipo de “concorrência”. As pessoas que forem persistentes e procurarem por respostas na “ajuda” disponível no site, encontrará a única forma que a empresa disponibiliza para entrar em “contato”. O “contato” está entre aspas porque na verdade não existe um canal apropriado para conversar com alguém. Quem tiver algum problema deve colocar uma mensagem no grupo de ajuda, assim, ficará a cargo de outros usuários e os “Guias do Google” providenciarem a solução do problema. É óbvio que outros usuários não terão condições de solucionar problemas e tomarem as devidas providências nos casos de atos danosos e ilícitos cometidos por outros usuários. Como também não há uma explicação do que seria ou quem seriam os “Guias do Google”, as chances de o problema ser solucionado rapidamente são praticamente nulas. A própria rede informa, no endereço <http://www.google.com/support/orkut/bin/request.py>, que só oferece suporte por e-mail, e somente por este canal, nos casos de utilização indevida do nome de usuário e senha de cadastros existentes. Fica evidente que a empresa não tem a mínima intenção de auxiliar qualquer pessoa se algum ilícito estiver sendo cometido dentro de sua plataforma. Agora, imagine a situação de alguém que sofrer difamação, calúnia ou injúria, entre outros crimes, sem nunca ter usado a rede social e tampouco possuir sequer um cadastro. A pobre alma não

¹⁷ O termo Spam, abreviação em inglês de “spiced ham” (presunto condimentado), é uma mensagem eletrônica não-solicitada enviada em massa. Na sua forma mais popular, um spam consiste numa mensagem de correio eletrônico com fins publicitários. Fonte: Wikipedia. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Spam>>, acessado em 19/09/2011.

terá uma única chance sequer de ver seus direitos sendo protegidos e tampouco terá êxito ao tentar contatar a empresa.

A narração acima se repete em outras redes sociais igualmente. Não há a disponibilização de um canal direto para contato, tampouco informações claras e precisas de fácil localização para que as pessoas que estejam sendo vítimas de atos ilícitos possam procurar uma solução rápida e definitiva para o problema. O ideal seria que tais empresas fossem obrigadas a manter um canal de contato direto por voz, via telefone 0800. Como isso parece não ser, a primeira vista, razoável, uma vez que os serviços não são executados em nenhum momento através de telefones, é imperioso que ao menos fosse ofertado a qualquer pessoa, não só usuários, um e-mail para contato imediato com tais empresas.

Assim, apesar de se argumentar que seria necessário o conhecimento prévio e a negativa por parte das empresas em tomarem providências para se ter direito a indenização, a realidade se mostra ser diferente, uma vez que é praticamente impossível para o usuário que já é conhecedor da plataforma conseguir efetivamente entrar em contato, sendo que a chance disso ocorrer com pessoas que sequer são usuários fica então dentro do inimaginável.

Ademais, não há uma forma confiável que alguém possa efetivamente provar que a empresa tomou conhecimento de uma denúncia, como um número de protocolo ou uma simples resposta informando, por exemplo, que está sendo feita uma análise e que providências serão tomadas com a confirmação dos fatos. A verdade é que o usuário fica à mercê da boa vontade de tais empresas, tendo que se socorrer dos meios oficiais e onerosos para resguardar efetivamente seus direitos, como o uso de notificações via cartório, o que também acarreta uma demora injustificada, pois é de conhecimento público que as informações presentes na internet se propagam em velocidade surpreendente, sendo espalhadas por diversos sites em questão de segundos e de forma exponencial, o que no final das contas gerará um dano ainda maior para a vítima.

ENDEREÇO IP NÃO É PROVA SUFICIENTE

A gravação de endereço IP¹⁸ dos usuários que acessam as redes sociais não é suficiente para a correta identificação de tais pessoas. Com a evolução da tecnologia de roteamento¹⁹ do protocolo TCP/IP, necessária para suprir a

18 O endereço IP, na versão 4 do IP (IPv4), é um número de 32 bits oficialmente escrito com quatro octetos representados no formato decimal como, por exemplo, "192.168.1.3". A primeira parte do endereço identifica uma rede específica na inter-rede, a segunda parte identifica um host dentro dessa rede. Devemos notar que um endereço IP não identifica uma máquina individual, mas uma conexão à inter-rede. Assim, um gateway conectando à n redes tem n endereços IP diferentes, um para cada conexão. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Endere%C3%A7o_IP, acesso em 19/09/2011.

19 Roteador (estrangeirismo do inglês router, ou encaminhador) é um equipamento usado para fazer a comutação de protocolos, a comunicação entre diferentes redes de computadores provendo a comunicação entre computadores distantes entre si. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Roteador>, acessado em 19/09/2011.

demanda crescente por endereços que não poderiam ser atendidos, uma vez que o número suportado de endereços únicos é finito e relativamente escasso, uma vez que ao tempo do invento deste não se imaginava a explosão de dispositivos que vivenciamos atualmente, era inevitável que tal característica, qual seja, a de existir um número único para cada dispositivo conectado à internet, deixasse de existir, pois era insustentável.

Como resultado dessa falta de endereços únicos, foram criadas tecnologias para suprir tal deficiência, assim, surgiram os programas chamados de proxy²⁰ e também o NAT²¹. A característica principal de ambas as tecnologias é fazer com que todas as conexões existentes entre dispositivos que passem por elas recebam um único endereço IP ao se conectarem na internet. Não importa se existam, por exemplo, 20.000 computadores atrás de um proxy ou NAT. Todos receberão o mesmo endereço IP para fins de identificação no destino final. Este fato por si só já é um grande empecilho para aqueles que precisam identificar um usuário através do IP utilizado na conexão. Essas tecnologias são usadas amplamente por provedores de acesso que utilizam o rádio como transmissão principal e também em lan houses, para ficar apenas nesses dois exemplos. O fato é que a identificação do responsável pode ser praticamente impossível com apenas o endereço IP caso se esbarre na utilização de algumas dessas tecnologias. Imagine que haja uma ordem judicial para que uma determinada rede social forneça o endereço IP de um usuário. De posse dessa informação, o interessado deve realizar uma pesquisa para saber a quem tal endereço pertence. Digamos que pertença a uma empresa de telefonia. É feito novo requerimento para que tal empresa forneça os dados sobre aquele endereço. Como resposta, nos é informado que o endereço em questão é utilizado por outra empresa, que também oferece acesso à internet. Novamente, é necessário que seja feito requerimento de informações para essa nova empresa. Na resposta fornecida, há a informação que não é possível identificar o usuário responsável, uma vez que o endereço IP identificado pertence a um servidor proxy

20 O Proxy é um servidor que atende a requisições repassando os dados do cliente à frente: um usuário (cliente) conecta-se a um servidor proxy, requisitando algum serviço, como um arquivo, conexão, página web, ou outro recurso disponível noutro servidor. Um servidor proxy pode, opcionalmente, alterar a requisição do cliente ou a resposta do servidor e, algumas vezes, pode disponibilizar este recurso mesmo sem se conectar ao servidor especificado. Pode também atuar como um servidor que armazena dados em forma de caixa (cache) em redes de computadores. São instalados em máquinas com ligações tipicamente superiores às dos clientes e com poder de armazenamento elevado. Esses servidores têm uma série de usos, como filtrar conteúdo, providenciar anonimato, entre outros. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Proxy>, acessado em 19/09/2011.

21 Em redes de computadores, NAT, Network Address Translation, também conhecido como masquerading é uma técnica que consiste em reescrever os endereços IP de origem de um pacote que passam por um roteador ou firewall de maneira que um computador de uma rede interna tenha acesso ao exterior (rede pública). Um computador atrás de um roteador gateway NAT tem um endereço IP dentro de uma gama especial, própria para redes internas. Como tal, ao ascender ao exterior, o gateway seria capaz de encaminhar os seus pacotes para o destino, embora a resposta nunca chegasse, uma vez que os roteadores entre a comunicação não saberiam reencaminhar a resposta (imagine-se que um desses roteadores estava incluído em outra rede privada que, por ventura, usava o mesmo espaço de endereçamento). Duas situações poderiam ocorrer: ou o pacote seria indefinidamente reencaminhado, ou seria encaminhado para uma rede errada e descartado. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/NAT>, acessado em 19/09/2011.

ou NAT, o que impossibilita o correto apontamento do responsável. Neste caso, fica a pergunta: de que adiantou saber o endereço IP?

Ademais, é fácil encontrar serviços de proxy “abertos” na internet para a navegação anônima, que são usados inclusive para burlar sistemas que contam com filtros impossibilitando o acesso de determinados sites, que podem ser considerados perigosos, ou em casos nos quais empresas não querem que seus funcionários desperdicem tempo com atividades não relacionadas ao serviço. Estes proxys abertos permitem que seus utilizadores usem a internet de maneira que não seja possível (ao menos fácil e rapidamente) identificá-los, uma vez que o endereço IP que será registrado nas conexões é o do proxy e não do usuário. O problema de tais sistemas é que, por “aberto”, entenda-se que não é necessário nenhum tipo de identificação ou cadastro para a sua utilização, permitindo assim que os usuários fiquem totalmente anônimos quando do uso da internet.

E não se resume apenas a isso. Outros fatores estão envolvidos em todo esse processo que pode culminar com a não identificação do responsável ou até mesmo que seja apontado alguém que não esteja ligado diretamente ao caso. A imensa maioria dos endereços utilizados pelas empresas que fornecem acesso à internet e não utilizam as tecnologias citadas de proxy e NAT, fazem uma espécie de rotatividade de tais endereços entre os usuários. Tal serviço é conhecido como IP Dinâmico, que na prática nada mais é do que a troca costumeira do endereço IP utilizado pelo usuário, muitas vezes ocorrendo várias vezes por dia. Por exemplo, em várias empresas basta que o modem²² utilizado na conexão seja desligado por alguns minutos para que receba outro endereço quando for ligado novamente. Bem, mas qual seria o problema dessa troca constante de endereço, alguém pode se perguntar, afinal, quando for feito o registro no site acessado, estará ocorrendo de forma correta a identificação, não é mesmo? A resposta é: talvez. E mais certamente para “não”. Muitas variáveis estarão envolvidas em todo esse processo, mas a principal, é a questão das datas. Cada equipamento e servidor envolvidos em todo esse processo tem um mecanismo próprio de armazenamento de data e hora, é certo que todos possuem recursos para que estejam sempre sincronizados, mas não existe nenhuma exigência legal para tanto. Assim, é perfeitamente possível que as datas e horas de tais equipamentos e servidores não estejam sincronizadas, o que certamente pode levar à identificação incorreta do responsável ou mesmo impossibilitá-la.

Leonardo Scudere²³ comunga da mesma opinião:

22 A palavra Modem vem da junção das palavras modulador e demodulador. Ele é um dispositivo eletrônico que modula um sinal digital em uma onda analógica, pronta a ser transmitida pela linha telefônica, e que demodula o sinal analógico e o reconverte para o formato digital original. Utilizado para conexão à Internet, BBS, ou a outro computador. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Modem>, acessado em 19/09/2011.

23 SCUDERE, Leonardo. Artigo “Análise Forense – Tecnologia”. In: Manual de Direito Eletrônico e internet, coordenado por Renato Opice Blum, Marcos Gomes da Silva Bruno, Juliana Canha Abrusio (coordenadores). – São Paulo: Lex Editora, 2006, p.238.

“[...] chegaremos a um ou alguns IPs (hops) da origem do(s) evento(s), que serão apontados como tal pelo cruzamento de todas as informações [...] Não se espere, porém, que o profissional de tecnologia investigativa (gestão de incidentes) irá apontar categoricamente nomes de autores ou locais físicos específicos. Explico, o IP ou IPs identificados como ‘evidências legítimas e sólidas’ de participação do(s) ataque(s) podem pertencer – de fato – a terceiros, podendo nos levar a endereços físicos falsos, ou ainda nos induzir a erro, indicando uma origem por demais óbvia à vítima através de eventos anteriores ou julgamentos precipitados”.

Os problemas não param por aí. Existem outras técnicas conhecidas para burlar a identificação correta de um usuário através do endereço IP. Uma delas consiste no chamado IP spoofing²⁴, que é a falsificação dos cabeçalhos envolvidos no tráfego de dados, possibilitando que o agente criminoso efetivamente se passe por outra pessoa ou até mesmo faça com que se pense que é uma máquina ou um dispositivo qualquer. Outra técnica conhecida é o TCP hijacking, que consiste no desvio do tráfego de dados através do apoderamento da sessão de conexão, momento pelo qual o agente pode fazer o que bem entender durante todo o período de sua duração. O principal objetivo desta técnica é o roubo de informações do cookie²⁵, o que na prática faz com que este se passe pelo usuário legítimo, obtendo acesso a muitas informações privilegiadas e podendo inclusive modificar dados.

Como complicador, a ampla maioria dos servidores proxy existentes encontram-se em países estrangeiros, e os que estão configurados para propósitos ilícitos normalmente ficam em países cuja legislação de forma geral é fraca ou inexistente ou que não têm interesse em punir os responsáveis por crimes cometidos pela internet. Mesmo que tais características não fossem levadas em consideração, ainda existe o obstáculo do Direito Internacional, o custo absurdo para qualquer tipo de ação nestes casos, inclusive com perícias, sem contar que dependendo

24 No contexto de redes de computadores, IP spoofing é uma técnica de subversão de sistemas informáticos que consiste em mascarar (spoof) pacotes IP utilizando endereços de remetentes falsificados. Devido às características do protocolo IP, o reencaminhamento de pacotes é feito com base numa premissa muito simples: o pacote deverá ir para o destinatário (endereço-destino) e não há verificação do remetente — não há validação do endereço IP nem relação deste com o roteador anterior (que encaminhou o pacote). Assim, torna-se trivial falsificar o endereço de origem através de uma manipulação simples do cabeçalho IP. Assim, vários computadores podem enviar pacotes fazendo-se passar por um determinado endereço de origem, o que representa uma séria ameaça para os sistemas baseados em autenticação pelo endereço IP. Esta técnica, utilizada com outras de mais alto nível, aproveita-se, sobretudo, da noção de confiabilidade que existe dentro das organizações: supostamente não se deveria temer uma máquina de dentro da empresa, se ela é da empresa. Por outro lado, um utilizador torna-se também confiável quando se sabe de antemão que estabeleceu uma ligação com determinado serviço. Esse utilizador torna-se interessante, do ponto de vista do atacante, se ele possuir (e estiver usando) direitos privilegiados no momento do ataque. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Spoofing>, acessado em 19/09/2011.

25 Cookie, testemunho de conexão, ou testemunho, é um grupo de dados trocados entre o navegador e o servidor de páginas, colocado num arquivo de texto criado no computador do usuário. A sua função principal é a de manter a persistência de sessões HTTP. A utilização e implementação de cookies foi um adendo ao HTTP foi muito debatida quando surgiu o conceito, devido às consequências de guardar informações confidenciais num computador - já que por vezes pode não ser devidamente seguro, como seu uso em terminais públicos. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Cookie>, acessado em 19/09/2011.

do país afetado deve-se levar em consideração possíveis tratados existentes e a diplomacia. Na melhor das hipóteses, considerando que tudo ocorra dentro do esperado e que não seja encontrado nenhum óbice, ainda assim teremos o fator tempo que estará atuando contra o objetivo de identificar o responsável, uma vez que tais informações não ficam armazenadas por muito tempo, inclusive porque cada país tem a sua própria legislação sobre o assunto e outros nem mesmo têm, como é o caso do Brasil.

Com a popularização da internet também com as classes mais pobres da população, principalmente com as classes C e D, não é difícil encontrar locais nos quais seja possível acessar a grande rede de forma gratuita, disponibilizada principalmente pelo poder público, sem a necessidade de se fazer qualquer tipo de cadastro prévio. Mesmo que não seja levado em consideração o poder aquisitivo de tais pessoas, existem outros locais, como aeroportos, que também disponibilizam acesso a internet sem a necessidade de pagamento ou cadastro. Com a utilização de tais sistemas a possibilidade de identificação do responsável é nula. Aliado à volatilidade do sistema e a falta de critérios para o uso da rede, pessoas más intencionadas encontram um campo fértil para explorar os serviços disponíveis na internet, realizando atos ilícitos sem a menor possibilidade de serem identificadas e condenadas, mesmo que apenas civilmente, por isso.

Outro problema que enfrentamos atualmente e a tendência é aumentar exponencialmente, são as redes sem fio sem autenticação. Nos dias atuais praticamente todo dispositivo eletrônico possui a possibilidade de se conectar a internet através de redes sem fio, e para aproveitar essa facilidade é comum que os usuários instalem em suas residências (ou em outros locais) equipamentos que fazem o compartilhamento da conexão – usando inclusive o NAT para o gerenciamento. Ocorre que tais equipamentos não vêm configurados de fábrica para realizar autenticação dos usuários ou coibir a utilização por pessoas não autorizadas, assim, qualquer pessoa que tente utilizar a conexão compartilhada terá sucesso, o que na prática significa que o endereço IP a ser identificado será do usuário que efetivamente contratou os serviços e não de quem está utilizando. A situação fica mais grave, pois o alcance de tais equipamentos não é pequeno, existindo a possibilidade de com pequenas alterações e sem a utilização de antenas potentes se chegar facilmente a centenas de metros, o que seguramente possibilita que, no caso de um conjunto residencial, várias residências adjacentes estejam aptas a usufruírem do sinal transmitido por tais dispositivos, sendo desta forma um facilitador para a utilização por pessoas más intencionadas. Tal tarefa é ainda facilitada pela existência de programas específicos que varrem o espectro de transmissão sem fio em busca de redes identificáveis de acesso a internet, mostrando inclusive se possuem algum tipo de autenticação ou se permitem o acesso indiscriminado. Um pequeno exemplo, é o software NetStumbler, gratuito,

que é facilmente encontrado e pode ser usado por qualquer pessoa pois não exige nenhum conhecimento técnico profundo. Outro exemplo, que pode ser usado nos celulares mais modernos que utilizam sistema Android (Google) e iOS (iPhone da Apple), é o Wifi Analyzer, que permite que os telefones sejam usados como equipamentos de varredura, pesquisando o espectro, exibindo todas as redes sem fio disponíveis juntamente com os dados necessários para seu acesso, como se estão protegidas por algum meio de autenticação ou não. Encontrando a rede aberta, ou seja, sem necessidade de autenticação ou qualquer tipo de identificação, o acesso à internet pode ser feito imediatamente com o próprio equipamento que foi utilizado para fazer a varredura.

Ademais, o endereço IP é atribuído a um dispositivo eletrônico, como um computador, um aparelho de telefone celular ou os agora badalados tablets. Não há hipótese, ao menos por enquanto, a não ser em ficção científica, que uma pessoa possa ter um endereço IP atribuído a si. Dessa forma, não é possível concluir com absoluta precisão que uma pessoa esteja por trás de um determinado acesso. Mesmo que seja possível identificar o computador do qual o acesso se originou, ainda assim serão necessárias outras provas para identificar o real responsável. Com a finalidade de apenas apimentar a discussão, podemos imaginar uma casa na qual vivam crianças e adolescentes, que têm um computador, cujos pais não têm nenhuma familiaridade com a tecnologia, apesar de a assinatura do serviço constar em seus nomes. As crianças, segundo as normas brasileiras, inimputáveis, cometem o ato ilícito, sem o conhecimento dos pais. Nesse caso, quem responderia pelo fato danoso? É óbvio que não existe a menor possibilidade da imputação criminal, mas ainda assim persiste a responsabilidade civil. Da mesma forma, as empresas provedoras de conteúdo, especialmente as redes sociais, têm conhecimento de que é perfeitamente possível que menores de idade estejam cometendo atos ilícitos dentro de suas plataformas, alegando em sua defesa que basta a identificação do endereço IP para assegurar que o responsável será punido em tais casos, o que não é verdade, como já vimos.

No direito comparado, nos EUA, as decisões já são nesse sentido. O endereço IP sozinho não é prova suficiente para identificar uma pessoa. É o que se vê, por exemplo, na decisão proferida pelo juiz federal Richard Jones:

“In order for ‘personally identifiable information’ to be personally identifiable, it must identify a person. But an IP address identifies a computer,” U.S. District Court Judge Richard Jones said in a written decision. (Tradução livre: “Para que a identificação pessoal da ‘informação de identificação pessoal’ ocorra, deve ela identificar uma pessoa. Mas um endereço IP identifica um computador”, disse o juiz federal Richard Jones em decisão escrita.)²⁶

26 Case number C06-0900RAJ, Brian Johnson, et al, vs. Microsoft Corporation. Decisão disponível em <http://www.privacylives.com/wp-content/uploads/2009/07/johnson062309.pdf>, acessado em 19/09/2011.

A única informação que completaria a decisão supramencionada, é que o endereço IP não necessariamente identifica um computador, mas sim um dispositivo eletrônico, que pode ser, atualmente, literalmente qualquer coisa, pois já existem inclusive eletrodomésticos que acessam a internet, como geladeiras, fornos micro-ondas, entre outros.

A conclusão que se chega, é que o endereço IP não é uma forma confiável de se identificar uma pessoa, principalmente se for com o propósito de responsabilizar alguém por um ato ilícito, em virtude da fragilidade que o sistema representa como um todo, intrinsecamente, e também por conta das tecnologias disponíveis que permitem a ocultação do responsável, lembrando ainda, das vulnerabilidades encontradas em diversas redes que permitem o uso indiscriminado por pessoas que não estariam autorizadas.

ANONIMATO E INTERNET

A nossa carta magna proíbe explicitamente o anonimato, em qualquer situação, conforme o artigo 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Em outras palavras, qualquer pessoa pode manifestar o pensamento que desejar, ou seja, pode escrever à vontade na internet, desde que não seja anonimamente, devendo ser identificada apropriadamente. Mas será que os provedores de conteúdo, as redes sociais, fazem isso? Ou será que é possível realizar um cadastro de forma a ocultar a real identidade do usuário?

Há argumentos no sentido que tais sites fazem o cadastro do usuário e, portanto, seguem as normas nacionais. Trata-se de uma falácia, uma vez que não existe em tais sites nenhum tipo de verificação mínima da autenticidade dos dados cadastrados. Isso significa dizer que qualquer pessoa pode criar um cadastro da maneira que lhe convier, com dados falsos ou mesmo em nome de alguém. Sem esquecer ainda que algumas dessas empresas na verdade querem apenas um e-mail válido do usuário, uma vez que assim têm acesso ao que realmente interessa a elas, uma forma de fazer propaganda, que é como ganham dinheiro.

Tomemos como exemplo o Orkut e o Facebook, redes sociais com enorme penetração e muito utilizadas aqui no Brasil. A título de exemplo foi feito um cadastro no Orkut com o nome “Constituicao Federal” e o e-mail federalconstituicao@gmail.com (infelizmente alguém já havia criado o e-mail constituicaoafederal@gmail.com, sendo necessário inverter os nomes). Não foi solicitada nenhuma informação que significasse um mínimo de preocupação em saber quem realmente era a pessoa, quem estava criando esse cadastro. No Facebook houve uma pequena diferença: ao tentar criar o cadastro de forma idêntica ao Orkut foi exibida uma mensagem dizendo que o processamento automático não permitiria a utilização desse nome. Sem problemas. Mudou-se o nome para “ConstituicaoFederal” e o

sobrenome para “DoBrasil”. Tudo certo, cadastro efetuado com sucesso! A única diferença realmente significativa entre uma e outra empresa é que o Facebook exige um e-mail válido para a efetivação do cadastro, pois ele manda uma mensagem contendo um link que deve ser acionado para realizar uma validação final. No entanto, não importa qual o e-mail que se está utilizando, pode ser literalmente qualquer coisa, desde que funcione. Enfim, não há absolutamente nenhum tipo de cuidado por parte das empresas provedoras de conteúdo para a Internet com o cadastro que fazem dos usuários.

A questão central é: como identificar corretamente um usuário já que isso não é possível através do cadastro? Alegam essas empresas que mantendo o registro dos endereços IPs usados pelos usuários já é suficiente para a correta identificação dos mesmos, conforme já debatido. No entanto, consoante à argumentação apresentada, isso na prática não garante a correta identificação da pessoa, sendo, no máximo, um indício que possivelmente pode levar à identificação do responsável, caso necessário. De fato, não há como garantir nem mesmo com a junção dos dados do cadastro e endereço IP armazenado por tais empresas que a identificação do responsável será efetuada com sucesso.

Parece haver por parte dos Tribunais Superiores nacionais uma tendência a querer se equiparar ao que ocorre em outros países em decisões sobre o mesmo tema. Ocorre que os direitos são inconciliáveis. Buscando o direito comparado, nos EUA, por exemplo, a Primeira Emenda à Constituição Americana permite o anonimato, sendo que já foi decidido pela Suprema Corte que também se aplica à internet. Já no Brasil, é justamente o contrário, ou seja, nossos tribunais não podem se pautar pelo direito comparado ao analisar tal tema, pois as leis existentes são totalmente contrárias. E apenas para lembrar, nos EUA a polícia, promotoria e demais envolvidos em casos de ilícitos têm muito mais poderes que seus pares brasileiros, o que resulta em uma investigação muito mais rápida com índices de sucesso altíssimos, mesmo quando necessário a identificação de criminosos, o que não ocorre no Brasil, devido às inúmeras dificuldades impostas aos operadores do direito e a quem tem de investigar tais casos.

OS PROVEDORES DE CONTEÚDO E AS REDES SOCIAIS SABEM O QUE ESTÁ PUBLICADO

O modelo utilizado para dar sustentabilidade a essas plataformas são os anúncios publicados, seja através de pequenos textos, imagens, ou animações. O interessante é que tais anúncios geralmente têm alguma ligação com o que está publicado, por exemplo, se tiver algo publicado sobre uma viagem recente, provavelmente o anúncio que será exibido será de alguma empresa que vende pacotes turísticos. A única conclusão plausível é que o sistema faz uma varredura

do que está escrito e através de algoritmos apropriados seleciona o anúncio que tem maior probabilidade de atingir um determinado nicho de mercado. Ou seja, o sistema conhece as informações que estão disponíveis.

Se o sistema pode ser programado para varrer as informações, por que não pode também prevenir atos ilícitos? A prevenção não tem que ser uma espécie de censura, retirando o que está publicado do conteúdo disponibilizado, embora em determinados casos, excepcionais e perigosos, como pedofilia, tráfico de armas, drogas e medicamentos, isso fosse desejável. No entanto, bastaria que houvessem pessoas encarregadas de receberem avisos sobre um conteúdo suspeito, passando a verificar as inconsistências e aí sim, apagando o que fosse contrário à lei.

A junção de mecanismos automáticos e funcionários específicos e treinados para moderarem o conteúdo publicado não é algo impossível de ser realizado. Na verdade, as empresas não querem assumir esse compromisso justamente porque isso afetaria a lucratividade. Prova disso é que essas empresas para funcionarem na China devem obedecer às diretrizes impostas pelo governo chinês, não permitindo a publicação de determinados temas, que são filtrados antecipadamente, numa demonstração clara e aberta de censura. Reportagem publicada pelo portal Terra, em 21 de julho de 2010, mostra exatamente o que ocorreu:

As autoridades chinesas assinalaram que a renovação da licença do gigante americano de internet, Google, para operar em seu país foi emitida depois que a empresa prometeu “obedecer à lei” que censura conteúdos, informou nesta quarta-feira a Rádio Internacional da China (CVI).

Zhang Feng, diretor do Ministério de Indústria e Tecnologias da Informação, assinalou que o Google prometeu obedecer à lei e não fornecer conteúdos catalogados como subversivos. O funcionário confirmava assim o anúncio feito pela companhia em seu site, no último dia 9, quando dizia que tinha conseguido renovar sua licença depois que Pequim ameaçou não fazê-lo caso não se submetesse à censura, após seis meses de tensões.²⁷

A responsabilidade objetiva fica ainda mais configurada, vez que tais empresas possuem controle sobre o que é publicado, têm conhecimento do conteúdo e de forma deliberada se omitem em fornecer mecanismos suficientes para uma moderação adequada ou mesmo canais apropriados de contato e, pior, não fazem o mínimo esforço para que seja possível a correta identificação de usuários que cometem atos ilícitos, que certamente seria muito mais fácil e rápido se o sistema possuísse ferramentas apropriadas para tanto.

27 Google aceitou censura para renovar licença na China. < [http://tecnologia.terra.com.br/noticias/ 0,,O14577151-EI12884,00-Google+aceitou+censura+para+renovar+licenca+na+China.html](http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,O14577151-EI12884,00-Google+aceitou+censura+para+renovar+licenca+na+China.html)>. Acessado em 19/09/2011.

CONCLUSÃO

Apesar de a internet já existir há muito tempo, o direito e conseqüentemente os tribunais, parecem não conseguir acompanhar a evolução percebida com um mínimo necessário de atenção. Ao tentar equiparar o direito nacional com o alienígena, distorce-se as leis pátrias e conseqüentemente prejudica aqueles que sofreram com atos ilícitos, pois não conseguem ser ao menos ressarcidos monetariamente, uma forma de se tentar minimizar o sofrimento dessas pessoas.

As tecnologias existentes não permitem que um usuário seja identificado corretamente, caso necessário, nem mesmo com a utilização de endereços IP, que são armazenados pelas empresas. É fácil e comum que o mesmo endereço seja utilizado por inúmeras pessoas e a existência de servidores com o objetivo de ocultar o endereço real do usuário são fatos determinantes para a comprovação de que tal característica não pode ser usada como prova, mas sim, apenas e tão somente como um indício de autoria.

A falta de padronização e sincronização de datas e horários de acesso também permitem a identificação errada do responsável, o que pode levar a injustiças e punição para pessoas que não estavam envolvidas com o cometimento dos atos ilícitos, gerando ainda mais controversa sobre um sistema judicial carente de bons resultados.

A responsabilidade dos provedores de conteúdo, em especial as redes sociais, como Orkut, Facebook, Twitter e outros, é objetiva. Isso porque tais empresas não se preocupam em atender os mínimos requisitos necessários exigidos pelas leis nacionais, não identificando apropriadamente os usuários. O argumento utilizado de que o armazenamento do endereço IP é suficiente para a correta identificação destes, não prospera, sendo, inclusive, que nem mesmo nos tribunais americanos tal argumento é aceito.

A função precípua de tais redes é a comunicação dos usuários através de textos, imagens, áudios e vídeos, o que por si só já configura plenamente a teoria do risco e demonstra a relação direta entre a atividade principal e a vulnerabilidade que tais plataformas possuem ao permitir que usuários possam cometer atos ilícitos. Ademais, a inexistência de canais apropriados como meio de contato para que as pessoas que tenham sido vítimas de atos ilícitos demonstra que não há interesse, mínimo sequer, da prevenção de fatos danosos e tampouco de rápida resposta retirando o conteúdo inapropriado de seus sistemas quando feita uma denúncia.

É falha grave a não existência de ferramentas apropriadas para controle do conteúdo disponibilizado. Não se fala aqui de censura prévia ou de qualquer outro tipo, mas sim de utilitários que permitam um maior controle sobre o que é publicado, evitando, por exemplo, a pedofilia, entre outros crimes, o que pode ser feito com certa facilidade por tais empresas, uma vez que já possuem mecanismos

que varrem o conteúdo como forma de direcionamento para os anunciantes, maximizando as oportunidades de lucro. Também, deveriam existir pessoas encarregadas de vasculhar a plataforma incessantemente, verificando denúncias de usuários, agindo como moderadores, o que já ocorre na ampla maioria dos fóruns da internet.

Parece-nos, assim, que o STJ se equivocou ao afirmar que não existe responsabilidade objetiva do provedor de conteúdo, tal quais as redes sociais, perante aqueles que sofreram atos danosos, haja vista que não há hipóteses em nossas leis e doutrina para afastar a tal responsabilidade e o risco proporcionado diretamente pela atividade exercida, e tão pouco uma maneira minimamente eficaz para identificar apropriadamente o agente criminoso, com o agravante de não haver ainda mecanismos condizentes e fáceis de serem utilizados para que se possa entrar em contato, comprovando que o real interesse dessas empresas é tão somente o lucro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, James. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BALKIN, J. M. **Cybercrime: Digital Cops in a Networked Environment**. NYU Press, 2007.

BROWN, Christopher. Lt. **Computer Evidence: Collection & Preservation**. Charles River Media, 2005.

CAPRA, Fritjof. Vivendo Redes. In: DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. **O Tempo Das Redes**. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Volume XIII. Da Responsabilidade Civil. Das preferências e Privilégios Creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentário ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações**. Vol. 11(arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo, v. 4: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. **Direito e Responsabilidade**. 1 ed. São Paulo: Del Rey, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PFEIFFER, Roberto A. A.; PASQUALOTO, Adalberto (Coord.) **Código de defesa do consumidor: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCUDERE, Leonardo. Artigo “**Análise Forense – Tecnologia**”. In: Manual de Direito Eletrônico e internet, coordenado por Renato Opice Blum, Marcos Gomes da Silva Bruno, Juliana Canha Abrusio (coordenadores). – São Paulo : Lex Editora, 2006.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

A LEGITIMIDADE PARA SUBSTITUIÇÃO DE SUJEITOS CONSTITUCIONAIS POR INEFICIÊNCIA

Alexandre Gazetta Simões¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²
José Antonio Gomes Ignácio Júnior³

RESUMO

A troca de sujeito por déficit de legitimidade, nas palavras do professor Rothenburg, embora aceitável, deve limitar-se a certos contornos. A pretexto da manutenção das garantias constitucionais do cidadão de forma pró-ativa, não se pode retirar a prerrogativa dos legitimados pela Constituição Federal, senão por órgão constitucionalmente incumbido do judicial review. Para uma compreensão desse fenômeno típico do common law, é importante uma breve e sintética busca dos postulados do jusnaturalismo e do positivismo, para chegarmos ao atual pós-positivismo, e aí sim, clarear quais seriam as possibilidades de troca dos legitimados para a efetiva concretude dos direitos fundamentais. Ainda mostra-se relevante para a compreensão ampla do tema, pequena e singela digressão a respeito dos modelos estrangeiros, especialmente nos países anglo-saxões. Por fim, uma abordagem crítica do tema tenta levar a conclusão da necessidade da imposição de limites ao ativismo predatório, entendido aquele concretizado por órgãos do Judiciário diversos da Corte Constitucional, o que, data máxima vênia, fere de morte a separação dos poderes.

Palavras-chave: Evolução dos direitos; deficiência de legitimidade; troca de sujeitos.

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU), Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de graduação em Direito (EDUVALE AVARÉ).

2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Juruimir (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP e na graduação da Associação Educacional do Vale do Juruimir. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas Ethos Jus da Faculdade Eduvale de Avaré.

3 Graduado em Administração (FACCA) e Direito (FKB); Pós-Graduado com Especialização em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (UNOPAR/IDP); Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Professor de Direito em Graduação (EDUVALE) e Pós-graduação (PROJURIS/FIO); co-autor do livro “Ativismo Judicial – paradigmas atuais (Editora Letras Jurídicas); Advogado.

INTRODUÇÃO

Quando o Judiciário legisla positivamente, inobstante o mérito das razões, causa preocupação em que nível de hierarquia desse poder o fato pode ocorrer.

O presente texto tem como finalidade, buscar os limites de competência para a troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade de maneira pró-ativa. Muito se fala sobre o ativismo judicial. Grandes nomes se posicionam contra, v.g. Elival da Silva Ramos, outros da mesma envergadura a favor, Luiz Roberto Barroso, porém não se entrará efetivamente nessa divergência, mas sim nos limites de competência para sua concretude. Admitindo o ativismo como uma realidade (necessidade), é de se indagar quem teria tal encargo. Se o juiz monocrático de primeira instância, os Tribunais, o STJ como Corte Especial, ou somente o STF.

O Brasil passa por uma crise de identidade entre seus poderes, em especial quando o Judiciário invade terreno de atuação específica do Executivo e principalmente do Legislativo, o que aflora latente necessidade de uma revisão dos conceitos basilares dos limites de atuação de cada poder. Essa limitação de atuação inquieta o mundo jurídico, pois em um país cujo sistema é o civil law, o ativismo pode não ser bem visto. Essa inquietação jurídica deverá levar em breve a uma reforma constitucional, onde os territórios de atuação deverão ter seus marcos melhor definidos.

O constitucionalismo desde seu nascedouro contribuiu muito para a construção de uma sociedade mais justa, como se vê nos comentários de McILWAIN: *La época parece propicia para un examen del principio general del constitucionalismo – de nuestra propia version anglosajona del mismo em particular – y ademais un examen que preste alguna atención a los estadios sucesivos de su desarrollo. Pues quizás nunca durante su larga historia há sido este principio tan cuestionado como lo es hoy; ni los ataques dirigidos contra el tan firmes y amenazadores. El mundo se encuentra indeciso ante el procedimiento respetuoso con la ley y las opciones violentas que parecen luchar más rápidas y eficaces. Debemos elegir entre las dos alternativas y hacerlo muy pronto. Si esa elección há de resolverse inteligentemente pareceria razonable, ya nos decidamos por la ley o por la fuerza, repasar la historia de nuestro constitucionalismo - la historia del uso de la fuerza es muy fácil de establecer -, intentando evaluar sus pasados logros, teniendo em cuenta asimismo la naturaleza y efectos de las fuerzas desplegadas en su contra.*⁴

Inobstante a importância, o advento de nova forma de aplicar o direito constitucional, chamada de neoconstitucionalismo, que coteja a aplicação das regras frente ao ordenamento dos princípios, merece a fixação de alguns marcos.

ALEXYS separa muito bem essas duas espécies de normas, relatando que: Há

⁴ McILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antigo e moderno. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1991. p. 15.

diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença.⁵

No texto procuraremos analisar os posicionamentos sobre os limites de legitimidade para essa atuação, pois a falta de um clareamento desses contornos poderá acarretar um agravamento na relação entre os poderes, conforme sinalizado pela doutrina na voz de RAMOS: Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo da função de governo.

Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho Judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.⁶

A par de tais celeumas, a maneira como o Judiciário de uma maneira geral vem atuando, é preocupante, mormente quando se tenta medir o limite e tamanho dessa exacerbação, vez ou outra praticada por juizes de primeiro grau que legislam positivamente sem o menor respaldo constitucional (de legitimidade). Em contraponto temos em muitos casos a concretude de direitos fundamentais, deixados de lado pelo legislador ordinário, o que faz do ativismo em alguns casos uma evolução do constitucionalismo clássico.

Tais paradoxos levam cada dia mais os estudiosos do direito a uma profunda reflexão a respeito dessa nova ordem de interpretação normativa, pautada em princípios, chamada de pós-positivismo.

Uma vez estabelecido o objeto da investigação, a sua razão de ser e as suas finalidades, a metodologia terá o modelo dogmático de investigação, pautado no raciocínio dedutivo sem desprezo ao indutivo (paradigma), uma vez que o pluralismo metodológico é uma realidade na ciência do Direito.

⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE DIREITOS

O direito ao longo dos tempos passou por inúmeras formulações, recebendo entre tantos, contornos, os chamados naturalistas e os positivistas, mas sempre se questionou a eficácia do modelo adotado, o que não é diferente atualmente.

Os ordenamentos criados sob a vontade popular, em síntese, deveriam buscar uma felicidade de seus destinatários, ou nas palavras de BECCARIA: Consultemos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria.⁷

As expectativas historicamente não foram atingidas na sua plenitude. Sem prejuízo da forma, todo ordenamento deve buscar uma justeza de acordo com os anseios de seus jurisdicionados. Para KANT há necessidade de um princípio universal do direito, onde, qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.⁸

O jusnaturalismo foi pautado nessa idéia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa. Para BARROSO, o termo “jusnaturalismo” identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural.

Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo.

Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.⁹ BOBBIO a define como aquela segundo a qual uma lei para ser lei, deve estar de acordo com a justiça.¹⁰

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804. Ao final do século XIX, com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim. A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na concepção que a ciência é o único

7 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40.

8 KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77.

9 BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

10 BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55.

conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas.

Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico. Nos valemos mais uma vez da voz do professor BARROSO, que com muita propriedade descreve os contornos dessa fase do direito: O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.¹¹

O ápice do positivismo jurídico deu-se com as idéias de KELSEN, quando da edição de sua clássica obra Teoria Pura do Direito. Nela o autor expõe sua concepção do que seria a essência do direito, e não de um ordenamento em específico: A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso que dizer: ela expurgará a ciência de direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e a teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde.¹²

11 BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

12 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo, RT, 2011. p. 67/68.

A APLICAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

O positivismo clássico não atendeu aos anseios da sociedade do século XX, mormente pela não concretude de suas lacunas.

Ainda o mundo observou as barbáries do nazismo e do fascismo, onde seus agentes em defesa no tribunal de Nuremberg invariavelmente se escudavam na obediência a um ordenamento jurídico. Mas havia a necessidade de um estado de direito, porém mais eficaz que o originário. As matrizes do positivismo não poderiam ser descartadas, e não foram.

O estado de direito pode ser definido nas palavras de BOBBIO (apud SUNDFELD, 2011), como: um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão, recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princips legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). (...) Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder.¹³

Observe-se que BOBBIO, informa a necessidade da positivação dos princípios em uma Constituição, adjetivando inclusive essas normas de “invioláveis”. A esse novo Estado de direito, onde há uma junção de parcela do jusnaturalismo com o positivismo clássico, nasce o pós-positivismo, ou nas palavras de RAMOS: Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a

13 BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 19.

Dogmática Constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.¹⁴

O modelo Kelseniano, talvez tenha padecido de ineficiência ontológica, que não impediu o uso do direito como instrumento da tirania. Caso esse modelo, tivesse em seu bojo, princípios norteadores das regras, o ordenamento impediria sua instrumentalização no massacre de milhares de judeus por exemplo. O período pós segunda guerra, mostrou a necessidade de aproximação do direito com a moral, e tal, parece ocorrer com a constitucionalização dos princípios. Diante da nova ordem, o interprete, na figura do Judiciário, passou a decidir através de um cotejamento entre os princípios e as regras. Esse mecanismo, possibilitou o preenchimento de varias lacunas do ordenamento, provocadas por em regra, omissão dos demais poderes, surgindo o fenômeno do ativismo judicial. Essa prática, ainda muito discutida, não pode ser considerada de toda ruim, eis que na inércia recalcitrante dos legitimados para a concretude dos direitos fundamentais, tem se apresentado como efetivadora dessas garantias.

Nas palavras de COSTA, afirma-se que ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes.¹⁵

A partir dessa postura, a jurisprudência passa a ser fonte de direito. Em países que adotam o civil law, tradicionalmente a jurisprudência não é fonte de direito, cabendo esse papel exclusivamente às normas regularmente positivadas. Já aqueles Estados que adotam o common law, como a Inglaterra, as decisões judiciais produzem efetivamente direitos e obrigações. Esse ativismo judicial dos países anglo-saxões, é extenso e amplo, indo da supressão das omissões do Executivo e do Legislativo, até a interpretação teratológica em sentido evolutivo, atuando nas funções típicas desses poderes.

RAMOS leciona: não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrario, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciario uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos

14 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p.35.

15 COSTA, Andreia Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52/53.

jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.¹⁶

Esse o sintético e modesto quadro do ativismo.

A APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

O Brasil, embora tenha uma tradição civil law, aos poucos o modelo anglo-saxão se mostra presente, como no julgamento das uniões homoafetivas¹⁷ e da fidelidade partidária¹⁸, além da Corte ter invadido território claro do Poder Executivo ao demarcar terras no caso Raposa Serra do Sol¹⁹.

Isso revela de forma muito límpida, o poder normativo do Judiciário. O oráculo de nossa Constituição, dia a dia vem pautando suas decisões nos padrões do common law, embora não seja esse o padrão brasileiro.

Essa força do Judiciário advém da atual Constituição Federal, que após décadas de regime de exceção, onde o Executivo era o detentor da maior fração do poder de nossa federação, procurou o legislador constituinte de 1988, inserir no pacto, uma gama imensa de direitos e garantias, e ao mesmo tempo confiou ao Judiciário a função de zelar pela observância dessas prerrogativas.

A par dessa situação, ainda as funções judiciais foram alargadas, permitindo-se o controle da inconstitucionalidade por ação e por omissão, através de ação direta ou do mandado de injunção.

No dizer de SARMENTO, esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu em larga medida, o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo, vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.²⁰

16 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.110.

17 BRASIL – Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ACO 1167.

20 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 86/87.

Embora nosso Judiciário, venha adotando essa postura pró-ativista, observamos que o faz nos moldes dos princípios constitucionalmente.

A questão que ora se coloca em pauta, é se há necessidade dessa postura atípica e se somente ao STF cabe essa prerrogativa.

A DEFICIÊNCIA DE LEGITIMIDADE COMO CAUSA DA TROCA DOS SUJEITOS CONSTITUCIONAIS

Os sujeitos constitucionais detém legitimidade de atuação, que busca um equilíbrio de todo o sistema de Direito edificado, segundo pressupostos formais e materiais de validade inseridos na Constituição.

Aqueles guardam relação estrita com a legalidade, mas este ultimo com os sentimentos dos integrantes da vida social.

Conceito claro de legitimidade do Direito, podemos extrair das palavras de ROTHENBURG da seguinte forma: Enfim, legitimidade, em relação ao Direito, é uma qualidade positiva (virtude) – e, do ponto de vista ideológico de que parte este estudo, um atributo necessário -, que implica em que ele corresponda à expectativa que dele têm seus sujeitos, os que formam a sociedade e adotam o ordenamento jurídico.²¹

Nessa seara, o Direito somente é legítimo se atender as expectativas dos sujeitos destinatários do mesmo.

Ocorre que entre a positivação do Direito (posto) e sua elaboração (pressuposto), ocorrem distorções, ou segundo as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal EROS GRAU: O Estado põe o direito – direito que dele emana -, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia como direito pressuposto, quando o Estado põe a lei torna-se direito posto (direito positivo). ... Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base. Isso significa – afirmo-o em outros termos – que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.²²

O ilustre jurista ressalta que a atividade humana modifica as relações

21 ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. São Paulo: RT, 2005. p. 96.

22 GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 64/65.

(vontades), sociais. Essas vontades sociais originárias, para outros reflete até um direito consuetudinário, oponível inclusive, como observa-se nas palavras do professor germânico OTTO BACHOF: Ao direito constitucional não escrito pertence, por outro lado, o direito constitucional consuetudinário, pelo que uma norma jurídica também pode ser inconstitucional por infração de tal direito consuetudinário. Todavia, em relação a normas da Constituição esta possibilidade praticamente não se verifica.²³

A par de tais considerações nota-se que o direito pressuposto (vontade social), materializado em parte nos princípios, sofre distorção no processo de concretude do direito posto, e essa divergência há de ser corrigida pelo titular dessa legitimidade, de modos a voltar a prevalecer a vontade social, indicada pelo legislador constituinte originário (princípios).

A omissão do titular dessa legitimidade, força uma troca amarga, mas necessária de sujeitos, com o claro intuito de restabelecer os anseios iniciais.

A LEGITIMIDADE PARA TROCA DE SUJEITOS

A inconstitucionalidade omissiva, quando acarreta prejuízos aos direitos fundamentais do cidadão, deve ser corrigida de alguma forma.

Novamente ROTHENBURG leciona sobre a necessidade de troca dos legitimados quando estes não atendem ao que se espera constitucionalmente: Boas razões deve haver para que se destitua um titular designado pelo poder constituinte. A configuração constitucional originária, com seu quadro de distribuição orgânica e espacial de competências, não é algo que esteja à disposição de modificações, em princípio. Existem mesmo limites intransponíveis, funções absolutamente exclusivas, titulares insubstituíveis. A injustificável inércia ou inaptidão em realizar determinações constitucionais, nesses casos extremos, configura uma autêntica crise e pode levar a uma quebra da constituição. ... A alteração da atribuição constitucional original de competência (“quem”) justificar-se-ia por interpretação sistemática e teleológica, para preservar a imposição constitucional original de realização (“o que”).²⁴

A idéia dogmática da separação absoluta dos poderes, atualmente se mostra relativizada pela doutrina, como indica REALE: Impossível é reconhecer o primato do Poder Legislativo, pois “função legislativa” e “poder legiferante” não coincidem, sendo a lei geralmente o resultado de uma colaboração harmônica de poderes e esta função vai cada vez mais assumindo uma feição eminentemente técnica. Tempo houve em que não se admitia nem mesmo a crítica da doutrina da separação dos poderes, e, na forma em que ela era exposta, estava como que

²³ BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais ?. São Paulo: Almedina Brasil., 2009. p. 66.

²⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. São Paulo: RT, 2005. p.117.

implícito o primato do Legislativo, restando ao Governo o papel secundário de executar o que tivesse sido estatuído pelo legislador parlamentar.²⁵

Os princípios humanistas inseridos em nossa Constituição, não podem ficar sem eficácia pela inércia do legislador ou do administrador, pois segundo o Ministro AYRES DE BRITO, esse atualizado humanismo significa atribuir à humanidade o destino de viver no melhor dos mundos. A experimentar o próprio céu na terra, portanto. Mas assim transfundido em democracia plena, ele passa a manter com o Direito uma relação necessária. O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim.²⁶

A concretude desses direitos cristalizados em nossa Constituição pressupõe uma ponderação entre os princípios e o ordenamento infraconstitucional.

O jurista germânico MULLER, indica que para a prática da efetivação de direitos fundamentais, isso implica a necessidade de concretizar também as disposições do direito infraconstitucional que o pertencem aos direitos fundamentais na relação metódica com seus programas normativos e âmbitos normativos, pautando-se pelo critério da norma dos direitos fundamentais. Nesse processo, tal norma não pode ser colocada à disposição desses elementos por meio de uma suposição velada de teores de validade do direito infraconstitucional.²⁷

A busca da justiça com um fim e o direito como meio, imprime eventualmente à necessidade de uma atuação pró-ativa atípica de um sujeito constitucional, em terreno de outro por incúria deste, pois como nas palavras do professor MONTORO, dentro de núcleo comum de princípios, aceitos pelas diversas escolas, situa-se o reconhecimento de que a justiça é o valor fundamental do direito.²⁸

Essa justiça, quando não encontrada no direito (positivado), deve advir dos princípios inseridos no Texto Magno.

Esse processo de concretização dos direitos fundamentais, quando for contra legis, não pode vir senão do órgão escolhido pela CF para ser o guardião desta.

O criacionismo judicial não pode advir senão do STF, que detém expressa legitimidade para atuar dessa forma. Não se encontra no Texto Magno autorização para os Tribunais Regionais do Trabalho, por exemplo, atuarem de forma pró-ativa, retirando eficácia em uma só decisão, do artigo 7º, XXXIII da CF e artigo 403, caput da Norma Consolidada, como ocorreu no processo nº 01269-2005-101-15-00-9 perante o TRT-15, quando reconheceu-se o direito a menor de 14 anos em ter contrato de trabalho lícito, onde o ilustre relator, justifica seu voto da seguinte forma: *“Portanto, no presente caso, ao contrário do que entendeu a origem, o*

25 REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

26 BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. São Paulo: Forum. 2010. p. 37.

27 MULLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. São Paulo: RT, 2011. p. 255.

28 MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 28ª ed. São Paulo: RT. 2009. p. 327.

*pedido não é, a meu pensar, juridicamente impossível, apesar do disposto no art. 7º, XXXIII, da CF, já que seu atendimento viria em exclusivo benefício da requerente, dada a situação de fato já consumada”.*²⁹

O ativismo praticado por órgão de hierarquia constitucional inferior ao STF, além de não contar sequer com respaldo positivo, mostra-se perigoso para o estado democrático de direito, pois somente pode-se cogitar da troca de sujeitos por deficiência de legitimidade, quando o Texto Magno abre, ao menos em tese, essa possibilidade.

Sem demérito aos demais Tribunais e juízes de primeira instância, só o STF é legitimado para legislar positivamente. Imaginar que um magistrado de primeiro grau, no uso da eficácia radiante do princípio da dignidade da pessoa humana, modificar todo um ordenamento criado por sujeitos constitucionalmente legitimados, causa espécie. Não podemos perder de vista que o ativismo é exceção a regra de atuação dos sujeitos legitimados. Sua inércia descortina a possibilidade da troca.

Essa excepcionalidade somente pode ser praticada pelo mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

A par do exposto, podemos concluir que o ativismo judicial é compatível com nossa realidade social e jurídica, porem deve ter limites.

Um deles é quanto a suas premissas. Ressalta o pensamento que a criação judicial excepcionalmente pode ocorrer, mas somente por aquele descrito como oráculo da Constituição, que em seu mister deve zelar pela preservação dos princípios humanistas positivados na Carta Magna.

Como o Estado de Direito moderno impõe uma mudança balizada dos sujeitos constitucionais diante da não concretude das garantias fundamentais, esse cambio não pode se realizar em qualquer esfera de atuação do Judiciário, mas somente por aquele órgão que detém a prerrogativa máxima de aferir a efetividade da Constituição.

No Estado atual, o antigo modelo de freios e contrapesos ligado à teoria da separação dos poderes não admite mais a impossibilidade de troca dos sujeitos constitucionais, permitindo, se não clamando, para que o Judiciário não se omita em seu papel de Poder de Estado.

Em contra partida, soa perigosa a outorga de tal poder a qualquer órgão do Judiciário, pois a pretexto de garantir princípios rarefeitos em nossa Constituição Federal, juízes pouco preparados para tamanha responsabilidade, podem se ver tentados a invadir desenfreadamente território reservado ao Legislativo e ao

29 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 15ª região. RO nº 01269-2005-101-15-00-9.

Executivo, o que fatalmente comprometeria o pacto federal e o Estado de Direito.

Como a CF confere ao STF a possibilidade de atuar positivamente através do mandado de injunção ou das sumulas vinculantes, pode-se extrair dessa permissão constitucional, que somente a ele o legislador originário confiou a possibilidade de eventualmente “judicializar a política”, inexistindo permissão para outro órgão, o que torna a Suprema Corte única habilitada para essa função atípica mas excepcionalmente necessária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgilo Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 24

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: IBDC. 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1998.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal - **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **ACO 1167**

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 15ª região. **RO nº 01269-2005-101-**

15-00-9

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**, in: VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, pag. 20. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin. 2010. 250 p.

COSTA, Andreia Elias da. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141 e 142. In: FERNANDES, Stanley Botti. Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo e moderno**. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: RT, 2005.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 86/87.

Solicita-se permuta - Exchange requested - On demande echange - Rogamos
canje - Wir bitten um austausch

Contato para permuta:

Biblioteca Juçara Beatriz Mansur Salomão
Faculdade Eduvale de Avaré
Avenida Prefeito Misael Euphrásio Leal, 265
CEP 18705-050 Avaré SP Telefone (14) 3731-1084
biblioteca@eduvaleavare.com.br

Correspondência e artigos para publicação deverão ser encaminhados aos
cuidados de:

Revista Ethos Jus
Faculdade Eduvale de Avaré
Avenida Misael Euphrásio Leal, 265
18705-050 - Avaré - SP
Telefone: (14) 3733-8585
revistaethos@eduvaleavare.com.br