

FMU DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA

**CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS
FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS - FMU**

Ano 24, n.34, 2010
ISSN - 2316-1515

FMU
COMPLEXO EDUCACIONAL

EDITORIAL

A 34ª edição da FMU Direito Revista Eletrônica nos contempla com uma variedade de artigos jurídicos da lavra de importantes autores, sendo a maioria deles docentes do nosso Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, onde desenvolvem as suas atividades voltadas ao ensino e ao preparo de novas gerações de operadores do Direito.

O leitor poderá apreciar temas dirigidos ao conhecimento da Fundação Casa: TRABALHO E CONTROLE NO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE (Cauê Nogueira de Lima); à comunidade familiar: A COMPOSIÇÃO DA FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE (Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf); à preocupação com a circulação de riquezas que o ser humano produz em profusão e os seus respectivos regramentos: DIREITO EMPRESARIAL: DO COMÉRCIO À EMPRESA (Cinira Gomes Lima Melo Peres); às discussões polêmicas envolvendo o aborto do anencéfalo: ANENCEFALIA: ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS (Marco Antonio Basso e Émerson Friano); à preocupação com os menores brasileiros: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EDUCAÇÃO E AFETO (Mônica Tereza Mansur Linhares); e às normas voltadas aos direitos basilares da pessoa: O DIREITO À LIBERDADE (Nivaldo Sebastião Vícola) e CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS (Raphael Juan Giorgi Garrido).

Selecionamos ainda temas de extrema atualidade, próprios de uma sociedade da informação em que vivemos e ligados aos processos eletrônicos em ambientes virtuais, tais como COOPERAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO SETOR EMPRESARIAL NA RECICLAGEM DE LIXO ELETRÔNICO (Alexandra Cazue Nishimi Amaral), PUBLICIDADE E PROCESSO ELETRÔNICO (Antonio Fernando Costa Pires Filho), ASPECTOS JURÍDICOS DO CYBERBULLYING (Christiany Pegorari Conte e Augusto Eduardo de Souza Rossini) e DESCUMPRIMENTO DA OFERTA REALIZADA NA INTERNET (Daniella D'Arco Garbossa).

Os comentários elogiosos que a nossa FMU Direito Revista Eletrônica tem recebido da comunidade acadêmica e jurídica constituem um verdadeiro incentivo para que possamos prosseguir com a nossa contribuição em prol da ciência jurídica no Brasil, objetivo traçado pelo Presidente do Complexo Educacional FMU, Prof. Edevaldo Alves da Silva e pela Magnífica Reitora do Complexo Educacional FMU, Dra. Labibi Alves da Silva, a quem agradecemos pelo apoio incondicional.

PROF. DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
Editor Responsável

RESUMO

A família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve através das experiências vividas sua personalidade e seu caráter.

O conceito de família vem sofrendo, com passar dos tempos, inúmeras transformações de caráter público e privado em face do interesse e do novo redimensionamento da sociedade.

Desta forma, através de uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais, dos grandes debates doutrinários multifacetados e da interferência legislativa, visa a pós-modernidade, reconhecer direitos familiares a todos os cidadãos tendo em vista sua rica diversidade, a solidariedade e o melhor interesse de seus componentes.

Palavras-chave: Família. Origem. Definição. Novas Modalidades. Reconhecimento Legal.

ABSTRACT

In human context, a family is a group of people affiliated by consanguinity, affinity, or co-residence. In most societies it is the principal institution for the socialization of children. Extended from the human "family unit" by biological-cultural affinity, marriage, economy, culture, tradition, honor, and friendship are concepts of family that are physical and metaphorical, or that grow increasingly inclusive extending to community. A family group consisting of a father, mother and their children is called a nuclear family. This term can be contrasted with an extended family.

In that way, we could conclude that many kinds of families could coexist in modernity, because of their own preferences, and bring a new face to a very old and strong institution.

Keywords: Family. Source. Definition. New Modalities. Legal Recognition.

* Mestre e Doutora em Direito Civil pela FADUSP. Prof^ª Doutora de Direito Civil e Biodireito no Centro Universitário UniFMU. Membro da Comissão de Biotecnologia e direitos á vida da OAB/SP. Membro do IASP. Advogada e Nutricionista.

A família no decorrer dos séculos desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia.¹

Pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência do nós”, como bem retratou Santiago Dantas.

Assim, “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”.²

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico “avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social”.³

Na lição de Fustel de Coulanges, “a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”.⁴

A dificuldade em se definir a família, sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano. Naquele período o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Era, portanto enorme a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde se obtém que “onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral”.⁵

Assim sendo, considerando-se que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela permanece unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar outra, enorme se faz o estudo profundo das íntimas relações pessoais, patrimoniais, sociológicas, multiculturais e bioéticas da mesma, que por sua vez formam o objeto do direito de família.

Concebem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que “desde logo se evidencia a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.⁶

Para Paulo Nader “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social”.⁷

O direito de família pode ser definido como o ramo do direito civil que estuda a

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.1.

² SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991,p.3.

³ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.3; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op. cit., p.3.

⁴ COULANGES, Fustel – A Cidade antiga, São Paulo:Martins Fontes, 2000, p.36 e 37.

⁵ MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

⁶ MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

⁷ NADER,Paulo - Curso de direito civil, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5, p.19.

família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo, portanto nula qualquer disposição que por ventura traga qualquer prejuízo à manutenção do equilíbrio familiar.⁸

No que tange ao conceito de família, sabe-se que a palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos.⁹

Diversos autores procuraram conceituá-la, entre eles, o francês Mazeaud¹⁰, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família; Jean Carbonier¹¹, que a conceitua como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: *le non-droit de famille – onde aduz “à chaque famille son droit”*; para Gerard Cornu, a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas representada por um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.¹²

Clóvis Bevilacqua conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família reconhecida pela doutrina civilista: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento, “baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo

de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido”¹³.

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira, família é, antes de mais nada, diversificação, pois pode ser entendida como o grupo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, compondo-a num sentido mais amplo o casal, sua prole, seus enteados, os genros e as noras, os cunhados, em muito lembrando a concepção da gens romana.¹⁴

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”¹⁵.

Para Orlando Gomes, a família era definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil; ou também, pode ser entendida como prefere Euclides de Oliveira, “como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo”¹⁶.

San Tiago Dantas, a seu turno, destaca uma visão sociológica da família, fincada no aspecto de coesão do grupo.¹⁷

Na concepção de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, a

⁸ Embora as normas reguladoras da parte patrimonial do direito de família como às relacionadas ao regime de bens, sejam normas de ordem privada.

⁹ NADAUD, Stéphane – *L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille?* Paris:Fayard, 2002, p.22.

¹⁰ MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien, Tit I et II ,p.6.

¹¹ CARBONNIER, Jean -*Droit Civil – la famille- les incapacités*, Paris: Puf,1992,p.20 a 26.

¹² CORNU, Gérard – *Droit Civil – la famille*.7 édition,Paris:Montchrestien,2001,p.7.

¹³ BEVILAQUA, Clóvis – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*,8ªedição,Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2,p.41,42,67 – atualizado por Achilles Beviláqua.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva – *Instituições de direito civil*, 18ªed, Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, p.23 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – *Direito Civil : estudos*, Belo horizonte: Del Rey, 2000, p.17 e 18.

¹⁶ GOMES, Orlando – *Direito de Família*, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.22; OLIVEIRA, Euclides de – *União Estável do concubinato ao casamento*,6.ed., São Paulo : Método, 2003, p.24.

¹⁷ SAN TIAGO DANTAS - *Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões*, op.cit., p.3.

família representa uma organização social ligada de perto à própria vida.¹⁸

Entretanto, a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; “o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. A família é, ainda, no seu entender, “um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.¹⁹

Vem ainda, a família, na concepção de Rolf Madaleno “apresentada de forma larga ou estreita, de formatação variada, de acordo com os costumes, crenças, ideologias de cada tempo”.²⁰

Pode assim a família ser entendida “como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida”.

“O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido”.

“Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família “legítima” constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade”.

“Veda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à

filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não”.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.²¹ “Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III”.²²

A Constituição de 1988, em sua magna importância, alargou nos artigos 226 e 227 o conceito tradicional de família, inicialmente atrelada ao casamento, reconhecendo outras entidades familiares, gerando assim efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.²³

Desta forma, na moderna concepção da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável ou a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

A legislação emprega a palavra família em diversos sentidos, tendo em vista o critério sucessório, alimentar, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

Através da aplicação do critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles os parentes em linha reta ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os

¹⁸MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil – direito de família, op.cit., p.3.

¹⁹VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6, p.1.

²⁰MADALENO, Rolf - Novas perspectivas no direito de família, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p.15.

²¹MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de direito civil, op.cit.,p.4.

²²MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.7.

²³LEITE, Eduardo de Oliveira – A Família Monoparental como entidade familiar. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II, p.44.

companheiros e os colaterais até o 4º grau, segundo a disposição constante nos artigos 1829, I a IV – que institui a ordem da vocação hereditária; art.1839; art. 1843 e art. 1790 do Código Civil brasileiro.

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1694 a 1697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, se faz sentir na criação e educação dos filhos.²⁴

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se em relação aos seus componentes: os cônjuges e seus dependentes.²⁵

Entende Ferrara que apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção”.²⁶

Aponta Maria Helena Diniz que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei 8069/90 e pelo artigo 1596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei 8069/90.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o caráter biológico, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter

econômico, através do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”, destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, “pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta concepção acabaria por triunfar”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.²⁷

Vemos assim que na pós-modernidade, “A cara da família mudou. O seu principal papel, é de dar suporte emocional ao indivíduo foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.²⁸

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.²⁹

De forma sintética, a família pode ser entendida “como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades”.

“O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo

²⁷ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.12 a 14.

²⁸ WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim -Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey,1993,p.83.

²⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal, op.cit.,p 26 a 39.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, 14 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2004,p.18.

²⁵ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.11

²⁶ FERRARA - Trattato di diritto civile italiano,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1, p.54.

em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt - **sentir-se em casa no mundo**".

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.³⁰

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias A família no decorrer dos séculos desempenhou um papel preponderante na vida do ser humano, uma vez que representava a forma pela qual ele se relacionava com o meio em que vivia.³¹

Pode, nesse sentido, ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada "consciência do nós", como bem retratou Santiago Dantas.

³⁰MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.9.

³¹MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.1.

Assim, "o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais".³²

Muito importante também para definir a família é o momento histórico e cultural no qual está inserida. A face da família mudou no decorrer do tempo histórico "avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social".³³

Na lição de Fustel de Coulanges, "a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes. A religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida".³⁴

A dificuldade em se definir a família, sempre existiu. Esboços de sua definição, entretanto, já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano. Naquele período o estado familiar do indivíduo era muito importante para determinar sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Era, portanto enorme a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde se obtêm que "onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se

³²SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991,p.3.

³³SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.3; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op. cit., p.3.

³⁴ COULANGES, Fustel – A Cidade antiga, São Paulo:Martins Fontes, 2000, p.36 e 37.

revelou frágil, aí começou a decadência geral”.³⁵

Assim sendo, considerando-se que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela permanece unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar outra, enorme se faz o estudo profundo das íntimas relações pessoais, patrimoniais, sociológicas, multiculturais e bioéticas da mesma, que por sua vez formam o objeto do direito de família.

Concebem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que “desde logo se evidencia a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”.³⁶

Para Paulo Nader “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social. O estatuto doméstico se forma, assim, pela intervenção do Estado e por disposições internas, captadas na moral, na religião e nas regras de trato social”.³⁷

O direito de família pode ser definido como o ramo do direito civil que estuda a família e seus institutos. Suas normas são normas de ordem pública, ou cogentes, dada a íntima relação que guardam com a pessoa humana, sendo, portanto nula qualquer disposição que por ventura traga qualquer prejuízo a manutenção do equilíbrio familiar.³⁸

No que tange ao conceito de família, sabe-se que a palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigo, em seu âmbito, além deste, a

esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos.³⁹

Diversos autores procuraram conceituá-la entre eles, o francês Mazeaud⁴⁰, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família; Jean Carbonier⁴¹, que a conceitua como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: le non-droit de famille – onde aduz “a chaque famille son droit”; para Gerard Cornu, a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas representada por um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.⁴²

Clóvis Bevilacqua conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família reconhecida pela doutrina civilista: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento, “baseada num plexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido”.⁴³

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira, família é, antes de mais nada, diversificação, pois pode ser entendida como o grupo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, compondo-a num sentido mais amplo o casal, sua prole, seus enteados,

³⁵MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

³⁶MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil, 39.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p.1.

³⁷NADER, Paulo - Curso de direito civil, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5, p.19.

³⁸Embora as normas reguladoras da parte patrimonial do direito de família como às relacionadas ao regime de bens, sejam normas de ordem privada.

³⁹ NADAUD, Stéphane – L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille? Paris:Fayard, 2002, p.22.

⁴⁰ MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien, Tit I et II ,p.6.

⁴¹ CARBONNIER, Jean -Droit Civil – la famille- les incapacités, Paris: Puf,1992,p.20 a 26.

⁴² CORNU, Gérard – Droit Civil – la famille.7 édition, Paris:Montchrestien,2001,p.7.

⁴³BEVILAQUA, Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado,8ªedição,Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2,p.41,42,67 – atualizado por Achilles Bevilacqua.

os genros e as noras, os cunhados, em muito lembrando a concepção da gens romana.⁴⁴

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”.⁴⁵

Para Orlando Gomes, a família era definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil; ou também, pode ser entendida como prefere Euclides de Oliveira, “como aquele lugar idealizado onde é possível a integração dos sentimentos, esperanças e valores, visando a realização pessoal do indivíduo”.⁴⁶

San Tiago Dantas, a seu turno, destaca uma visão sociológica da família, fncada no aspecto de coesão do grupo.⁴⁷

Na concepção de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, a família representa uma organização social ligada de perto à própria vida.⁴⁸

Entretanto, a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; “o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. A família é, ainda, no seu entender, “um fenômeno fundado em dados biológicos,

psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.⁴⁹

Vem ainda, a família, na concepção de Rolf Madaleno “apresentada de forma larga ou estreita, de formatação variada, de acordo com os costumes, crenças, ideologias de cada tempo”.⁵⁰

Pode assim a família ser entendida “como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida”.

“O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido”.

“Inovou desta forma, a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família “legítima” constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade”.

“Veda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não”.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.⁵¹

“Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de direito civil, 18ªed, Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, p.23 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – Direito Civil : estudos, Belo horizonte: Del Rey, 2000, p.17 e 18.

⁴⁶ GOMES, Orlando – Direito de Família, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.22; OLIVEIRA, Euclides de – União Estável do concubinato ao casamento, 6.ed., São Paulo : Método, 2003, p.24.

⁴⁷ SAN TIAGO DANTAS - Francisco Clementino de – Direito de família e das sucessões, op.cit., p.3.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de Direito Civil – direito de família, op.cit., p.3.

⁴⁹ VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6, p.1.

⁵⁰ MADALENO, Rolf - Novas perspectivas no direito de família, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p.15.

⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Curso de direito civil, op.cit., p.4.

personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III”.⁵²

A Constituição de 1988, em sua magna importância, alargou nos artigos 226 e 227 o conceito tradicional de família, inicialmente atrelada ao casamento, reconhecendo outras entidades familiares, gerando assim efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.⁵³

Desta forma, na moderna concepção da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união estável ou a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

A legislação emprega a palavra família em diversos sentidos, tendo em vista o critério sucessório, alimentar, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.

Através da aplicação do critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles: os parentes em linhas retas ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até o 4º grau, segundo a disposição constante nos artigos 1829, I a IV – que institui o ordem da vocação hereditária; art.1839; art. 1843 e art. 1790 do Código Civil brasileiro.

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1694 a 1697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da

Silva Pereira, se faz sentir na criação e educação dos filhos.⁵⁴

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se em relação aos seus componentes: os cônjuges e seus dependentes.⁵⁵

Entende Ferrara que apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção”.⁵⁶

Aponta Maria Helena Diniz que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei 8069/90 e pelo artigo 1596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei 8069/90.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o caráter biológico, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter econômico, através do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”, destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, “pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta

⁵²MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.7.

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira – A Família Monoparental como entidade familiar. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II, p.44.

⁵⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, 14 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2004.,p.18.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.11

⁵⁶ FERRARA - Trattato di diritto civile italiano,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1, p.54.

concepção acabaria por triunfar”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.⁵⁷

Vemos assim que na pós-modernidade, “A cara da família mudou. O seu principal papel, de dar suporte emocional ao indivíduo, foi substituído por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.⁵⁸

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.⁵⁹

De forma sintética, a família pode ser entendida “como sendo o grupo de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades”.

“O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt - **sentir-se em casa no mundo**”.

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu

desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.⁶⁰

Diversas são as formas de família que vigem na atualidade. O conceito tradicional mudou, abarcando formas novas. Podemos antever que o modelo prevalente de formação familiar é a família nuclear, ou seja, composta pelos pais e sua prole.

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Maria Berenice Dias “despontam novos modelos família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades, em seus componentes, menos sujeitos a regras e menos sujeitas à regra e mais ao desejo”.⁶¹

Nesse sentido, podemos perceber que a formação atual da família obedece aos ditames pessoais, às liberdades individuais, em frontal valorização dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

Entretanto, a Constituição Federal, regula a formação familiar em seus artigos 226 e 227, reconhecendo a proteção de três modalidades de família: a família matrimonial, a família formada na união estável – ambas com a nítida prevalência da dualidade de sexos e a família monoparental.

Em consonância com o momento histórico vigente, vemos que a atual Constituição Federal brasileira, amparada pela nova noção do constitucionalismo moderno, protege a supremacia da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º,III; a liberdade, a

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família, op.cit.,p.12 a 14.

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim -Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. 3.ed, Belo Horizonte: Del Rey,1993,p.83.

⁵⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal, op.cit.,p 26 a 39.

⁶⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, São Paulo:Atlas, 2010, p.9.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice – manual de direito das famílias, São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais, 4ºed., 2009, p.38.

igualdade, em seu artigo 5º, e em seu artigo 3º,IV, visa promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação; valorizando assim o ser humano como sujeito de direito e visando-lhe outorgar, de forma mais ampla a inserção e o respeito à cidadania.

Desta sorte, a afetividade, singrou os mares do reconhecimento formal funcionando como cimento basilar para a formação familiar e parental na atualidade.

Além da família matrimonial, da família formada na união estável, da família monoparental e da família formada por pessoas do mesmo sexo, que serão largamente estudadas nesta obra em capítulos próprios, iremos nos deter, em novos conceitos de família, que também se apresentam na pós-modernidade: a família anaparental, a família pluriparental, a família eudemonista e a família paralela.

A denominada **família anaparental**, não regulada pelo legislador, pode ser definida como a relação familiar baseada na affectio e na convivência mútua entre pessoas que apresentem grau de parentesco .

O exemplo mais clássico recairia sobre os casos em que duas irmãs – via de regra, solteiras ou viúvas – residam juntas e assim amealhem um patrimônio comum.

Para Sérgio Resende de Barros, a noção de família anaparental, se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença dos genitores. De origem grega, o prefixo “ana” traduz a ideia de privação (neste caso, designa a existência da família sem pais).⁶²

Inserir-se-ia também aqui a família formada por uma só pessoa tendo em vista a proteção do bem de família, e a consequente aplicação da Lei 8009/90 e da Súmula 380 do STF.

Como a Lei nº 8.009/90 não determina expressamente o número de pessoas que deve compor a unidade familiar para sua aplicação, podemos entender que também é passível de ser aplicada à pessoa individualmente considerada independentemente de seu estado

civil. O sentido social da norma busca garantir a proteção do patrimônio pessoal. Essa finalidade permite desvendar a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-ia a interpretação teleológica para prevalecer a interpretação literal.

A possibilidade da instituição de bem de família à pessoa sozinha (não apenas a solteira, mas também a viúva e a casada que está separada de fato), por certo, consiste na questão mais intrincada no tema da legitimidade para a instituição do bem de família. É imprescindível a convivência more uxória para se instituir bem de família?

Pensamos que não. Diante de uma perspectiva acentuadamente humanista e pluralista, que atingiu a gênese da formação familiar na pós-modernidade, parece-nos bastante viável reconhecer o direito personalíssimo de não se vincular afetivamente a outra pessoa, sem que, no entanto, haja qualquer comprometimento dos direitos reconhecidos àqueles que integrem uma unidade familiar em quaisquer das formas existentes na atualidade.

Nesse sentido, entendemos que inexistente qualquer óbice à instituição do bem de família por pessoa sozinha, como dispõem os arts. 1.711 e 1.722, do novo Código Civil.

Outra forma de família que vem crescendo na atualidade é a **família pluriparental** – também denominada família mosaico - que pode ser entendida como a entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e a consequente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal tem em comum.

Suas características principais podem ser definidas como portadoras de múltiplos vínculos, ambiguidade de compromissos e interdependência.

Entendemos, entretanto, que o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é o de monoparentalidade, mesmo porque, permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos.

A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no art. 1626 §

⁶² BARROS, Sérgio Resende de – Direitos humanos da família: princípios operacionais. In. <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia-principais-e-operacionais.cont>. < acesso em 29.5.10>

único do Código Civil, e no art. 41 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, permanecendo, entretanto a obrigatoriedade de anuência do pai registral.

Também a **família eudemonista** desponta no universo familiar na atualidade. Pode ser esta entendida como a família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade nos seus componentes, bem supremo da existência humana.⁶³

Na concepção de Maria Berenice Dias “Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.”⁶⁴

A **família paralela**, por seu turno, é aquela que se forma a despeito do princípio da monogamia, observado no ordenamento legal pátrio. O Código Civil denomina de concubinato as relações não-eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O artigo 1521 refere que não podem casar as pessoas casadas. Preferimos denominar este concubinato de família paralela, para diferenciá-lo do concubinato em que existe apenas uma família. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

⁶³“Ética baseada na noção aristotélica de “eudaimonia” ou felicidade humana... Embora próxima da “ética da virtude”, essa abordagem distingue-se daquele quando é eliminada a identificação grega entre a ação virtuosa e a felicidade. O eudemonismo pode também variar conforme as noções do que é, de fato, a felicidade. Assim, os cirenaicos acentuam o prazer sensual; os estóicos salientam o desapego em relação a bens mundanos, como a riqueza e a amizade. Tomás de Aquino dá mais atenção à felicidade como contemplação eterna de Deus e assim por diante.”

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice – O direito das famílias, op.cit.,p.53 e 54.

Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: será união estável se o casamento foi faticamente desfeito ou será concubinato se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento. É válido ressaltar que essa modalidade convivencial não é vista com bons olhos pela sociedade.

Para Maria Berenice Dias, “Os relacionamento paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. Muitas uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica”.

De qualquer forma, “negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade”.

Desta sorte, para Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira “já existe na jurisprudência pátria menção significativa de proteção da família paralela para fins de concessão de benefícios patrimoniais. Quando finda a relação afetiva, comprovada a concomitância com o casamento, deve o patrimônio acrescido no período ser dividido, na proporção do tempo da manutenção do duplo vínculo”.

É válido ressaltar que a jurisprudência em sua maior parte nega o reconhecimento dessa modalidade de família, não a identificando como união estável. Quando muito há o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos nesse período desde que comprovada a efetiva participação para sua aquisição.⁶⁵

Quanto à **família formada pelo casamento**, temos na lição de San Tiago Dantas que “na sociedade moderna ocidental,

⁶⁵ O STJ vem reconhecendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados, e também já determinou a divisão do seguro de vida e a repartição da pensão com a viúva, na mais perfeita forma de justiça salomônica. DIAS, Maria Berenice – Manual de direito das famílias, op.cit.,p.49 a 51.

o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família”.

Aduz que “não obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece... embora cada vez mais se busque, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher na relação conjugal, em cujo fundamento se prevê uma sobreposição do interesse social sobre o interesse individual”.⁶⁶

Antiga é a lição de Modestino “casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”.⁶⁷

Historicamente, apresentou-se o casamento em quatro fases como aduz Maurício Pessoa: “o casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento”.⁶⁸

Na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente religioso, as disposições jurídicas que lhe regiam eram as do direito canônico. Sendo que a Igreja reprovava toda união extra-matrimonial notadamente o concubinato. O casamento legítimo era o celebrado em face do consentimento dos nubentes e durava a vida inteira.

Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos... a reprodução não é mais a finalidade precípua do casamento, devido ao fato de que muitos casais optam por

não ter filhos, mas o mútuo adjutório sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas o efeito jurídico do casamento”.

A principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida como prevê o artigo 1511 do Código Civil, oriundo do amor do casal, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência; sendo os demais objetivos, que normalmente se atribui ao casamento, secundários - não essenciais - como a procriação ou a satisfação sexual.

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando o bem-estar, a felicidade, a perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade.

Como ato formal, traz consignados alguns requisitos basilares como a dualidade de sexos, o consentimento válido e a celebração perante a autoridade competente para que seja válido.

A **união estável** por sua vez, representa a feição informal da família, através da qual a generalização do fato social fez com que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional, no art 226 § 3º da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher de forma pública, contínua e duradoura, com animus de constituir uma família, diferente do concubinato, que se restringe às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida como sendo a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres.

Também a **família monoparental** representa uma forma de família presente na atualidade. Esta por sua vez, configura-se de

⁶⁶ SAN TIAGO DANTAS, F C – Direito de família e das sucessões, op.cit.,p.13 e 14

⁶⁷ Digesto, Liv.XXIII, Tit.II, Frag.1º

⁶⁸ PESSOA, Maurício – O casamento no direito civil constitucional .In. VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERI, Rosa Maria de Andrade (Org.). Temas atuais de direito civil na Constituição Federal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.218

forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, pois é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga- após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente.⁶⁹

Tal como aduz Paulo Lôbo, “a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral. Na ocorrência de aquisição de maioridade ou emancipação do filho, deixa de existir o poder parental, reduzindo-se a entidade monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive no que tange ao direito alimentar”.⁷⁰

Na atualidade, as estatísticas comprovam que um número bastante elevado de famílias são fincadas, sob o véu da monoparentalidade, fazendo-se, portanto urgir à lei a sua regulamentação. Em análise ao resultado do censo realizado pelo IBGE em 1990 apontou-se para a marca de 13,9% o total de famílias monoparentais formadas naquele período.⁷¹

Desmembra-se a família monoparental na **família unilinear**, formada pela genitora e sua prole, oriunda das técnicas de reprodução assistida, em sua modalidade heteróloga.

Entre todas as formas de família elencadas supra, que convivem harmonicamente na pós-modernidade, a **família homoafetiva** e a **família formada nos estados intersexuais** é a que denota maior discussão.

A família formada por pessoas do mesmo sexo vem desbravando os mares do preconceito e do desconhecimento para se fincar no mesmo rol de entidade familiar que as demais. Assim sendo, o direito à orientação sexual passou a ser visto como um direito

fundamental do ser humano previsto na Carta Constitucional.

Presente desde os primórdios, a prática homossexual começou seu processo de descriminalização nos idos dos anos 30 na Dinamarca, sendo seguido por diversos países europeus.

Somente no final do século XX com o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos direitos humanos fez com que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência da prática homossexual – agora não mais vista como crime, mas sim como uma livre manifestação da sua personalidade e a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.

No Brasil, a família formada por pessoas do mesmo sexo, apresenta muitas controvérsias, pois, a doutrina pátria admite o casamento ou a constituição de união estável somente entre pessoas de sexos diferentes, e ainda, não outorgaram os Diplomas legais de forma a expressar a possibilidade do reconhecimento do *status familiae* a esse grupo populacional.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece como família, aquela fundada no casamento (§§1º e 2º), na união estável (§3º) ou na monoparentalidade (§4º), em nada referindo expressamente à formação da família por homossexuais.

Dispõe ainda no mesmo artigo 226§ 5º “ os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Diferentemente do Código Civil de 1916 que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002 nos artigos 1723 a 1727 reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo contenha a necessidade da dualidade de sexos.

Diferentemente do modelo brasileiro é a posição da comunidade internacional sobre o tema. Grande parte dos países ocidentais já estendeu o reconhecimento familiar aos homossexuais – e aos transgêneros -, sendo sob a forma de casamento – advindo de Emendas Constitucionais, seja sob a forma de

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5, op.cit., p.11; LEITE, Eduardo de Oliveira – Famílias monoparentais, 2ºed., São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2003,p.31 a 33,36,45

⁷⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto – Famílias, op.cit.,p.67

⁷¹LEITE, Eduardo de Oliveira- Famílias monoparentais, op. cit., p.130.

parterniat – advindo da elaboração de lei especial.

Com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei. O que fazer com os homossexuais? Sendo que estes compõem a estrutura social, demonstram-se cada vez mais ativos na coletividade e no ambiente de consumo e integram relações com intensa carga emocional e afetiva de caráter estável e duradouro, que requer amparo legal. E visam, sobretudo à aquisição de direitos civis plenos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A proteção contra as arbitrariedades do Estado é um direito dos cidadãos com a afirmação do chamado Estado Social de Direito - alçado numa sociedade livre, justa, pluralista, solidária, que se propõe, isenta de preconceitos, valorizar a busca da justiça social com a afirmação dos chamados direitos sociais, onde entendemos que a livre expressão da sexualidade encontra-se elencada, embasada naquilo que está no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o exercício da sexualidade é um direito da personalidade bem como o direito à composição familiar.

Depois da apresentação de inúmeros Projetos de Lei visando regular a família homoafetiva no Brasil, como: Projeto de Lei n.1151/95, Projeto de lei n.1151-A/97, Projeto de Lei n.5252 de 2001, Projeto de Lei de n.2285/07, denominado Estatuto das Famílias, e o Projeto de Lei n. 4914/2009, em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal equiparou a entidade familiar formada por pessoas de mesmo sexo como união estável, com a família formada na união estável, já referida. Em 25.10.11, foi mais longe o Superior Tribunal de Justiça, autorizando o casamento de duas mulheres no Sul do país, abrindo assim precedente para a regulamentação do casamento homossexual no Brasil, com todos os desdobramentos daí decorrentes de cunho sucessório, patrimonial, aquisição do status *familiae* e adoção de menores.

É válido ressaltar que na comunidade internacional diversos países já reconhecem o casamento sexualmente neutro, havendo entretanto, divergências estruturais no que tange à adoção de menores ou mesmo acesso

às técnicas de reprodução assistidas por casais do mesmo sexo.

O Brasil, numa postura bastante moderna, alterando a antiga Resolução n. 1358/92 do Conselho federal de medicina, possibilitou o acesso aos homossexuais às técnicas de reprodução assistida.

No que tange à **família formada nos estados intersexuais**, esta abrange os indivíduos transexuais e intersexuais, mostrando a problemática da identidade de Gênero – no caso dos transexuais, e na identidade sexual de cunho anatômico e biológico (os intersexuais).

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente, no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem a possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade.⁷²

Procede-se ao diagnóstico da síndrome transexual, o tratamento feito por uma equipe multidisciplinar e a consequente submissão à cirurgia redesignatória, amparada pela Resolução 1652/02 e pela Resolução ambas do Conselho Federal de Medicina.

Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98 alterando o artigo 58 da Lei 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique o grupo em que vive, visando a

⁷²MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Novas modalidades de família na pós-modernidade, op.cit.,p.

assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania.⁷³

Uma vez alterado seu assento registral, decorrente da alteração do sexo do indivíduo, sanam-se as dúvidas quanto à habilitação para o casamento. Assim, podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido tendo em vista o longo caminho percorrido por este desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral. Observadas as deliberações das Cortes de direitos humanos e dos princípios constitucionais, o novo sexo, fruto da intervenção cirúrgica e da adequação fisiopsíquica, daria a conformação do sexo social do indivíduo e geraria portanto a diferenciação sexual requerida pela lei brasileira. Logo, não se incluiria este, no rol do casamento inexistente, mas dada a sua inegável peculiaridade persiste a possibilidade deste ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum, frutos de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o artigo 1557, I, III do Código Civil.⁷⁴

Quanto à possibilidade do transexual solteiro ou divorciado contrair matrimônio ou constituir união estável, pensamos que uma vez diagnosticada a transexualidade, realizada a cirurgia redesignatória e a retificação do assento registral, nada obsta ao casamento do transexual, pois, nas questões envolvendo disforia de gênero, o sexo a ser valorizado para integrar as relações jurídicas deve ser o sexo psíquico do indivíduo.⁷⁵

Permanecem inalteradas as relações identitárias dos filhos havidos anteriormente à

cirurgia redesignatória. Nada obsta que proceda naturalmente ao processo de adoção, passando, pois, a ser o transexual redesignado, por exemplo, pai de A e B e mãe de C e D. Quanto à família formada pelo intersexual, esta observa suas próprias peculiaridades, pois o indivíduo em questão apresenta a genitália ambígua – o pseudo-hermafroditismo, e não a disforia de gênero, apesar da conformação anatômica normal. Assim, a cirurgia reparadora vai adequar a genitália ao genótipo do indivíduo, ou se realizada mais tardiamente, adequar-se ao sexo social desse mesmo indivíduo, agora, plenamente habilitado à formação da família casamentária ou através da união estável. A Resolução CFM n. 1664 de 12.05.2003 – dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual.

Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo (tal como já referido) não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou.

Uma vez que o maior problema do portador de intersexualidade é justamente adequar o sexo às estruturas somáticas que apresenta e com isso inseri-lo no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória lhe seria imputado em matéria de filiação. Ou seja, frente à incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfaça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Podemos concluir de forma muito sintética, que a pós-modernidade consagrou diversas modalidades de família desconhecidas na atualidade tentando, principalmente tendo em vista seu caráter eudemonista e modificador, fazer com que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção.

⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França – Curso de direito civil, v.1, op.cit., p.116

⁷⁴ A questão envolvendo os parceiros dos transexuais desperta interesse grande interesse científico. Blanchard e Collins dão ao desejo de homens por transexuais e transgêneros o nome de ginandromorfofilia, que se constitui como interesse erótico separado e particular.

⁷⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus - Casamento inexistente, nulo e anulável. Revista do Advogado, ano XXVIII, jul de 2008, n.98, p.35.

REFERÊNCIAS

- BARROS,Sérgio Resende de – **Direitos humanos da família: princípios operacionais**. In. <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-dafamilia-principais-e-operacionais.cont.<acesso em 29.5.10>>
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, 8ªed., Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1950,v.2 – atualizado por Achilles Beviláqua.
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil – la famille- les incapacités**, Paris: Puf,1992.
- CORNU,Gèrard – **Droit Civil – la famille**.7 édition,Paris:Montchrestien,2001.
- COULANGES,Fustel – **A Cidade antiga**, São Paulo:Martins Fontes, 2000
- DIAS,Maria Berenice – **manual de direito das famílias**, São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais, 4ªed., 2009.
- DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil brasileiro – direito de família**, São Paulo: Saraiva
- FERRARA - **Trattato di diritto civile italiano**,Roma:Ed.Atheneum,1921,v.1.
- GOMES,Orlando – **Direito de Família**, 11.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HIRONAKA,Giselda Maria Fernandes Novaes – **Direito Civil : Estudos**, Belo Horizonte: Del Rey,2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira – **A Família Monoparental como entidade familiar**. In : Direito de Família, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol II.
- MADALENO, Rolf - **Novas perspectivas no direito de família**, Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2000.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Novas modalidades de família na pós-modernidade**, São Paulo:Atlas, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – **Curso de bioética e biodireito**,São Paulo:Atlas, 2010
- MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus - **Casamento inexistente, nulo e anulável**. Revista do Advogado,ano XXVIII, jul de 2008, n.98
- MAZEAUD et CHABAS-Leçons, Paris,: Montchrestien,Tit I et II ,p.6.
- MONTEIRO,Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Curso de Direito Civil**, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.2.
- NADAUD, Stéphane – **L’homoparentalité- une nouvelle chance pour la famille?** Paris:Fayard, 2002.
- NADER, Paulo - **Curso de direito civil**, 4ªed., Rio de Janeiro:Gen/Forense, 2010, v.5.
- OLIVEIRA, Euclides de **União Estável do concubinato ao casamento**,6.ed., São Paulo : Método, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**, 18ªed, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010 – atualizado por Tânia da Silva Pereira.
- PESSOA, Maurício – **O casamento no direito civil constitucional** .In. VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERI, Rosa Maria de Andrade (Org). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de – **Direito de família e das sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil**, - direito de família, 9.ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, v.6
- VIANA, Rui Geraldo Camargo Viana - A Família. In. **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**.

RESUMO

O presente artigo aborda a importância da participação das empresas na destinação final correta dos aparelhos eletroeletrônicos, incluindo-se dentre eles as pilhas e baterias.

Limita o estudo do assunto ao território nacional, muito embora os problemas advindos da grande quantidade de resíduos sólidos eletrônicos sejam internacionais. Analisa a participação e responsabilidade daqueles que exploram atividade econômica organizada, fazendo uso de artigos científicos, mas principalmente com base na Lei Paulista n. 13.576 de julho de 2009, e na Lei n. 12.305 de 2010.

A partir disto, conclui-se que as empresas- aquelas que se valem das matérias primas para a fabricação de seus produtos- devem atuar não apenas objetivando lucros econômicos, mas também respeitando a sociedade e o meio ambiente, momento a partir do qual obterão resultados positivos que melhoram sua imagem perante consumidores e fornecedores. O setor empresarial é indispensável para que o ciclo da reciclagem se complete e seja possível alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito este da presente e das futuras gerações.

Palavras-chave: Empresa. Responsabilidade. Lixo eletrônico.

ABSTRACT

This article addresses the importance of involving businesses in proper disposal of electronic devices, including among them the batteries.

Limits the study of the issue to the national territory, although the problems created by large amount of electronic waste are global. Examines the participation and responsibility of those who exploit organized economic activity, making use of scientific articles, but mainly based on São Paulo law n. 13.576, 2009, and the law n. 12.305 de 2010.

From this it follows that those companies that rely on raw materials to manufacture its products, must act not only aiming at economic profits, but also respecting the society and the environment, the time from which they will achieve positive results that improve their image with consumers and suppliers. The business sector is essential for the recycling cycle is complete and it is possible to achieve an ecologically balanced environment, a right of present and future generations.

Keywords: Company. Liability. Eletronic waste.

* Advogada. Especialista em Direito Empresarial e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - UniFMU.

1. Introdução

O trabalho em tela estuda a importância da atuação empresarial na reciclagem de resíduos sólidos eletrônicos a partir da realidade brasileira e com base na literatura existente acerca do tema.

Objetiva mostrar as teses existentes que melhor explicam os motivos que levaram ao aumento da quantidade de resíduos sólidos produzidos- em especial o lixo eletrônico- bem como os impactos negativos que sua destinação final incorreta gera ao meio ambiente e à saúde de toda a sociedade.

Explica os diferentes meios existentes para a disposição final do lixo, destacando a reciclagem, que ao contrário do que muitos pensam, não é, por si só, a solução para alcançar um meio ambiente equilibrado, mas um dentre vários mecanismos importantes para a redução da poluição causada pelas pessoas físicas e jurídicas.

Com a finalidade de contribuir para formar uma nova visão, mostra que as empresas têm um importante papel a ser desempenhado na reciclagem do lixo eletrônico. Expõe que a empresa pode conjugar a busca do lucro com atividades pensadas e voltadas para a preservação do meio ambiente do qual extrai a matéria prima para a fabricação de seus produtos.

2. Sociedade da Informação e os Resíduos Sólidos Eletrônicos

2.1. Teorias explicativas do aumento do lixo

A grande quantidade de lixo encontrada hoje no Brasil não é um fato isolado, estando inserido dentro de um contexto mundial de excesso de resíduos sólidos, sejam estes orgânicos ou inorgânicos, isto é, materiais que se decompõem facilmente ou restos sintéticos de difícil decomposição, respectivamente.

Diversos motivos contribuíram para o cenário atual, no qual o descarte de resíduos preocupa os representantes governamentais da esfera federal, estadual, distrital e municipal, bem como as autoridades de âmbito

internacional, sendo assunto central de constantes debates de políticas públicas.

A mudança na vida cotidiana de milhões de indivíduos, com o conseqüente aumento de consumo pode ser apresentada como fator determinante para a alta quantidade de objetos descartados, embora não seja o único. A elevação do consumo tem como marco de origem a Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra no século XVIII, que deu início a uma fase de alta demanda por recursos naturais- matéria prima- não observada anteriormente, permitindo a fabricação de produtos em larga escala, em virtude da mecanização e da padronização do processo produtivo, e conseqüentemente a uma grande produção de detritos¹.

Com o intuito de explicar o fenômeno do aumento do consumo foram desenvolvidas teorias, sendo uma de cunho econômico e outra de caráter social, esta última baseada na emulação social desenvolvida por Veblen, em 1925, que identificava que os “escalões intermediários imitariam os mais altos e seriam, por sua vez, imitados pelos mais baixos, dando origem à nova propensão para o consumo”.²

O desenvolvimento de uma nova capacidade comercial da descoberta de técnicas de mercadologia, de distribuição e de propaganda foi outra teoria usada para explicar o fenômeno do consumo, entretanto, assim como as anteriores, esta não conseguiu demonstrar isoladamente os motivos que levaram ao consumo moderno, apesar de apresentar motivos relevantes.

Contudo, como afirmado anteriormente, a alteração comportamental na aquisição de produtos não foi a única causa determinante na produção de resíduos sólidos em geral, havendo outros fatores.

No passado, houve quem defendesse que a degradação ambiental por poluentes estava ligada ao crescimento demográfico sem controle dos países desenvolvidos e em

¹ PHILIPPI JR.; BRUNA, Gilda Collet; SILVEIRA, Vicente Fernando. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. In PHILIPPI JR.; ALVES, Alaôr Caffé (editores). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005, p.791.

² PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 84-85.

desenvolvimento, afirmando que o crescimento populacional levaria à escassez dos recursos naturais do planeta. Baseavam-se nas idéias de Thomas Malthus, que afirmara que o crescimento populacional era exponencial, enquanto o de produção de alimentos se dava aritmeticamente, concluindo que na impossibilidade de aumento na produção de comestíveis seria necessário um controle de natalidade³. Este pronunciamento adotado pelos países desenvolvidos, aos poucos perdeu força, dando espaço à convicção de que os modelos produtivos e tecnológicos utilizados nas grandes potências mundiais eram fontes de produção de resíduos.

O relatório da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas – ONU, com publicação em 1987, falava timidamente da problemática do estilo de vida adotado pelos países mais afluentes, não propondo diminuição de consumo de material pelos países desenvolvidos, ainda que o alto padrão de vida destes gerasse e ainda gera uma maior quantidade de resíduos do que a de muitos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Todavia, como visto anteriormente, a questão ambiental é mais ampla, não se limitando aos dejetos resultantes da relação de consumo⁴.

A geração de lixo é resultante de um conjunto de fatores como o aumento da população e de sua expectativa de vida, a concentração desta em centros urbanos, como a ocorrida no Brasil entre os anos de 1940 e 1970, a busca incansável de se atingir uma boa qualidade de vida e, o estilo de vida que tem como base a aquisição de alimentos superprocessados.

Do mesmo modo que o lixo comum, o aumento na quantidade de lixo eletrônico gerado – o *e-waste* – é decorrência de um conjunto de fatores. A necessidade de consumo divulgada pela mídia, vendendo a ideia de que é indispensável possuir os produtos eletrônicos de última geração, com as mais novas tecnologias pode ser listada como uma das causas que elevaram o número de aparelhos descartados. Soma-se ainda a redução da vida útil dos produtos eletrônicos e

eletrodomésticos, o barateamento do preço final – que por vezes torna mais vantajosa a compra de um novo ao conserto do antigo –, e a facilidade de obtenção de crédito para o consumo em instituições financeiras com maior quantidade de parcelas, diminuindo o valor das prestações.

2.2. Os diferentes tipos de resíduos sólidos

Para compreender o funcionamento e o importante papel econômico, social e ambiental que a reciclagem de resíduos sólidos desempenha no Brasil é necessário, primeiramente, entender conceitos básicos de termos e expressões, a exemplo da definição de lixo.

Celso Fiorillo⁵ afirma que as palavras resíduos e lixo tendem a possuir o mesmo significado, sendo que aquela é mais técnica e esta mais popular. E nesta mesma linha de raciocínio defende que, de acordo com o Art. 3º, III, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei n. 6.938/81, a natureza jurídica do lixo é de poluente, desde o momento em que é gerado.

A palavra lixo é o nome dado a todos os resíduos sólidos considerados como sem utilidade pelos seus detentores⁶. A princípio, todos os dejetos lançados fora pelo seu proprietário ou detentor, pela não intenção de reuso, são considerados lixo.

A Resolução Conama n.5 de 1993, em seu art. 1º, adota o conceito de resíduos sólidos dado pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas –, conforme a NBR n.10.004, que estabeleceu serem “resíduos nos estados sólidos e semi-sólidos, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição”. A Norma Brasileira 10.004 de 2004 classifica o lixo conforme a sua origem e a sua periculosidade. Para classificar quanto à origem é necessário

³ *Ibid*, p. 40-41.

⁴ *Ibid*, p. 57.

⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

⁶ OLIVEIRA, Mariá Vendramini Castrignano de; CARVALHO, Anésio Rodrigues de. **Princípios básicos do saneamento do meio**. 8. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007, p. 89.

identificar o processo ou atividade que originou o resíduo sólido, que determinara então ‘se o lixo é doméstico, industrial, hospitalar, comercial, agrícola de serviços ou de varrição. Com base nessa classificação qual a origem do lixo eletrônico? Pode-se dizer que o *e-waste* é um lixo industrial quanto a sua origem, conclusão que se extrai não do conceito de resíduo industrial, mas sim da responsabilidade que é atribuída, por lei, àqueles que comercializam ou produzem produtos eletrônicos. Por resíduos industriais entendem-se todos aqueles “gerados tanto nos processos produtivos quanto nas atividades auxiliares, como manutenção, operação de área de utilidades, limpeza, obras e outros serviços”⁷, são os decorrentes da atividade produtiva.

Mas o lixo eletrônico não é resultado apenas do processo produtivo industrial, sendo encontrado também no lixo domiciliar, no comercial, no hospitalar e até mesmo no agrícola, o que poderia gerar dúvidas quanto a sua origem. Contudo, com a entrada em vigor da Lei n. 13.576 de 2009, que atribui responsabilidade pela destinação final do *e-waste* a todos os integrantes da cadeia de fornecimento- seja aquele que fabrica, que importa ou que comercializa- obrigando-os a recolher ou especificar os locais onde os aparelhos serão descartados para posterior reciclagem, os resíduos que antes destinados ao lixo doméstico, hospitalar, agrícola, passaram a ser objeto de obrigação de administração e controle pelos seus fabricantes. Verifica-se que o legislador, ao atribuir a responsabilidade aquele que os origina, ou que deles auferir lucros, determinou que o *e-waste* a estes pertencem, situação que os distingue de todos os demais resíduos.

A classificação quanto à periculosidade permite dizer que o lixo eletrônico é um resíduo sólido perigoso- Classe I, conforme NBR 10.004 da ABNT- vez que apresenta em sua composição metais pesados que, se

irregularmente dispostos, geram riscos à saúde das pessoas e ao meio ambiente.

2.2.1. O lixo eletrônico

A criação de aparelhos eletrônicos data de décadas atrás, elaborados para facilitar as atividades exercidas pelo homem, ou ainda com o mero intuito de entretê-lo. Todavia, os aparelhos desenvolvidos para tornar as atividades humanas mais fáceis e rápidas, assim como para diverti-lo, passaram também a gerar preocupações quanto ao seu descarte. Com o Livro Verde da Sociedade da Informação e investimentos de capital na área tecnológica, de pesquisas e desenvolvimento, barateamento de produtos eletrônicos, relativa facilidade na obtenção de créditos e de financiamentos, a busca por produtos eletrônicos teve uma guinada no Brasil.

Não obstante, o avanço e a obsolescência cada vez mais rápidos das novidades tecnológicas propiciaram um cenário marcado pelo aumento de *e-waste*.⁸ “No Brasil, por exemplo, o tempo médio de uso de uma celular é inferior a dois anos e o de um computador é de quatro anos nas empresas e cinco anos nas residências”⁹.

E quais são os equipamentos que, quando descartados, são considerados *e-waste*? A Lei n. 13.576 de 2009, do Estado de São Paulo, em seu Art. 2º, fala que se consideram como tais “os aparelhos eletrodomésticos e os equipamentos e componentes eletrônicos de uso doméstico, industrial, comercial ou no setor de serviços que estejam em desuso e sujeitos à disposição final, tais como: I - componentes e periféricos de computadores; II - monitores e televisores; III - acumuladores de energia (baterias e pilhas); IV - produtos magnetizados”.

O artigo traz um rol meramente exemplificativo dos itens que são considerados lixo eletrônico, havendo outros aparelhos, ainda que não expressamente mencionados na Lei Paulista. Tentar enumerar taxativamente quais são produtos que, descartados, são considerados *e-waste* pode não atingir sua

⁷ PHILIPPI JR., Arlindo; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e. Resíduos Sólidos: Características e Gerenciamento. In: PHILIPPI JR., Arlindo (editor). **Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. Barueri: Manole, 2005, p. 292.

⁸ *Ibid*, p. 273

⁹ Disponível em: <<http://www.e-lixo.org>>. Acesso em: 08/06/2010.

finalidade, vez que a criação de novos aparelhos é constante, o que poderia eximir os fornecedores de responsabilidade em virtude da falta de previsão legal.

Uma pesquisa feita pelo GRID¹⁰ – *Global Resource Information Database* – mostra a composição do *e-waste*, sendo formada 10% de monitores; 15% de computadores, celulares, telefones, fax, impressoras, etc., 15% por DVD, vídeo cassete, CD Player, rádios, etc., 20% por geladeiras; 30% por máquinas de lavar, secadoras, aspirador, ar-condicionado, ferro de passar, cafeteiras e etc. Há ainda a categoria adicional composta de equipamentos de luz (tubos fluorescentes); brinquedos, ferramentas como furadeiras, equipamentos de controle de vigilância, instrumentos médicos e máquinas de venda de tickets.

Esses equipamentos quando descartados tornam-se lixo eletrônico, devendo receber tratamento adequado, pois são considerados perigosos, e se dispostos de forma incorreta, podem gerar danos ao meio ambiente e à saúde pública.

Pesquisas mostram que:

Na composição dos equipamentos eletrônicos existem substâncias tóxicas como o Mercúrio, Chumbo, Cádmio, Belírio, Arsênico – altamente perigosos à saúde humana. Além disso, para se produzir os aparelhos também são utilizados compostos químicos retardantes de chamas e PVC [...] Em contato com o ar, as águas e o solo, por exposição direta ou indireta via água de abastecimento e alimentos, essas substâncias podem causar distúrbios no sistema nervoso, problemas renais e pulmonares, câncer e outras doenças¹¹.

Por este motivo é necessário que dentre as opções existentes para descarte seja escolhida a menos agressiva ao meio ambiente e, sempre que possível, sejam reciclados os materiais, evitando a disposição final de resíduos sólidos aos já existentes e novas extrações de matérias primas.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

2.3. Modos de eliminação dos resíduos sólidos

A disposição final dos resíduos sólidos pode ser feita por mais de uma maneira, sendo o aterro sanitário a mais conhecida e utilizada no Brasil.

Uma sociedade ambientalmente adequada é aquela em que apenas os rejeitos são finalmente dispostos, ou seja, que somente aqueles resíduos sem possibilidade de tratamento ou recuperação são eliminados, o que infelizmente não ocorre no Brasil, país no qual objetos ainda em condições de uso ou de reciclagem são aterrados, incinerados ou jogados em lixões a céu aberto.

Aterrar o lixo requer um longo processo de preparação do local. É necessário realizar a “terraplanagem”; forração do terreno com material impermeável, de preferência argila; canalização das águas da chuva e do chorume; tubulação para a saída de gases; plantio de grama; e finalmente instalação de uma cerca ao redor da área de serviço.¹² Essa complexa preparação da área destinada ao aterro é necessária para evitar que o chorume, “líquido percolado resultante da decomposição natural da matéria orgânica” contamine o solo ou o lençol freático¹³.

É um mecanismo que, se bem utilizado, não afeta o ecossistema, tampouco agride a saúde humana, pois ao cobrir os rejeitos com terra há isolamento do material, impedindo o mau cheiro e a proliferação de insetos¹⁴.

Segundo dados do IBGE, a quantidade do lixo coletado em geral que é disposto finalmente em aterros representa mais de 70% do total do lixo produzido diariamente no Brasil.¹⁵

Por sua vez, a incineração consiste na queima de detritos e é utilizada principalmente

¹² RODRIGUES, Francisco Luiz; CAVINATTO, Vilma Maria. **Lixo: de onde vem? para onde vai?** 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2003, p. 57.

¹³ PHILIPPI JR., Arlindo; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e. Resíduos Sólidos: Características e Gerenciamento. In: PHILIPPI JR., Arlindo (editor). **Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável.** Barueri: Manole, 2005, p. 288.

¹⁴ RODRIGUES, Francisco Luiz; CAVINATTO, Vilma Maria. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵ Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 10/06/2010.

para a eliminação de lixo hospitalar, ou de produtos contaminados e drogas apreendidas pela Polícia Federal ou Estadual, seja esta Civil ou Militar. De pouco uso no Brasil, representa menos de 5% da disposição final do lixo diário nacional.¹⁶

Os resíduos sólidos orgânicos também podem ser aproveitados para a produção de adubo, fazendo uso da técnica de compostagem, sendo usados para melhorar a qualidade dos solos.

Já a reciclagem, meio de reaproveitamento energético indireto, consiste na separação do material, seguido de um pré-processamento que abrange a lavagem, a descontaminação e o agrupamento dos materiais¹⁷. Para cada tipo de resíduo reciclado é aplicado um processo tecnológico específico, que permitirá novamente a sua utilização¹⁸.

Nem todos os componentes de um produto, seja este eletrônico ou não, são passíveis de serem reciclados. Contudo, os elementos recicláveis do *e-waste*, sempre que possível, devem ser destinados ao reaproveitamento indireto.

3. Atuação Empresarial

3.1. Participação empresarial na reciclagem de resíduos eletrônicos

Para que o ciclo de reciclagem tenha êxito é imprescindível à existência e participação de “atores sociais” em cada uma de suas fases. A participação dos consumidores, embora não especificada na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, é essencial, haja vista que este deve dar a destinação final ambientalmente adequada conforme a localidade em que reside, ou seja, havendo coleta seletiva deve separar os detritos e, não havendo, deve dispor o lixo para a coleta corretamente, evitando o descarte inapropriado, a exemplo de lançamentos em praias, mar, *in natura* a céu aberto, etc.

Os catadores de lixo são “os intermediários nesta cadeia que possibilita

resgatar parte dos recursos aproveitáveis disponíveis no lixo da cidade”¹⁹, para posterior venda ao “sucateiro”.

A atuação das cooperativas também é de elevada importância, pois recebem resíduos sólidos, separando os comuns dos eletrônicos, vendendo-os posteriormente. Apesar de o cooperativismo ter surgido em Rochdale, na Inglaterra, em 1844²⁰, a criação de uma cooperativa destinada exclusivamente à reciclagem de lixo eletrônico em parceria com uma Prefeitura, ocorreu na cidade de São Paulo apenas em 2010.

As Prefeituras- administração municipal, juntamente com os governos estaduais e federal participam do processo de reciclagem por meio de concessão de incentivos e da normatização da matéria através da elaboração de políticas públicas, como é o caso da Lei 13.576 de 2009, do Estado de São Paulo e da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, n. 12.305, de agosto de 2010.

Neste sentido, o parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 13.576 de 2009, atribuiu a responsabilidade pela destinação final às empresas que produzem, comercializam ou importem produtos e componentes eletroeletrônicos, assim como o art. 33 da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos as obriga à estruturação e à implementação de logística reversa, que se dá por meio do retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, independente da atividade de limpeza urbana. Todavia, não é apenas pela imposição legal que as empresas podem colaborar para que se efetive a reciclagem. Há empresas outras, que não as fornecedoras de produtos eletroeletrônicos que, livre e espontaneamente participam deste processo, transformando os produtos existentes novamente em matérias primas de modo a evitar novas extrações das reservas naturais.

3.2. Formas de cooperação empresarial

¹⁶ Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 10/06/2010.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op.cit.*, p. 266.

¹⁸ PHILIPPI JR., Arlindo; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e. *Op. cit.*, p. 284.

¹⁹ CONCEIÇÃO, Márcio Magera. **Os empresários do lixo: um paradoxo da modernidade: análise interdisciplinar das cooperativas de reciclagem de lixo**. Campinas: Editora Átomo, 2003, p 33-41.

²⁰ *Ibid*, p 44.

3.2.1. A cooperação legal e a voluntária

A atividade econômica organizada para a produção ou circulação de produtos e serviços é hoje também informatizada, desde as pequenas e microempresas até as de grande porte. O uso de cartões de crédito e débito, publicidade na *Internet*, contratações virtuais, são hoje realidades brasileiras. Ainda que o empresário não atue na fabricação, montagem ou importação de produtos eletrônicos, ele utiliza algum aparelho da categoria no exercício da atividade.

A participação do setor empresarial é de suma importância para que o ciclo da reciclagem possa ficar completo, permitindo transformar os produtos usados em matérias primas, resultando na elaboração de subprodutos.

São diversos os modos pelos quais as empresas podem cooperar na efetivação do processo de reciclagem, como por exemplo, empresas que disponibilizam coletores de pilhas e baterias- os acumuladores de energia- no interior de seus estabelecimentos, ainda que a comercialização desses produtos não seja seu objeto social. Podem também ser citadas as empresas que livremente atuam na separação dos resíduos produzidos diariamente em seus prédios no exercício de sua atividade, fazendo uso da coleta seletiva, separando-os de acordo com a sua constituição ou composição.

São exemplos de atividades econômicas organizadas que não buscam tão somente o lucro quando de sua exploração, observando preceitos éticos de respeito à pessoa humana, não apenas àquela que se encontra dentro da própria empresa, mas também à coletividade como um todo, buscando minimizar os impactos negativos externos

A atividade empresária realizada de maneira refletida e pensando nos eventuais reflexos que ela pode gerar ao meio ambiente e à sociedade em geral, pauta-se na mera vontade daquele que a organiza, não havendo qualquer tipo de coercitividade ou imposição legal neste sentido. Segregar materiais recicláveis é decorrência de um pensamento refletido, pensando nos benefícios que tais condutas podem gerar ao meio ambiente e à sociedade em geral. Pauta-se na simples vontade daquele que dirige a empresa em colaborar na reciclagem de resíduos que são

produzidos, incluindo-se dentre estes os eletrônicos imprestáveis para uso.

Essa colaboração socioambiental pode ter ainda como um dos objetivos agregar resultados positivos para a empresa, o que sem dúvida será alcançado, ainda que indiretamente. Ao divulgar que contribui com essas práticas, o empresário atrai novos clientes, ao mesmo tempo em que fideliza os antigos, além de ganhar destaque perante seus fornecedores. Aquele que demonstra preocupar-se com o meio ambiente transmite interessar-se com os seus semelhantes, sendo um empresário solidário (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal).

Existem também empresas que contribuem com a reciclagem de um modo tênue, mas não menos importante. São aquelas que se informam procurando adquirir produtos eletrônicos que contenham componentes reciclados, e mais importante, passíveis de serem reciclados, ou com quantidade reduzida de metais pesados como o chumbo²¹. É uma forma de cooperação das empresas independente de qualquer responsabilidade prevista em Lei, com vistas a agregar valor de uma empresa que atua socialmente. Na Sociedade da Informação, atitudes que objetivam valorizar a imagem da empresa apresentam resultados positivos que se revertem a favor da mesma, pois consumidores bem informados observam qualidades no momento da contratação.

Há ainda empresas que não apenas cooperam com a reciclagem de lixo eletrônico a fim de agregar, de modo reflexo, valor perante seus consumidores e fornecedores, mas que dela se beneficiam diretamente. São empresas que possuem como objeto social a própria reciclagem de resíduos sólidos eletrônicos, seja realizando a compra dos aparelhos descartados para posterior revenda, seja fazendo a logística reversa propriamente dita.

A atuação de empresários neste setor justifica-se pelo alto valor que o lixo possui, o que coloca por terra a ideia de que um objeto descartado não é dotado de valor econômico.

²¹ ANGELO, Francisco. **Projeto para descarte de lixo eletrônico na Usp é pioneiro**. Disponível em: < <http://www4.usp.br>>. Acesso em: 31/05/2010.

O *e-waste*, em especial, apresenta em sua composição grande quantidade de metais nobres, pois para a fabricação de produtos eletrônicos é necessário usar alguns metais preciosos como o ouro, prata, o cobre e o índio, que possuem alto valor econômico.

Rosa²² afirma que um subproduto do zinco, o índio, é matéria prima indispensável para que sejam fabricados monitores de tela plana, de LCD, ou de aparelhos portáteis de telefonia, sendo indispensável para a fabricação de mais um bilhão de aparelhos por ano. O preço deste metal nobre setuplicou, tornando-se mais caro do que a prata, visto que a sua produção depende da extração de zinco, um mineral que encontra limites de reserva natural.

O índio é apenas um exemplo do valor que o lixo eletrônico possui, mas é suficiente para demonstrar que as empresas que atuam nessa área conseguem obter recursos, não apenas em razão de venda para terceiros ou com a reciclagem propriamente dita, mas também uma economia energética na transformação reversa dos produtos em matérias primas em relação à quantidade de energia despendida na extração de minerais.

Por fim, estão presentes no mercado os empresários que atuam na produção, comercialização, ou importação de produtos e componentes eletroeletrônicos, que possuem como objeto social a comercialização de aparelhos eletrônicos, bem como de acumuladores de energia. O papel que estas empresas possuem na reciclagem do lixo eletrônico é de extrema relevância, pois são elas que lucram com a venda destes aparelhos para os consumidores, elas que fabricam e disponibilizam os eletrônicos no mercado, que após se tornarem obsoletos ou impróprios para o uso, são descartados. Sendo assim, nada mais adequado que aquele que participa da cadeia produtiva dos aparelhos eletrônicos possua uma atuação mais ativa na correta disposição final.

A atuação desses empresários pode ocorrer voluntariamente, com a coleta e repasse dos resíduos sólidos eletrônicos para

empresas especializadas no reaproveitamento de cada componente, com a finalidade de contribuir para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao mesmo tempo em que constrói uma boa imagem perante a sociedade.

Contudo, uma atuação despida de caráter coercitivo, apenas baseada na consciência dos empresários não se mostra suficiente no Brasil, haja vista que nem todas empresas adotam esta postura, sendo necessária a presença do Estado, por meio do Poder Legislativo, para regulamentar a destinação do lixo eletrônico, atribuindo coercitividade ao assunto ao trazer previsão de responsabilidade àqueles que atuam na cadeia de fornecimento de eletrônicos, a exemplo da Lei Paulista n. 13.576/09 e da Lei Federal n. 12.305/10.

3.2.2. Responsabilidade

A participação livre e consciente do setor empresarial com vistas ao correto armazenamento de produtos eletrônicos em desuso é ideal, todavia não representa a realidade nacional de forma completa. O aumento na quantidade de aparelhos eletrônicos e acumuladores de energia ilustram o atual cenário nacional, o que reclamou regulamentação do Poder Estatal no que concerne à responsabilidade pela destinação final destes produtos.

A Constituição Federal Brasileira data de 1988 e reserva um capítulo para tratar do Meio Ambiente. Em seu artigo 225, *caput*, dispõe que incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, todavia, sem apontar os mecanismos pelos quais isto se efetivará, o que demonstra ser uma norma de eficácia limitada que reclama uma complementação.

Apesar de anterior a 1988, a Lei n. 6.938/81, ao ser recepcionada pela Constituição Federal passou a exercer papel complementador ao artigo 225 da CF, por trazer normas que regulam a Política Nacional do Meio Ambiente, como bem demonstra o artigo 1º. da Lei. Traz importantes conceitos como os de poluição e poluidor (art. 8º, incisos III e IV), mas deixa de tratar de importantes assuntos relativos ao meio ambiente, como os

²² ROSA, Agostinho. **Fabricação de cada computador consome 1.800 quilos de materiais.** Disponível em: <<http://www.inovacao tecnologica.com.br>>. Acesso em: 31/05/2010.

resíduos sólidos e a questão de sua destinação final.

No Brasil, após 19 anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, normatizando instrumentos para a gestão do lixo- perigoso e não perigoso-, além de tratar da responsabilidade que deve ser atribuída àqueles que o geram.

A responsabilidade que se procura impor é a decorrente da poluição causada pelos aparelhos eletrônicos descartados de maneira incorreta, em razão da sua vasta quantidade, além da existência em sua composição de metais pesados que, se em contato com o solo ou lençol freático, causam danos ambientais.

O poluidor é tanto pessoa física quanto jurídica (art. 3º, IV, Lei n. 6.938/81), ambos possuindo a mesma responsabilidade, não sendo este um critério diferenciador para atribuição de maior ou menor responsabilidade. A responsabilidade é de caráter objetivo, não havendo necessidade de prova da culpa, mas tão somente a demonstração do fato, do dano e do nex causal que os une, conforme o artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição.

A Lei n. 12.305 de 2010 afirma ainda que quando se tratar de fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de pilhas e baterias, de produtos eletrônicos e seus componentes haverá obrigação de estruturar e implementar o sistema de reciclagem, que se efetivará por meio do retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, podendo alternativamente: implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas; disponibilizar pontos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; ou atuar em parceria com cooperativas ou outras associações de catadores de produtos reutilizáveis. Desse modo, impõe entre aqueles uma responsabilidade solidária, designando-a como responsabilidade compartilhada.

A Lei n. 13.576, do Estado de São Paulo também regula a destinação final do lixo eletrônico a fim evitar danos à sociedade e ao meio ambiente. Sendo assim, estabelece a responsabilidade solidária entre aqueles que produzem, comercializam e importam produtos e componentes eletroeletrônicos,

como periféricos de computadores, monitores, televisores, acumuladores de energia e produtos magnetizados (art. 2º, *caput* e incisos)

Possuem eles responsabilidade pela destinação final e adequada do *e-waste*, tendo por obrigação manter pontos de coleta a fim de viabilizar o correto descarte. Para que isso ocorra devem constar na embalagem o no rótulo informações sobre: pontos de entrega, a advertência para que seu descarte não se dê em lixo comum, endereço e telefone dos fornecedores responsáveis, assim como o alerta de metais pesados em sua composição.

Essa atribuição dada àqueles que têm por objeto social a comercialização de aparelhos eletrônicos objetiva a retirada dos mesmos, quando descartados pelos consumidores, reunindo-os para reutilização, ou quando não possível, para a reciclagem, transformando-o novamente em matéria prima, que será reaproveitada para a mesma finalidade ou finalidade diversa. Caso se verifique que os produtos eletroeletrônicos não receberam a disposição final adequada, os empresários que fabricam, importam ou vendem aparelhos eletrônicos responderão solidariamente pela poluição gerada ao meio ambiente.

4. Conclusão

Algumas empresas, antes mesmo da entrada em vigor da Lei Paulista n. 13.576 de 2009, já possuíam e exerciam um papel de destaque na efetivação da reciclagem de resíduos sólidos eletrônicos. Contudo, após 2009, a atuação empresarial passou a ser de observância obrigatória a todas as empresas-fabricantes, importadores ou comerciantes- de aparelhos eletroeletrônicos, em razão da imposição legal que atribui a elas responsabilidade solidária na destinação final do *e-waste*.

No mesmo caminho e após longos 19 anos de tramitação no Congresso Nacional, o Projeto da Política Nacional de Resíduos Sólidos tornou-se Lei, impondo observância obrigatória quanto aos seus princípios e normas. De caráter nacional trouxe não apenas a ideia da cooperação das empresas na logística reversa de resíduos sólidos, mas

igualmente indicou formas pelas quais esta poderá ser adotada.

Indicar os mecanismos por meio dos quais essa participação do setor empresarial se efetivará é de extrema relevância, pois apenas impor responsabilidade e cobrar resultados dos empresários é muito simples para o Poder Público. Vale lembrar que o dever de defender e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado é imposto tanto pela coletividade, quanto pelo Poder Público, devendo atuar conjuntamente.

Transferir a responsabilidade apenas para um dos setores da sociedade não resolve o problema, apenas desvia a atenção para algo de menor importância, além de trazer desgastes.

Os empresários individuais e sócios de empresa não podem exercer atividade econômica objetivando somente auferir lucros, mas atuando de forma refletida e ética, ou seja, uma busca por resultados positivos respeitando o meio ambiente e a coletividade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de direito do consumidor**. Barueri: Manole, 2006.
- BIALOSKORSKI, Sigismundo. **Aspectos econômicos das cooperativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania ecológica**. São Paulo. Editora Delfos, 2006.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- CAGGIANO, Carlos Eduardo Herman Salem. **A defesa do consumidor e sua evolução legislativa: inclui manifestações sobre projetos de lei referentes à matéria**. Barueri: Minha Editora; São Paulo: CEPES, 2005.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. **Legislação Ambiental Brasileira**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.
- CONCEIÇÃO, Márcio Magera. **Os empresários do lixo: um paradoxo da modernidade: análise interdisciplinar das cooperativas de reciclagem de lixo**. Campinas: Editora Átomo, 2003.
- DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- _____. **Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada; DA SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NUNES, Cristina Brandão. **A ética empresarial e os fundos socialmente responsáveis**. Porto: Vida Económica, 2004.
- OLIVEIRA, Mariá Vendramini Castrignano de; CARVALHO, Anésio Rodrigues de. **Princípios básicos do saneamento do meio**. 8. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.
- PANZUTTI, Ralph et. al. (org.). **Cooperativa: uma empresa participativa**. São Paulo: OCESP, 2000.
- PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005.
- PHILIPPI JR., Arlindo; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e. Resíduos Sólidos: Características e Gerenciamento. In: PHILIPPI JR., Arlindo (editor). **Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. Barueri: Manole, 2005.
- PHILIPPI JR.; BRUNA, Gilda Collet; SILVEIRA, Vicente Fernando. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. In PHILIPPI JR.; ALVES, Alaôr Caffé (editores). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri: Manole, 2005.
- PINHO, Diva Benevides. **O cooperativismo no Brasil: da vertente pioneira à vertente solidária**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.
- RODIGUES, Francisco Luiz; CAVINATTO, Vilma Maria. **Lixo: de onde vem? para onde vai?** 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2003.
- SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito cooperativo brasileiro: (comentários à lei 5.764/71)**. São Paulo: Dialética, 2004.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas**. São Paulo, v. 15, n. 25, 2003.

RESUMO

A intensidade tecnológica da vida moderna gera inúmeras situações que requerem decisões sobre publicidade de dados processuais ou decretação de sigilo. Estudamos, abaixo, as vantagens e desvantagens do processo eletrônico, apresentando sugestões para preservação de dois princípios/valores constitucionalmente protegidos: publicidade e intimidade. Quando entram em rota de colisão, deve o Judiciário buscar a solução através da ponderação no caso concreto. A Lei de Informatização do Processo (processo eletrônico ou digital) é um passo para implementação da celeridade processual, mas concluímos que não pode atropelar ou macular a distribuição da justiça. A celeridade não pode sobrepor-se à efetividade.

Palavras-chave: Publicidade. Sigilo. Privacidade. Intimidade. Processo. Eletrônico. Celeridade. Efetividade.

ABSTRACT

The intensely used technology in modern times generates countless situations which require decisions concerning the public opening of procedural data or the decree of its secrecy.

In this chapter we study the advantages and disadvantages of the electronic processes, presenting some suggestions for the protection of both constitutional principles: publicizing (public domain) or keeping processual privacy. When the above mentioned principles collide, the Judiciary must find appropriate solutions through each concrete case. The Law governing Electronic or Digital Legal Proceedings is one step forward towards the implementation of processual celerity, although we support the idea that this celerity must not run over nor stain the distribution of justice. Haste can never overlap effectiveness.

Keywords: Opening of Data. Secrecy/Privacy. Intimacy. Electronic Law Suit. Digital Legal Proceedings. Celerity. Effectiveness.

*Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP/SP, Professor de Teoria do Direito e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UniFMU – SP, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU em São Paulo.

1. Introdução

A Lei de Informatização do Processo Judicial (LIP) é a Lei nº 11.419/06.

O dilema que enfrentamos é, sem dúvida, entre a transparência pública e o da opacidade dos negócios privados¹. De fato, nossa Constituição consagra que a regra é a publicidade (art. 93, IX), consistindo o sigilo em exceção. O sigilo pode ser decretado no processo consoante as razões do próprio art. 93, IX, CF (intimidade) ou consoante as razões do art. 5º, inc. LX, CF (intimidade ou interesse social).

Como conciliar, então, a publicidade, que é a regra (e constitui-se em importante mecanismo de controle do Poder Público pelo cidadão) e a intimidade?

Nossa Constituição possui mais duas cláusulas pétreas protetoras da intimidade: art. 5º, incisos X e XII – intimidade, vida privada, honra, imagem, sigilo de correspondência, dados, comunicações telegráficas e telefônicas (excetuados os casos de investigação judicial). Diz-se que, quando somente o Judiciário pode quebrar estes sigilos, estamos diante de cláusula de reserva judicial.

O Constituinte foi expresso ao prescrever cláusula de reserva judicial apenas para a quebra do sigilo telefônico. Vozes há no sentido da desnecessidade de ordem judicial para quebra de sigilo de correspondência ou sigilo bancário, o que o STF ainda promete definir.

Onde estaria, então, o limite entre o direito de informação, e consequente fiscalização do Poder Público, e a mera curiosidade alheia?

Veremos, mais adiante, que somente a ponderação no caso concreto pode resolver o dilema (princípio da proporcionalidade). A tecnologia facilita a vida do cidadão e traz eficiência e celeridade à máquina pública, mas a privacidade/intimidade precisa ser resguardada. A intimidade tem estreita relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e não é raro

veremos o STF colocar este último acima dos demais princípios.

O Poder Judiciário sempre foi mais refratário ao acolhimento de novas tecnologias. A tecnologia tanto pode acelerar o processo quanto submeter o cidadão a violação de garantias constitucionais. O problema só pode ser resolvido com a conciliação de interesses. O Juiz tem o grande poder, muitas vezes mal usado, de decretar sigilo em um caso concreto.

Poderíamos dizer, igualmente, que a publicidade também decorre da dignidade da pessoa humana, uma vez que o cidadão sente-se digno e confiante ao fiscalizar o Poder Público e obter respostas transparentes dos órgãos públicos.

A intimidade é representada por um círculo concêntrico menor do que a privacidade. Refere-se a intimidade a questões sexuais e religiosas - é um círculo menor, muito particular e impenetrável².

Os direitos fundamentais de segunda geração, em que o Estado está vinculado a uma prestação positiva a favor do cidadão, sem dúvida vieram para proteger e implementar o conteúdo da cláusula pétrea da intimidade. O cidadão passa a exigir do Estado providências pró-ativas no sentido de proteção de seu nome, honra, dados e demais consectários da intimidade/vida privada.

Há inclusive a possibilidade do direito ao esquecimento, do direito de ser deixado só, de não monitorado e não ser registrado ou reconhecido. Tudo isso está correlacionado com a dignidade da pessoa humana e consagra os direitos fundamentais de segunda geração, em que o Estado deve assumir papel ativo de proteção, editando normas conciliadoras do direito de publicidade e direito de privacidade/intimidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela ONU em 10.12.48, trouxe a privacidade enquanto Tratado ratificado pelo Brasil: “Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e

¹ PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 13.

² COSTA JR., Paulo José da. *O Direito de Estar Só*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-31.

reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O Pacto de San José da Costa Rica, igualmente um Tratado ratificado pelo Brasil em 1992, hoje recepcionado com *status* de norma supralegal (acima das Emendas e abaixo da Constituição), traz, também o seguinte: “Artigo 13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça; Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade. Inciso 1 - Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Inciso 2 - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Inciso 3 - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Nos EUA, o direito de privacidade foi pela primeira vez discutido no famoso caso *Griswold x Connecticut*, em 1890, em que uma senhora da alta sociedade viu-se ofendida com notícias divulgadas sobre as festas que oferecia. O caso baseou-se no artigo “The Right to Privacy”, dos autores Samuel Warren e Louis D. Brandeis, que elevavam a privacidade à categoria de Direito Fundamental. Com base neste artigo, destes dois autores, a Justiça Norte-Americana julgou indevida a intromissão da mídia que expunha fatos privados ocorridos nas festas da citada senhora da alta sociedade norte-americana³.

Nosso novo Código Civil de 2002, em seu art. 21, traz a possibilidade de discricionariedade do juiz para decretar sigilo, o que parte da doutrina pensa constituir-se em poder discricionário excessivo nas mãos do juiz⁴.

O Código Penal protege o cidadão contra a invasão de domicílio (art. 150).

³ Louis Brandeis e Samuel Warren, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, v. 4, p. 193, 1890 APUD MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 379-380.

⁴ ANDRADE, Rodrigo Alves de. *O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico*. In: O Direito na Sociedade da Informação II (Org.) Liliana Minardi Paesani, 1ª Edição, São Paulo: Atlas, p. 157.

O CPC de 1939 previa a oralidade e publicidade em diversos dispositivos. Nosso CPC atual, de 1973, inúmeras vezes modificado, prevê oralidade e publicidade em seus artigos 132, 330, 552, dentre outros, mas de maneira atenuada.

Em Roma e Atenas já se previam alguns julgamentos públicos. O Direito Canônico, todavia, foi formalista e restringiu a publicidade. A falta de publicidade permeou o Direito da Idade Média significativamente.

A LOMAN tem dispositivo restringindo a publicidade em casos de processo de perda do cargo de juiz (art. 27, § 2º), o que se revela flagrantemente inconstitucional face ao 93, IX, CF, em nossa opinião e de parte da doutrina.

A regra, portanto, hoje, deve ser a publicidade, e o segredo a exceção. O ato público inspira confiança, respeito e fiscalização por parte da população quando é transparente.

O Mestre Canotilho asseverou: “O Estado Democrático exige conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe actos normativos secretos contra os quais não se pode defender”⁵.

O direito à informação pode ser garantido pelo *habeas data*, presente como remédio constitucional em nosso artigo 5º, LXXII, CF.

A nova redação do art. 93, IX, CF, dada pela EC 45/04, estende as hipóteses do 155, CPC (decretação de sigilo a critério do juiz), mas deixando claro que se deve tomar o sigilo como exceção.

A Lei 9784/99, que regula o Processo Administrativo Federal (e é aplicada em conjunto com a legislação do processo administrativo nos âmbitos estadual, distrital e municipal), traz expressamente o princípio da publicidade como regra (art. 2º).

A tecnologia (processo eletrônico), pois, coaduna-se com o interesse público, que deve ser a regra, deixando o interesse privado como exceção. No Brasil ainda não há rol taxativo de casos privados em que deva ser decretado o sigilo, ficando tal a critério do juiz.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1995 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 34.

O caso Daniela Cicarelli, por exemplo, foi emblemático. Decretou-se o sigilo quanto ao filme veiculado na *internet*, com finalidade econômica e de mera curiosidade, quanto aos atos sexuais da modelo em cenas protagonizadas na praia com o namorado. Mas a ação de indenização por danos morais e materiais foi julgada improcedente, e pode ser consultada por todos. O acórdão do caso, face ao princípio da publicidade, é facilmente encontrado na *internet* ou no Google, no endereço

<http://www.georgemlima.xpg.com.br/cica.pdf>
ou

<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=FA3465E9D120B03F89A2DF77DC4ABEE4?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=daniella+cicarelli>
Enfim, os atos processuais, hodiernamente, podem ser praticados eletronicamente (artigos 2º e 8º da LIP). Os documentos produzidos pelo Judiciário podem ser digitalizados e disponibilizados pela *internet* (art. 10 da LIP).

2. O que Buscou a Lip?

Sem dúvida, o que buscou a LIP foi a efetividade e a celeridade no processo. A efetividade não se confunde com a celeridade. A celeridade é a rapidez no processo, mas sem comprometer a efetividade. A efetividade obedece às regras da Constituição, é a busca do resultado justo.

A missão do processo é a distribuição da justiça. A celeridade não pode atropelar a efetividade. Não se pode sacrificar o fim em nome do meio.

A Emenda nº 45/04 acresceu ao art. 5º o inciso LXXVII, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de tramitação. Objetivou, sem dúvida alguma, a desburocratização e simplificação do processo.

Sustentam alguns que o princípio da celeridade já vinha implícito no princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), que é específico para a Administração Pública, ou que surgiu com o Estado de Direito e com a dignidade da

pessoa humana (art. 1º, III, CF) e devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

A duração ilimitada do processo atenta contra a dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais⁶. Deve-se proteger o indivíduo contra ofensas e humilhações. A proteção efetiva é proteção em prazo razoável. A modernização da Justiça é crucial.

Mas, o processo célere não pode sacrificar princípios, direitos e a própria efetividade da distribuição da justiça, sob pena de tornar-se um instrumento nocivo. A efetividade deve ser o alcance de um resultado prático, mas com observância dos princípios constitucionais do processo justo.

A lentidão da Justiça sempre foi criticada pela sociedade e pela mídia. O processo atinge sua função social?

O processo eletrônico não pode, a bem da celeridade, atentar contra os princípios processuais da Carta Magna. A Constituição é regra fundamental, como fonte de preservação da democracia. As normas processuais constitucionais continuam a informar o processo eletrônico, e são garantias de preservação dos direitos e das liberdades dos cidadãos.

A celeridade não pode atropelar os meios.

O processo eletrônico tem a vantagem de diminuir a extenuante tarefa dos Cartórios e serventias. A Justiça e mesmo o Executivo e Legislativo dispõem de número limitado de servidores. O aparelhamento do Poder Público é crucial, e o processo eletrônico colabora com esta tarefa.

Quanto à videoconferência, o STF posicionou-se contrariamente à ferramenta tecnológica, sob o argumento de que constituiria limitação da ampla defesa, além de inconstitucionalidade formal⁷. Asseverou o STF que deve-se mensurar se a videoconferência não exporia detalhes de um

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 500.

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=videoconfer%EAncia&base=baseAcord>
aos

júri, por exemplo, na *internet*. A reforma de um veredicto por um Tribunal Superior, posteriormente, e favoravelmente ao acusado, certamente não teria a mesma repercussão.

Porém, vozes da doutrina ditam que poderia ser amplamente utilizada a videoconferência para casos de menor complexidade, ou para oitiva de testemunhas

O STJ, a seu turno, tem demonstrado que não ofende as garantias constitucionais a videoconferência, em nome da celeridade, após a Lei nº 11.900/09 (lei da videoconferência). Entende o Sodalício que deve-se demonstrar o prejuízo para a defesa⁸. Entende o STJ que o prejuízo deve ser demonstrado para que o ato seja nulo. O STF ainda não julgou a questão após o advento da Lei nº 11.900/09. Antes desta lei, julgou inconstitucional o interrogatório por videoconferência (ferimento ao devido processo legal e à ampla defesa, como exposto).

Porém, diversas têm sido as medidas não eletrônicas inseridas na legislação para dar celeridade ao processo: modulação de decisões de inconstitucionalidade por parte do STF (art. 27, Lei nº 9.868, em razão de segurança jurídica), a introdução do art. 285-A, no CPC, facultando ao juiz a prolação de sentença em casos repetitivos, assim como os artigos 543-A e 543-B, também do CPC, restringindo a subida de recursos extraordinários sem repercussão geral.

Hoje permite-se ao Relator num Tribunal a conversão de um agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, CPC), em casos em que não esteja patente a lesão irreparável.

As Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01, que tratam, respectivamente, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito das Justiças Estadual e Federal, são fruto de tentativas de aceleração dos processos.

A nova lei do Mandado de Segurança também trouxe novidades, como a proibição de concessão de liminar para desembaraço aduaneiro, proibição de concessão de liminares

para compensação tributária e proibição de liminares para concessão de aumentos de subsídios de servidores públicos (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09).

A penhora *on line*, todavia, foi a novidade que mais trouxe celeridade para os credores nas áreas cível, tributária, trabalhista, etc.

É verdade que a execução deve se dar pelo meio menos gravoso e menos vexatório para o devedor. Mas também é certo que deve se dar do modo mais interessante para o credor. Os artigos 185-A, CTN, e 655-A, CPC, permitem a penhora de dinheiro, *on line*, em conta corrente bancária do devedor.

A contribuição para a celeridade foi muito grande. Para completar a novel legislação, o Judiciário firmou Convênio com o Banco Central, instituindo o BACENJUD.

A penhora *on line* não viola o direito à intimidade do executado, uma vez que a movimentação bancária não é trazida para o processo, mas tão-somente o valor depositado e correspondente ao crédito, devidamente penhorado, naquele momento. Nada mais é revelado.

Há duas ADINs contra o Convênio BACENJUD para penhora *on line*, sob o argumento de que o Convênio firmado pelas Justiças fere a competência exclusiva da UNIÃO para legislar sobre matéria processual (art. 22, I, CF) e sob o argumento de que o Judiciário feriria a separação dos Poderes ao penetrar em seara do Poder Legislativo. O parecer do Procurador-Geral da República foi em sentido contrário, argumentando que só se está conferindo efetividade à jurisdição⁹.

A penhora já vem prevista no CPC (art. 655), e o Convênio apenas a implementa. É corolário do processo eletrônico. A ordem preferencial, para evitar a astúcia do devedor, é a penhora em dinheiro, que apenas é efetuada *on line*. A tecnologia moderna apenas garante efetividade à prática jurisdicional (modifica-se apenas o *modus*, o meio de realização da constrição).

O sigilo bancário, na penhora *on line*, permanece intocado e resguardado. Poderia, se

⁸ http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=videoconfer%EAncia&b=ACOR

⁹ MARTINS, Adalberto. *A Penhora on line no Processo do Trabalho*. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 320.

fosse o caso, ser quebrado com autorização judicial (embora defendamos a desnecessidade de autorização judicial), mas apenas o valor penhorado em conta corrente é que aparece nos autos, em penhora feita pelo próprio juiz, que é o único que detém a senha fornecida pelo Banco Central (a senha BACENJUD).

O sigilo bancário, no mais, “não é absoluto nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo”. Ainda, “a jurisprudência do STF admite a quebra do sigilo pelo Judiciário ou por Comissão Parlamentar de Inquérito”. E, mais “o STF não toma a quebra do sigilo bancário como decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição”. Por fim, “o sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade”¹⁰.

O juiz pode determinar a penhora *on line* em qualquer estabelecimento bancário do país, mitigando-se o princípio da aderência. Vê-se que a contribuição para a celeridade e, conseqüentemente, efetividade é total.

Se a Carta Precatória ou a citação, hoje, já podem ser feitas por via postal ou eletrônica, como mitigação da aderência, então pode a penhora *on line* de dinheiro ser feita em qualquer local do país, via *internet*. A interpretação do art. 658, CPC, permite o ingresso do processo e meios eletrônicos para se encontrar e intimar/citar o devedor (fim social da norma e equidade, princípios do devido processo legal e ampla defesa, e princípio da celeridade).

A Lei nº 11.419/06 (LIP) sem dúvida alguma foi importante passo para busca da celeridade prevista na Constituição (e por que não dizer da eficiência prevista no art. 37).

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 385.

Busca-se atenuar a demora e o tecnicismo exagerado, com uma justiça rápida, transparente e de qualidade. Em direito comparado, temos o preceito em diversas Constituições e legislações infraconstitucionais. O preceito está previsto, por exemplo, no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, Tratado ao qual o Brasil aderiu em 1992:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Enfim, o processo eletrônico, presente em todas as modalidades acima citadas, veio para implementar a efetividade e a celeridade¹¹.

3. A Tecnologia, a Publicidade e a Privacidade/Intimidade

A possibilidade de exame dos autos e dos atos públicos denota controle social. A conduta pública transparente denota

¹¹ PIRES FILHO, ANTONIO FERNANDO COSTA. *Efetividade Jurisdicional*. Alguns parágrafos acima basearam-se neste nosso artigo, publicado exclusivamente na *internet*. Extraiu-se parte de seus conteúdos para elaboração deste artigo, sem cópia *ipsis litteris*. Faz-se, aqui, a devida autocitação. Nosso artigo anterior, *Efetividade Jurisdicional*, foi publicado exclusivamente na *Internet* nos *sites* das Editoras Magister, em <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=888>, Editora Fiscolex, em http://www.fiscolex.com.br/doc_19064313_EFETIVIDADE_JURISDIONAL.aspx, Editora Jurisite, em <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto544.html> e Editora Lex, em http://www.editoralex.com.br/noticias/doutrinas/doutrinas_texto.asp?ID=16900797&acesso=2, acessados em 01.06.11, como subsídios para elaboração deste trabalho. Fazemos, neste instante, a devida autocitação.

moralidade (o juízo público tende a ser um juízo justo; o juízo secreto é repudiado). A *internet* ajuda o controle do Poder Judiciário e da Administração Pública, ademais do controle do Poder Legislativo.

O mérito do ato administrativo não é controlável, mas a forma (se exigida a forma pública), sim. O acompanhamento do serviço judiciário e administrativo possibilita fiscalização e controle, em busca da celeridade e transparência. A prestação jurisdicional também é prestação de serviço público.

Assim, o processo eletrônico contribui para razoável duração do processo, mas não é a única solução: impõe-se uma infra-estrutura melhor.

Não fere a CF o § 6º, do art. 11, da Lei de Informatização do Processo Judicial (LIP) - Lei nº 11.419/06: a vista dos autos digitais será restrita às partes e advogados cadastrados, além do MP. O CNJ assim decidiu, alegando ampliação do direito ao sigilo – interpretação restritiva do conceito de publicidade (Procedimento de Controle Administrativo nº 2007.1.000.000.3932, Relator Conselheiro Antonio Umberto de Souza Júnior, data j. 25.03.08).

Para alguns doutrinadores, não caberia a restrição acima, pois se reduziriam os mecanismos de fiscalização¹².

Mas alguns Tribunais disponibilizam consulta a jurisprudência com nome das partes e outros dados que podem ser vexatórios. Destarte, é preciso ajustes nos sistemas de informática dos Tribunais. Qualquer um, hoje, pode consultar o caso do nudismo na praia de Santa Catarina, e verificar o nome das partes (*in casu*, o nome da mulher que exibiu os seios desnudos descuidadamente e foi fotografada). Vejamos, extraído o julgado dia 04.06.11 de http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=privacidade+e+dano&b=ACOR, tendo sido clicado, em seguida, em “Íntegra do Acórdão”, para ver o nome das partes:

RESP 595.600/SC
2003.0177033-2

¹² PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 94-95.

Recorrente: MARIA APARECIDA DE ALMEIDA PADILHA
Recorrido: ZERO HORA JORNALÍSTICA S/A
Relator Ministro César Asfor Rocha
Órgão Julgador: Quarta Turma
Data do julgamento: 18.03.04
DJ 13.09.04 p. 259 RDR vol. 31 p. 442 RSTJ vol. 184 p. 386

EMENTA - DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.

Portanto, temos a seguinte situação:

1) EFEITOS NEGATIVOS DA PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: a) comércio de banco de dados – dados com valor econômico; b) divulgação de dados pela *internet*; c) formação de listas negras para fins mercantis; d) impossibilidade do direito ao esquecimento – dificuldade do condenado encontrar trabalho; e) formação de base de dados (advindas das decisões judiciais) para formação de perfis (como testemunhas profissionais) para, por exemplo, fins de sinistros (companhias de seguros); f) formação de perfis (profissionais, hábitos de consumo, etc) – cidadão tratado como número; g) divulgação de litígios na área da saúde (impossibilidade de anonimato para quem tem AIDS) – desestímulo à busca da tutela no Judiciário; h) divulgação da intimidade (como religião) e dificuldade para alcance de um emprego; i) envio de *e-mails* falsos, com dados verdadeiros (nome das partes, tribunal, etc), com a finalidade de fraude (*phishing*).

2) EFEITOS POSITIVOS DA PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: a) princípios constitucionais do proc. antes relegados a estudos acadêmicos hoje ganham força com a celeridade; b) o sistema está mais efetivo no que toca à proteção da intimidade; c) o modelo cartáceo não privilegia tanto assim a publicidade, mas é preciso cuidado com o proc. eletrônico, mormente na seara penal, para preservarmos os dir. fundamentais; d) o processo eletrônico suplanta a necessidade de se ler DO, ir ao átrio do Fórum ou aguardar conclusão e vista ao MP; e) maior proximidade da população e Judiciário; f) “reflexos educacionais” do processo (Dinamarco¹³); g) custos minimizados; h) transparência maior, maior respeito do público e maior fiscalização por parte do público; i) oportunidade de maior uniformização de jurisprudência (advogados e juízes têm começado a citar mais casos encontrados na *internet*); j) propagação de sentenças e maior segurança jurídica; k) credibilidade do sistema (já se anulou ato de intimação com erro).

4. Relativização de Princípios: Conciliação da Garantia da Publicidade e da Privacidade/Intimidade

Deve-se buscar o equilíbrio na coexistência de direitos ou princípios – a aplicação equânime deve se dar com base na hermenêutica constitucional, visando a preservação dos valores. A harmonização busca a otimização. Retira-se o conflito e a possibilidade de um valor, princípio ou direito sobrepor-se a outro.

A intimidade pode ser vista enquanto garantia: assegura a preservação da vida privada. Enquanto direito, pode ser vista como mecanismo para que o cidadão possa exigir do Estado a reparação civil ou penal.

A publicidade também tem um duplo aspecto. A publicidade enquanto garantia é o instrumento de fiscalização do Estado.

Enquanto direito, fornece instrumentos para o acesso de informações respeito da própria pessoa (inclusive informações processuais).

Quando estamos diante de normas de mesmo valor constitucional, devemos procurar a solução menos gravosa: a relativização não busca prevalência eterna de um princípio em detrimento do outro mas, como princípios traduzem valores elásticos, a hermenêutica pode resolver sobre sua aplicação, enquanto que as normas que são apenas regras, ou são aplicadas ou não.

Para aplicação da justa medida dos princípios ou direitos em choque é preciso a ponderação no caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade. Este nos diz se a solução é necessária (não há outra solução menos gravosa que a adotada), adequada (a solução deve ser apta ao fim pretendido) e proporcional em sentido estrito (equilíbrio ou justeza da decisão).

O conflito de regras, a seu turno, resolve-se apenas pela prevalência de uma sobre a outra – a de maior grau prevalece. Esta solução é inviável para princípios e direitos.

Ronaldo Alves de Andrade, Juiz de Direito em SP e Doutor em Direito, conclui que publicidade deve ser relativizada/mitigada para coexistência com intimidade, para preservação dos direitos fundamentais do cidadão. Todavia, deve-se buscar mecanismos para decretação do sigilo e avaliação por parte dos envolvidos, e não deixar a decretação somente nas mãos do juiz¹⁴.

Uma **sugestão** seria o pedido, na inicial, feito pelo(a) Autor(a) de que o processo deva correr em sigilo. O juiz, antes de analisar a inicial e tomar as providências de praxe (citação, decisão liminar, etc), analisaria a questão da decretação do sigilo.

A publicidade é a regra, o sigilo a exceção. A existência do interesse público é marco terminativo da privacidade. O juiz deve valorar o interesse público acima do sigilo, pois a transparência do Judiciário deve ser a regra.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, 198.

¹⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *O Direito à Privacidade e à Intimidade no Processo Eletrônico*. In: *O Direito na Sociedade da Informação II* (Org.) Liliana Minardi Paesani, 1ª Edição, São Paulo: Atlas, 2010, p. 156-161.

A regra geral é justamente que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público/social. O juiz deve seriamente fundamentar o segredo de justiça na defesa da intimidade. A discricionariedade do julgador deve ser seriamente fundamentada (motivada).

Almeida Filho critica a falta de critérios objetivos, pois a proporcionalidade e razoabilidade seriam muito subjetivas¹⁵.

Poderiam, portanto, ser incluídas cláusulas de exceção nas normas (por exemplo: não saia da sala antes do alarme do final da aula, mas saia em caso de incêndio – introduz-se na primeira cláusula uma exceção: “você pode sair em caso de incêndio”).

Mas de nada adianta a cláusula de exceção ser “intimidade” ante a nova sistemática do processo eletrônico, pois o sujeito está mais exposto com a divulgação eletrônica de seu nome na *internet* em feitos processuais nos dias atuais. Precisaríamos de mais garantias para proteção da privacidade, talvez uma cláusula de exceção mais específica.

Na colisão de princípios ou direitos, um terá de ceder, mas sem invalidar o outro. Teremos para o caso concreto apenas a precedência de um sobre o outro, pois têm diferentes pesos no caso concreto. A questão das regras é mais fácil: têm apenas validade, uma prevalecendo imediatamente sobre a outra.

Assim, a única solução para proteção da intimidade face ao processo eletrônico e a publicidade que ele traz é a ponderação no caso concreto.

Contra o excesso de poder do magistrado, relativizando demais a publicidade, talvez pudéssemos elevar a dignidade da pessoa humana sobre a publicidade. A ponderação dar-se-ia com a dignidade, e não com a intimidade, o que talvez facilitasse a decisão do juiz.

Após cair em ambiente virtual, a informação não poderá mais ser controlada. Daí a necessidade de mais um critério para controlá-la: a finalidade (a finalidade diria para o juiz se a informação deve se tornar pública ou não). Documentos antes públicos poderão não sê-lo mais com a chegada da revolução tecnológica se não atingirem a finalidade pedida na Constituição e nas leis.

Outra boa solução, para ajudar o juiz, é a anonimização. A sentença deve ser pública, mas se anonimizada as partes, está cumprida a finalidade (divulgar e proteger). A finalidade deve ser um “desígnio constitucionalmente legítimo”¹⁶.

O momento para a anonimização é o início do processo. Se iniciou público, não haveria motivo para se anonimizar ao depois. A anonimização também não pode prejudicar defesa e contraditório (o réu, obviamente, deve conhecer com quem demanda).

Nossa legislação processual, ao estabelecer que tudo deva constar da petição inicial, obstaculiza a anonimização. Para haver a anonimização no Brasil precisaríamos de mudanças na legislação processual para admitir manifestação prévia à petição inicial. Uma vez que já existe manifestação prévia na ação de improbidade – Lei 8429/92 – e defesa prévia no processo penal, a manifestação prévia evitaria lides temerárias na órbita civil, preservando a própria jurisdição.

Para aferir-se a finalidade, devemos verificar: legitimidade – a exclusão da publicidade deve basear-se num fim legítimo, constitucionalmente protegido; necessidade – necessidade da medida para o fim colimado; proporcionalidade – sacrifício da publicidade em benefício de outro direito invocado.

Para relativizar a publicidade o juiz deve ter em mãos recursos tecnológicos. Para anonimizar idem, como, por exemplo, o uso de acrônimos (siglas – JSL, designando João da Silva Leite). Seria inútil anonimizar-se na sentença, pois esta teria de ser reescrita (nem há funcionários para tanto como a tarefa humana seria impossível). Uma solução é o esforço entre homem e máquina no caso

¹⁵ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional nº 45/04 e o Processo Eletrônico*. Revista de Direito Eletrônico, ano III, vol. VIII, jan/jun 2006 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 138.

¹⁶ PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 146.

concreto, anonimizando-se desde o início do processo.

Mais uma solução: o uso de pseudônimos (nomes falsos). Quem tem AIDS, testemunhas em face de agressor, etc, todos estariam eletronicamente protegidos (nos EUA, usa-se pseudônimos costumeiramente em casos de aborto e direitos de reprodução, abuso sexual, AIDS, homossexualismo e transexualismo, religião, drogas e testes antidoping, condutas criminais pouco éticas, menores, abusados, filhos ilegítimos, bem-estar social, medo de dano corporal por revelar informação durante investigação e sigilo profissional).

Acolhe-se o sigilo, nos EUA, somente quando a vergonha e ofensa possam tornar desinteressante litigar. A imprensa, a seu turno, não pode ser condenada por publicar documentos públicos. Para Almeida Filho, “se está no processo pode ser publicizado”¹⁷.

Questão interessante atine ao sigilo da pessoa jurídica. Pensamos, como boa parte da doutrina, que é possível que um processo, eletrônico ou não, corra em sigilo a bem de que um produto não seja desacreditado no mercado. O produto pode, a final, ser julgado digno.

Todavia, há vozes que se levantam a dizer que tal seria mais manifestação da propriedade do que intimidade, pois não é possível personificar-se a intimidade numa pessoa jurídica. Mas, prevalece que se pode proteger a pessoa jurídica. Os cadastros de reclamação no Brasil, de acordo com o Código do Consumidor, devem julgar bem fundamentada a reclamação, para não desprestigiar desarrazadamente uma empresa.

5. Conclusão

A regra é a publicidade, e o segredo a exceção. É preciso, e chegamos a esta conclusão, ponderar-se caso a caso nas situações em concreto, deixando ao arbítrio do

juiz, fundamentadamente, a decretação do segredo de justiça.

Por óbvio, pode-se concluir que as novas tecnologias (digitalização de dados processuais e acesso irrestrito pela *internet*) podem afetar a intimidade/privacidade, devendo a prudência e o estabelecimento de critérios objetivos imperar sobre a subjetividade.

A Lei nº 11.419/06 (LIP – Lei de Informatização do Processo Judicial) veio para contribuir com a eficiência, efetividade e celeridade do processo. Mas a celeridade não pode macular a efetividade, que é a entrega justa da prestação jurisdicional. A celeridade eletrônica não pode atropelar a busca da verdadeira justiça.

Recursos como a anonimização e uso de pseudônimos podem ser úteis, desde que implementados no início do processo, para proteção da intimidade de pessoas em contendas envolvendo sexualidade, religião e outros temas sensíveis para a sociedade.

Em suma, o processo eletrônico não veio para macular os Direitos Fundamentais, mas sim para somar. Crescendo a publicidade cibernética, deve crescer também a proteção da intimidade/privacidade.

O agigantamento anômalo da publicidade verificado pela *internet* e demais inovações tecnológicas emula ideias novas para a proteção da intimidade/privacidade, que é o que pretendemos suscitar.

¹⁷ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional nº 45/04 e o Processo Eletrônico*. Revista de Direito Eletrônico, ano III, vol. VIII, jan/jun 2006 APUD PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no Processo Judicial Eletrônico*. 1ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 153.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL Jr., Silvério Luiz Nery. **Processo Judicial Eletrônico**. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo, Saraiva: 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- CALMON, Petrônio. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico**. 1ª Edição, Curitiba: Juruá, 2009.
- COSTA, Emilia Viotti da. **STF – O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: IEJE, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREIRE, Ricardo Maurício. **Devido Processo Legal**. Bahia: Editora Podium, 2008.
- GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação I**. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2010.
- PAULA, Wesley Roberto de. **Publicidade no Processo Judicial Eletrônico – Busca da Indispensável Relativização**. 1ª Edição, São Paulo: LTR, 2009.
- RULLI JÚNIOR, Antonio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RESUMO

Muito se especula sobre o que realmente ocorre dentro das Unidades de Internação; sobre o tratamento dependido aos internos, normas de conduta, formas de controle, atividades diárias, profissionais envolvidos... Há, sem dúvida alguma, muita informação oficial acerca da rotina das unidades, porém, nem sempre a informação oficial condiz com a realidade. Por isso, a base deste artigo será a pesquisa empírica baseada nas observações do autor ao longo dos quatro anos em que trabalhou em unidades de internação, e não o modelo ideal de internação apresentado oficialmente pelo Estado.

Como as unidades são em enorme número, este estudo ficará restrito ao Complexo Raposo Tavares composto pelas unidades 22, 27, 28, 37 e 38, e objetivará demonstrar o contraste entre elas, por serem unidades que se encontram em situações bastante distintas.

Palavras-chave: Unidade de Internação. Medida Socioeducativa. CASA.

ABSTRACT

Much has been speculated about what actually happens within the inpatient units; treatment depended on the internal rules of conduct, forms of control, daily activities, professionals... There is undoubtedly a wealth of information about the official routine of the units, however, for the proposed analysis, it only matters how things really happen (be / practice) and not as they should occur (theory / should be). Which is to say that the basis of this study will be empirical research based on the author's observations over the four years he worked in inpatient units, not the paragon of hospitalization officially presented by the State.

As the units are large in number, the study is restricted to Raposo Tavares Complex composed of the units 22, 27, 28, 37 and 38, more specifically the contrast between them, being units which are quite different situations.

Keywords: Inpatient Unit. Socio Measure. CASA.

* Bacharel em letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Licenciado pela Faculdade de Educação da USP onde realiza seu mestrado na linha de pesquisa: Estado, Sociedade e Educação. Professor de Antropologia do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Ex-professor do CASA; local no qual efetuou suas pesquisas empíricas.

1. Introdução

Para entender o funcionamento das unidades e como o mesmo interfere no tratamento dos adolescentes que lá se encontram é necessário conhecer os distintos grupos de funcionários que mantém contato direto com os mesmos, as atividades propiciadas, os distintos sistemas de controle empregados e a rotina das mesmas. Por isso, a seguir, explicaremos sucintamente estes aspectos.

2. Os Profissionais e as Atividades Propiciadas

Existem quatro grandes grupos de profissionais que trabalham nas unidades: a equipe de segurança, a equipe técnica, a equipe pedagógica e a equipe de professores.

2.1. Equipe de Segurança

Como o próprio nome sugere, a equipe de segurança é responsável por garantir a segurança dos internos, a disciplina, a ordem. É a que tem o contato mais prolongado com os mesmos e, em virtude disto e de suas atribuições naturais, a que se envolve na maioria dos conflitos. Em grande parte é formada por homens com o segundo grau completo. Os “agentes de pátio”, como são chamados, são subordinados aos coordenadores de pátio que por sua vez respondem ao diretor da unidade. Funcionam no sistema de plantões onde equipes inteiras são substituídas ao passar de determinado período – o que frequentemente gera grandes problemas de comunicação dadas as diferenças entre o que foi dito ou decidido por um plantão e o que é posto em prática por outro.

2.2. Equipe Técnica

Há também a equipe técnica, responsável, primordialmente, pela parte burocrática e documental. É ela que realiza os relatórios de acompanhamento dos adolescentes que são enviados periodicamente aos juízes. É a equipe que possui contato menos direto com os adolescentes posto que,

em sua grande maioria, realizam o atendimento aos mesmos de forma isolada em salas separadas da unidade. É composta, em sua esmagadora maioria, por mulheres com nível superior completo (normalmente psicólogas e assistentes sociais). As “técnicas”, como são chamadas, são subordinadas a um encarregado técnico que por sua vez responde ao diretor da unidade. A equipe é una e não trabalha no sistema de plantões. O distanciamento com o cotidiano dos adolescentes e com seu comportamento em grupo é um dos principais problemas encontrados pela equipe. O número de relatórios é muito grande o que diminui sensivelmente o tempo que pode ser empregado na observação e no atendimento aos adolescentes.

2.3. Equipe Pedagógica

A equipe pedagógica é responsável pelas atividades pedagógicas realizadas no período oposto ao das aulas e pelo acompanhamento das aulas da chamada “escola formal”. Ela também produz relatórios de acompanhamento pedagógico que são remetidos às técnicas para o envio ao juiz. A equipe possui contato direto com os adolescentes, porém, por um período menor que o da equipe de segurança. É composta por mulheres e homens com nível superior em distintas áreas sendo que predominam as primeiras. As “pedagógicas”, como são chamadas, são subordinadas a um coordenador pedagógico que por sua vez se subordina ao diretor. Esta equipe também é una, não trabalhando no sistema de plantões, o que propicia maior coerência e continuidade em suas ações. Não obstante seu papel de grande importância é a equipe que goza de menor prestígio dentro da instituição e, por vezes, tem de abrir mão de suas atividades em detrimento de outras.

Essas três equipes são a base interna de funcionamento das unidades, porém, existe uma base externa que são os professores do ensino público (escola formal) e os cursos profissionalizantes.

2.4. Professores e Cursos Profissionalizantes

Por força de lei os internos da Fundação devem ter acesso à escola como qualquer outro adolescente. Como seria praticamente impossível locomovê-los diariamente da unidade à escola, os professores da escola (normalmente da escola estadual mais próxima) se deslocam até as unidades. Realizam relatórios de acompanhamento dos alunos (em algumas unidades) além de ministrarem regularmente suas aulas – como em qualquer escola pública. A equipe é composta por homens e mulheres (com pequena preponderância das últimas) com nível superior distinto de acordo com a matéria que ministram. Mantém contato direto com os alunos durante o período determinado de suas aulas. Mais uma vez a equipe é una, porém responde ao diretor da escola vinculadora, e não ao da unidade – fato que por si só é capaz de gerar conflitos. Por ser um corpo estranho à instituição e pelos demais fatores anteriormente citados, não é incomum o choque entre este e aquela, principalmente em aspectos relacionados à segurança e à pedagogia.

Os cursos profissionalizantes são desenvolvidos normalmente através da parceria entre ONGs e a instituição e são ministrados por profissionais da área. Estes por sua vez não fazem parte da instituição e tem pequeno contato com os adolescentes e com o sistema em si.

3. Sistemas de Controle

Dependendo do número de adolescentes internados, da periculosidade dos mesmos, do perfil dos coordenadores de pátio, do diretor e principalmente do número de funcionários da segurança será adotado o sistema que melhor se adapta às condições da unidade. Existem basicamente três tipos de sistema de controle empregados na instituição: o sistema que poderíamos chamar de autoritário, o de barganhas e o misto.

No primeiro temos como pressuposto um grande número de funcionários da área de segurança (interna e externa) – em relação ao número de internos – e coordenadores de perfil mais agressivo. Neste sistema a autoridade e o

poder encontram-se quase que completamente nas mãos da equipe de segurança. Esta equipe acaba por controlar as outras e ditar os parâmetros de trabalho, contando com total apoio da direção. Os internos têm pouca ou pouquíssima liberdade de locomoção e de ação. Em alguns casos, durante aulas ou cursos, são proibidos de levantar das cadeiras e devem permanecer, mesmo em sala de aula, sob o campo de visão da segurança. São escoltados em fila durante a transição de uma área da unidade à outra e revistados.

Tal sistema tem como consequência uma relação mais conflituosa entre a segurança e os adolescentes e mais amistosa entre os educadores e estes últimos. Isto, pois nestes casos os adolescentes veem as atividades pedagógicas e profissionalizantes como uma forma de escapar de um sistema normativo extremamente rígido, ou seja, para eles tais atividades são mais positivas que a permanência num pátio ou nos quartos sob fortes limitações – até de locomoção. Além disso, neste os relatos de maus-tratos e de abuso de autoridade são em muito maior número. Aparentemente este sistema rígido apresenta algum nível de segurança para os adolescentes, porém, com o passar do tempo o que se percebeu é que o número de conflitos entre instituição e internos diminuiu, porém, tornou-se muito mais intenso / agressivo. Este é o sistema de controle implementado atualmente nas unidades 27 e 28. É importante notar que tal sistema, apesar de indesejável, não é novo como nos mostra Winnicott¹:

Finalmente temos a instituição ainda maior, que faz tudo o que pode por crianças sob condições impossíveis. Tais instituições ainda terão que existir por algum tempo. Tem que ser dirigidas por

¹ O pediatra e especialista em psicanálise infantil D. W. Winnicott nasceu em Plymouth em 1896. Participou da primeira guerra mundial e durante a segunda coordenou alojamentos para crianças e adolescentes londrinos que perderam a família ou que se afastaram das mesmas pela guerra. Tais alojamentos, além de propiciar um lar, ainda que precário, possibilitaram o tratamento e acompanhamento médico das mesmas, o que, segundo o autor, garantiu que muitas não chegassem aos tribunais. Seus textos, em alguma medida, serviram de base teórica para nossas instituições que cuidam de adolescentes em conflito com a lei.

métodos ditatoriais, e o que é bom para cada criança tem que estar subordinado às limitações do que a sociedade pode prover-lhes imediatamente. Aqui está uma boa forma de sublimação para ditadores potenciais. É possível até encontrar vantagens nesse indesejável estado de coisas uma vez que, havendo predominância dos métodos ditatoriais, as crianças irremediavelmente difíceis poderão ser controladas de modo a não se colocarem em apuros com a sociedade durante longos períodos. (WINNICOTT, 2005, p.205)

Não obstante tais afirmações, é importante relevar que tal sistema já deveria ter sido superado há tempos e que o positivo do mesmo é a proteção da sociedade em face aos adolescentes; dos adolescentes com relação a eles mesmos e destes com relação a sociedade (vingança privada).

Outra opção adotada pela instituição - quando não é possível aplicar a anteriormente descrita - é o sistema de barganhas (territorialização) que ocorre quando não há funcionários de segurança suficientes para o número de internos e o perfil da coordenação e da direção é mais conciliatório que conflitivo ou simplesmente quando não há meios suficientes para a manutenção do controle. Neste caso a segurança faz tratos com alguns internos que acabam se tornando uma espécie de liderança garantidora da ordem e da disciplina, vez que tal papel não é assumido por nenhum dos demais grupos. Neste sistema a autoridade e o poder já não estão nas mãos nem dos internos enquanto coletividade e nem da segurança, mas deste normalmente pequeno grupo de internos que delega as funções e comanda as atividades. A manutenção de pequenos grupos no controle de determinadas atividades, sem qualquer forma de eleição ou escolha democrática, reflete mera assunção da autoridade/tomada de poder o que comumente gera problemas.

Incidindo isto as equipes pedagógicas e de professores são de fundamental importância, pois, na medida do possível, por meio de conversa garantem o andamento, ainda que precário, das atividades e impedem (em alguns casos) rebeliões e revoltas.

Normalmente, em decorrência de tal sistema, as tarefas pedagógicas são realizadas de forma problemática - já que para o adolescente, nestes casos é mais interessante a permanência livre no pátio desfrutando de jogos e da companhia dos colegas do que acompanhar espontaneamente as atividades pedagógicas. Com isso, o choque entre adolescentes e as equipes pedagógicas (interna e externa) se torna mais frequente ao passo que ocorre a diminuição do choque entre a segurança e os internos. Este sistema não apresenta qualquer garantia para os funcionários de forma geral e principalmente para os internos que ficam a mercê de sua capacidade de socialização posto que devem agradar uns aos outros para manterem sua saúde resguardada. O resultado final deste processo é a rebelião, pois em algum momento já não se tem mais nada a barganhar, ou seja, quando a segurança já não pode oferecer mais nenhuma regalia ou benefício para este pequeno grupo que controla a unidade, há a rebelião. Tal sistema é inadequado por submeter toda uma unidade (funcionários e internos) aos mandos de um pequeno grupo de adolescentes que por vezes causam ou resolvem problemas de forma arbitrária não obedecendo necessariamente as normas estatais. Em muitos casos os acordos feitos são ilegais e não trazem qualquer benefício para o tratamento ou para o próprio sistema de contenção.

É importante frisar que na maioria dos casos o que se vê é o apoio dos internos (a este grupo que controla) de forma voluntária parecendo que os mesmos não percebem que, em geral, os únicos privilegiados com os acordos são estas lideranças que se alimentam melhor, não são obrigados a realizar as atividades de limpeza e manutenção da unidade, não frequentam as atividades educacionais (o que na visão deles é positivo), assistem mais tempo a televisão etc. Este é o sistema de controle em funcionamento na unidade 37 e 38.

O terceiro caminho observado em termos de sistema de controle é o denominado misto. Tal sistema tem como pressuposto o número de funcionários da segurança suficiente ou pouco abaixo do necessário e uma coordenação e direção com perfil mais

conciliatório que conflitivo/autoritário. Neste caso há a imposição das normas com a explicação das mesmas; há o dialogo e não barganhas, sempre observando os limites legais. A autoridade e o poder permanecem nas mãos da instituição como um todo e não de uma das equipes e nem dos adolescentes. A pedagogia e as técnicas têm seus relatórios como ferramenta coercitiva; os professores as notas e a equipe de segurança as sanções legais previamente apresentadas aos internos. A manutenção da ordem e a educação são tarefas de responsabilidade comum a todos os setores.

Este sistema tem como principais efeitos a diminuição do número de conflitos entre a instituição e os adolescentes e na intensidade dos mesmos; dos relatos e denúncias de maus-tratos e abuso de poder; e a melhoria do relacionamento entre equipes e entre estas e os internos. Pelos fatores mencionados o mesmo é tido como sistema mais próximo ao ideal. Somente uma das cinco unidades do complexo se aproxima deste modelo: a unidade 22. Este sistema vai ao encontro do que observa Winnicott: “Se é preciso haver um ambiente rigoroso, estão que seja coerente, confiável e justo, para que possa ter valor positivo” (WINNICOTT, 2005, p.207).

4. O cotidiano nas Unidades

De um modo geral as atividades nas unidades de internação da Fundação Casa funcionam primordialmente em dois períodos: em um há a escola formal e no outro as atividades pedagógicas, cursos profissionalizantes e o atendimento técnico. Atualmente há uma tendência que vem se intensificando: a divisão da unidade em ao menos dois grupos (alas) com a manutenção de todas as referidas atividades nos dois períodos, ou seja, enquanto metade da unidade assiste às aulas da escola formal a outra metade realiza os cursos, atendimentos e trabalhos pedagógicos.

Num dia normal, em unidades que adotam o sistema de controle autoritário ou o misto (UI 22, 27 e 28) todos os adolescentes acordam (por volta das 06:00), realizam sua higiene pessoal, tomam o café da manhã, vão para a aula (por volta das 07:30) que pode ser da escola formal ou dos cursos, tomam um

lanche, retornam para suas atividades, almoçam; voltam às aulas (por volta das 13:00) agora invertendo cursos ou escola formal, lancham, regressam para suas atividades pedagógicas e/ou profissionalizantes que se encerram às 18 horas, jantam, realizam a higienização novamente e dormem.

No caso da unidade 38, por estar ainda no início do processo de controle por meio dos acordos ou barganha (saindo do modelo autoritário), os horários permanecem praticamente os mesmos, porém, com uma maior incerteza e volatilidade com relação a realização das tarefas, havendo atrasos e cancelamentos das atividades. Até pela falta de funcionários os processos de transição entre uma área e outra da unidade são mais lentos e os atrasos mais frequentes.

Já no caso da unidade 37, que está no final do processo de barganha, ou seja, já não há mais onde ou no que ceder e grande parte da equipe de segurança sequer adentra ao pátio, os horários são mantidos e regulados pelos próprios internos o que impossibilita a análise dos mesmos (dada sua inconstância).

É importante frisar que a tendência de se separar a unidade em módulos vem no sentido de possibilitar um maior controle por parte dos funcionários em relação aos internos já que são trabalhados grupos menores em espaços físicos distintos. Se deste ponto de vista esta mudança tem se mostrado relativamente eficaz e, portanto, positiva, do ponto de vista da logística das atividades tem se mostrado negativa vez que se gasta bastante tempo na transição de um espaço ao outro.

5. Estatísticas da Privação

A partir de uma pesquisa realizada com 1190 internos, pelo Instituto Uniemp, em maio de 2006, é possível retirar alguns dados bastante interessantes:

- 51% dos entrevistados morava somente com a mãe antes de sua internação. Destes, 49% indicaram como causa a separação dos pais, 27% o falecimento do pai, 11% não conheceram o pai ou foram

abandonados enquanto ainda eram crianças.

- 7% morava somente com o pai. Destes, 24% indicaram como causa o falecimento da mãe, 21% a separação dos pais e 7% o abandono enquanto ainda eram crianças.
- 19% morava sem o pai e sem a mãe.
- 29% dos entrevistados afirmou ter conhecimento da ocorrência de morte violenta na família.

6. Conclusão

Após a análise dos dados, fica evidente que a situação em que se encontram as unidades de internação do Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (antiga Febem) é muito heterogênea e distinta

daquela apresentada institucionalmente, sobretudo pelo site da instituição.

As ocorrências que desrespeitam os Direitos Humanos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o regimento interno unificado da instituição são comuns e frequentes constituindo-se, em algumas unidades, como regra.

A antiga Febem é hoje uma quimera composta por Unidades que vão de "modelos internacionais de internação" até verdadeiras "prisões" passando por "depósitos de adolescentes".

Adolescentes que, via de regra, sofreram algum tipo de privação ou violência e que deverão contar com a sorte de serem confinados em uma *boa unidade* para não continuarem sofrendo dos mesmos males que, em última análise, fomentaram a conduta desviante.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA. **Justiça Juvenil**: a visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos. São Paulo: ANCED, 2007.
- ALVES, Sirlei F. T. **Efeitos da internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- BERVIAN, Pedro; CERVO, Amado; DA SILVA, Roberto. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2007.
- CALIMAN, Geraldo. **Desvio social e delinquência juvenil**: teorias e fundamentos da exclusão social. Brasília: Editora Universa, 2006.
- C.A.S.A. Apresenta dados estatísticos sobre o centro de apoio social ao adolescente. Disponível em <<http://www.febem.sp.gov.br/site/home.php>> Acesso em: 02 de Maio de 2007.
- FUNDAÇÃO TELEFÔNICA. **Medida Legal**: a experiência de cinco programas de medidas socioeducativas em meio aberto. São Paulo, 2008.
- GUIRADO, Marlene. **Instituição e relações afetivas: o vínculo com o abandono**. São Paulo: Sumus, 1986.
- LIBERATI, Wilson D. **Adolescente e ato infracional**: medida socioeducativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SÁ, Alvinho Augusto de. Privação e delinquência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8º, nº 30, p.127-142, abril – junho de 2000.
- WINNICOTT, Donald W. **Privação e Delinquência**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as condutas que violam os direitos da criança e do adolescente, praticadas através das tecnologias de informação e de comunicação, apresentando novas práticas que vem crescendo no espaço virtual e que despertam a necessidade de um olhar jurídico sobre as suas consequências, dentre as quais: o *cyberbullying*.

Palavras-chave: Cyberbullying. Internet. Tecnologias de Informação e Comunicação. Dignidade e Crime.

ABSTRACT

This article targets the analysis of behaviors against the rights of minors (child and adolescent) through the information and communication technologies. As well as presenting news practices which has been growing in the virtual space and that awakes the necessity of a legal look on its consequences: the *cyberbullying*.

Keywords: Cyberbullying. Internet. Information and Communication Technologies. Dignity And Crime.

* Advogada, Coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* das FMU/SP; Professora da graduação e do Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental Empresarial das FMU/SP, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito na Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).

** Diretor Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN); Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC-SP. Professor da disciplina Tutela Punitiva da Sociedade da Informação no Núcleo de Mestrado em Direito da UniFMU. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

1. Introdução

Já não se pode afirmar que a internet é uma novidade. Vivemos, velhos ou novos, em uma complexa Sociedade da Informação. Coisas boas e más, interligações positivas e negativas acontecem a todo instante. O presente texto, sem a petulância de esgotar o assunto, aponta algumas das práticas negativas que envolvem, numa parte como ofendidos, noutra como agentes, as pessoas em desenvolvimento que merecem especial atenção de todos: crianças e adolescentes. Apontam-se, de plano, os princípios que norteiam tal proteção, da Constituição Federal à legislação ordinária para, em seguida, passar por rápida análise das condutas que violam os direitos da Criança e do Adolescente na internet. Algo já antigo para os pedagogos e psicólogos agora determina acurada análise dos operadores do direito, em especial daqueles que estudam o Direito Penal: o *Cyberbullying*. Embora sem arroubos, este trabalho tem a missão de jogar luzes – poucas, em verdade, sobre interessante fenômeno que vem ocorrendo entre nossos jovens, quer no mundo fenomênico, quer no ambiente cibernético, buscando, por derradeiro, encontrar os caminhos legais não somente para adequá-lo ao ordenamento jurídico – com a punição de seus autores, mas fundamentalmente com o escopo de oferecer soluções para tal problemática, no afã de pacificar a sociedade também nesse ambiente e entre referidos atores que merecem, repita-se, especial proteção do sistema legal.

2. Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais Protetivos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A tutela da dignidade e do desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente ocorre em três âmbitos: constitucional, infraconstitucional e internacional. A Constituição Federal protege os direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente no tocante à dignidade do menor e a tutela de sua liberdade e integridade físico-psíquica, tendo em vista a sua condição especial de pessoa em

desenvolvimento. Os direitos da criança e do adolescente são protegidos por normas constitucionais de natureza obrigatória (e não meramente programáticas – conforme art. 5º, parágrafo 1º, CF/88), isto é, são dotadas de aplicabilidade direta e imediata. Nesse sentido, dispõe o art. 227 da Constituição Federal:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (grifos nossos).

Ademais, cumpre salientar que a dignidade da pessoa humana por si só já constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais (e da ordem jurídica como um todo) e serve de paradigma na concretização destes, conforme indica Rogério Tairar¹:

(...) o conceito de dignidade da pessoa humana como instrumento de dedução dos direitos fundamentais implícitos, consoante a concepção de que a mesma seria um direito fundamental na medida em que se manifeste *stricto sensu*. Outro aspecto residiria no papel da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da Sociedade, no sentido em que ambos devem respeitar (limite ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional).

Dessa forma, o direito à dignidade, de maneira geral e enquanto princípio constitucional determina que a pessoa não seja objeto de ofensas ou humilhações. Não por acaso, a nossa Carta Magna prescreve que

¹ TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o Direito Penal – A tutela penal dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008, p. 70.

‘ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5, III da CF). Vale dizer, impõe a defesa da integridade física e espiritual do homem como dimensão inalienável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade. Destarte, a criança e o adolescente, na condição de ser humano em formação, devem ter tutelada sua dignidade, bem como todos os direitos fundamentais que dela decorrem. A proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que constitui corolário lógico do pilar constitucional da tutela da dignidade, também é realizada em âmbito infraconstitucional, pela Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em diversos dispositivos, conforme se verificará. Referida legislação cuida já em seu artigo 1º, da chamada *proteção integral à criança e ao adolescente*, entendendo-se por proteção integral daqueles, que nos termos do artigo 12 do referido diploma legal, são considerados crianças ou adolescentes², aquela que abarque todas as necessidades de um ser humano em desenvolvimento, isto é, trata da prestação de assistência moral, material e jurídica, a ser fornecida seja pela família, seja pela comunidade ou pelo Estado. Outros artigos do referido Estatuto merecem destaque, quais sejam:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade; Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária; Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais; Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis; Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais; Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (grifos nossos)

Os dispositivos mencionados norteiam toda a aplicação da legislação especial que tutela os direitos da criança e do adolescente, enfatizando a proteção integral destes, notadamente nos aspectos atinentes à dignidade, respeito, liberdade, integridade física e moral, pondo-os a salvo de situações que possam interferir no seu desenvolvimento, sobretudo, psíquico e psicológico. Com efeito, conforme preceito constitucional, o art. 4º do Estatuto determina a necessária conjugação de esforços entre a família, a sociedade e o Estado, na proteção e efetivação dos direitos da criança e do adolescente. A tutela desses direitos garante a adequada formação da personalidade do indivíduo e, nesse contexto, a família e a sociedade exercem papéis fundamentais. A violação dos direitos do menor, por negligência da família ou do Estado, permite que se recorra ao Poder Judiciário para garantir a preservação do direito violado ou a reparação do dano causado à criança e ao adolescente. Além disso, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente

² Art. 12. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

prevê condutas consideradas como infrações aos direitos da criança e do adolescente, impondo as sanções correspondentes, tanto em âmbito criminal, quanto no administrativo. O art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) destaca, ainda, a proteção dos direitos da personalidade, notadamente, a honra, conforme realça Roberto João Elias³:

(...) o respeito e a dignidade incluem-se, em se tratando dos direitos da personalidade, ao que se refere à honra. (...) Questão relevante no que tange ao respeito é o aspecto psíquico. É necessário extremo cuidado com a criança e o adolescente para evitar investidas nessa área que possam prejudicar o seu desenvolvimento.

Cumpre salientar que os direitos da personalidade, como regra, são oponíveis *erga omnes*. Dessa forma, a responsabilidade indicada pelo art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de velar os direitos da criança e do adolescente, é atribuída a todos, conforme já mencionado neste trabalho. Referido dispositivo abarca a obrigatoriedade não apenas de respeitar os direitos deles, como também de agir em sua defesa, cuja omissão acarretará em responsabilização:

ABALOS PSICOLÓGICOS
DECORRENTES DE
VIOLÊNCIA ESCOLAR -
BULLYING - OFENSA AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA. (...) Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para

solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como “diferentes”. Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi⁴, “Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania. (TJ/DFT – Acórdão COAD 127984 - Ap. Civ. 2006.03.1.008331-2 - Rel. Des. Waldir Leônico Júnior – Publ. em 25-8-2008).

Nesse sentido, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu julgamento relevante envolvendo indenização pela prática de *bullying* pela internet. O autor, o professor Felipe Arruda Birk, promoveu ação contra a mãe de um menor (responsável por ofensas perpetradas contra ele em um *fotolog*) e o provedor de internet Terra (mantenedor da página na *Web*). A desembargadora Desa Liege Puricelli Pires, responsabilizou a mãe do agressor, com base no art. 932 do Código Civil: “aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder”. Em relação ao provedor, entendeu o Tribunal em epígrafe, que incumbe ao prestador de serviços averiguar e retirar com brevidade a página da internet que contenha elementos de caráter ofensivo. Como o provedor excluiu o conteúdo em tempo hábil,

³ **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-19.

⁴ Mestre em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; possui doutorado em Educação pela Universidade de São Paulo.

não houve responsabilização em relação a ele⁵. Frise-se que aos pais ou responsáveis cabe zelar pela forma como seus filhos usam a internet, mesmo que as condutas praticadas pelos filhos menores não causem danos a terceiros, como por exemplo, com a exposição de fotos da criança/adolescente sem roupa ou em posições eróticas em *fatologs* ou por meio de celular (configurando *sexting*, como se verá adiante). Assim, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, cujas conseqüências são gravíssimas na sua formação como ser humano e que atentam, sem dúvida, contra a sua dignidade, devem ser acoimados rigidamente. Destarte, dúvidas não pairam acerca da responsabilidade na prevenção e repressão das condutas violadoras dos direitos da criança e do adolescente, por parte da família, especialmente dos pais ou responsáveis, bem como da comunidade, através de entidades que atuam diretamente na formação do menor, tal como a escola e, notadamente, do Estado. Finalmente, cumpre salientar a existência de documentos internacionais que, igualmente, tutelam a dignidade da criança e do adolescente, tais como: o Decreto Legislativo n. 28, de 24.09.90, e o Decreto Presidencial n. 99.710, de 21.11.90, que incorporaram ao Direito pátrio a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança e do Adolescente; o Protocolo Facultativo da Convenção de Proteção aos Direitos da Criança e, até mesmo, a Convenção de Budapeste sobre Cibercrime, que no seu art. 9º cuida das condutas perpetradas através da internet que violam os direitos da criança e do adolescente, como as relacionadas à pornografia infantil. Por derradeiro, cumpre obter temperar que o advento da internet ampliou as possibilidades de violação aos direitos da criança e do adolescente, tendo em vista o anonimato e as dificuldades de identificação dos indivíduos que se utilizam da rede mundial de computadores para tais práticas. Ademais, as violações aos seus direitos ocorrem em maior escala, pois estes são as vítimas mais

vulneráveis no ambiente virtual, como se verificará no presente trabalho.

3. Das condutas que violam os direitos da Criança e do Adolescente na internet

Muitas são as possibilidades de violação dos direitos da criança e do adolescente na internet, dentre as quais destacamos neste trabalho: o *cyberbullying*.

3.1. O fenômeno Cyberbullying

O termo *bullying* é usado para designar os atos premeditados e repetidos de violência física ou psicológica praticados para intimidar ou agredir alguém. O *bullying* já existe há muito tempo, em especial no ambiente escolar. É recorrente a sua prática entre crianças e adolescentes. Configura-se com o comportamento agressivo (verbal ou físico), geralmente do mais forte contra alguém mais frágil (física ou psicicamente). O advento das tecnologias fez surgir novas possibilidades de práticas destes atos agressivos, bem como modificou algumas características das vítimas, dos agressores e da própria conduta. No chamado *cyberbullying* recorre-se à tecnologia para ameaçar, humilhar ou intimidar alguém, através da multiplicidade de ferramentas da nova era digital. Trata-se de expressão nova, sem definição em língua portuguesa e, bem por isso, pouco conhecida na comunidade jurídica. No entanto, referida prática tem ganhado força com o auxílio das tecnologias de informação e comunicação, sobretudo, a internet. Janaína Rosa Guimarães⁶, nesta esteira, indica:

O *bullying*, palavra derivada do verbo inglês *bully* (termo utilizado para designar pessoa cruel, intimidadora, muitas vezes agressiva) significa usar a superioridade física ou moral para intimidar alguém. O termo, adotado em vários países, vem definir todo tipo de comportamento agressivo,

⁵ APELAÇÃO. Processo n. 70031750094 – Julgado no dia 30/06/2010. Relatora Desembargadora DESA LIEGE PURICELLI PIRES.

⁶ GUIMARÃES, Janaína Rosa. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=80895. Acesso em: 30.03.09.

intencional e repetido inerente às relações interpessoais. Ofender, zoar, gozar, encarnar, sacanear, humilhar, discriminar, excluir, isolar, ignorar, intimidar, perseguir, assediar, aterrorizar, amedrontar, tiranizar, dominar, bater, chutar, empurrar, ferir, roubar e quebrar pertences são comportamentos típicos do fenômeno.

O *bullying* surge das mais variadas formas, podendo ser: *físico* (bater, tomar algo da vítima, restringir, cuspir contra a vítima etc), *verbal* (ameaçar, criar apelidos ofensivos, realizar comentários insultuosos ou humilhantes, provocar, assediar, intimidar etc), *social* ou *relacional* (destruir ou monopolizar relacionamentos, interferir na reputação ou honra da vítima, constranger⁷). A Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção a Infância e a Adolescência⁸, define *bullying* por meio das seguintes ações: *colocar apelidos, ofender, zoar, gozar, encarnar, sacanear, humilhar, fazer sofrer, discriminar, excluir, isolar, ignorar, intimidar, perseguir, assediar, aterrorizar, amedrontar, tiranizar, dominar, agredir, bater, chutar, empurra, ferir, roubar e quebrar pertences*. O *cyberbullying*, por sua vez, busca atingir a vítima no aspecto psicológico, como por exemplo, por meio de mensagens ofensivas postadas em páginas da *web*, em *e-mail* ou SMS. O termo *cyberbullying* é, tal como o *bullying*, bastante amplo e abrangente, abarcando uma série de comportamentos e denominações. O *cyberbullying* pode ocorrer por meio de fóruns *on-line* (grupos de discussão pela internet que permitem a postagem de mensagens que permanecem no servidor); *blogs* (que fornecem aos usuários instrumentos para publicação de conteúdo *on-line*. Ex: *Blogger – ferramenta de publicação de blogs gratuita propiciada pela Google*); salas de bate-papo (locais para encontros virtuais e conversas *on-line*); *e-mail* (correio eletrônico: permite o envio de mensagens de um usuário para outro

por meio de um provedor de serviços da internet); mensagens instantâneas (programas como *ICQ, Messenger, Skype*, dentre outros); serviços de mensagens breves via celular (torpedos ou SMS; MMS⁹); *smartphones* (como por exemplo o *Blackberry Messenger*); sites de relacionamento (*Myspace; Facebook; Orkut; Youtube, Twiter, LinkedIn, Flickr*, dentre outros). Segundo a Central Americana de Informações para Prevenção e Repressão ao *Cyberbullying*, referida expressão também é conhecida como: *eletronic bullying, e-bullying, sms-bullying, mobile bullying, online bullying, digital bullying ou Internet bullying*, e pode ser definida como o dano intencional e repetido praticado com o uso dos computadores, telefones celulares e outros dispositivos eletrônicos.¹⁰ Assim, o fenômeno do *cyberbullying* abarca todo e qualquer tipo de agressões, assédios, coações, chantagens, manipulações, perseguições, xingamentos, humilhações, constrangimentos e condutas similares, realizadas com o uso e através das tecnologias de informação e comunicação.

3.2 Características da Conduta

As condutas de *bullying* presencial ganham novas características no *cyberbullying*. Diversos fatores fizeram com que os indivíduos que perpetravam estes tipos de condutas na vida real, passassem a utilizar as tecnologias da informação, quais sejam: a) no *cyberbullying* o agressor (*bully/bullies*) não precisa ser maior ou mais forte que as suas vítimas, tal como ocorre no *bullying*

⁹ Serviço de Mensagem de Multimídia: torna possível para usuários móveis enviarem e receberem mensagens de multimídia. MMS aproveita o enorme sucesso do uso de SMS, e aprimora ainda mais as possibilidades de comunicação para usuários móveis ao adicionar multimídia. Mensagem Multimídia (MM) pode, por exemplo, ser uma foto ou clipe de vídeo com anotações de texto e/ou um clipe de áudio ou uma reprodução sincronizada de áudio, texto, vídeo e/ou foto. MMS permite um número infinito de aplicações, abrangendo comunicação, informações e entretenimento.

¹⁰ Tradução livre de: *To note, cyberbullying is also called "cyber bullying," "electronic bullying," "e-bullying," "sms bullying," "mobile bullying," "online bullying," "digital bullying," or "Internet bullying." We define cyberbullying as "willful and repeated harm inflicted through the use of computers, cell phones, and other electronic devices.* Disponível em: <http://www.cyberbullying.us/>. Acesso em: 01.04.09.

⁷ BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010, p. 19-22.

⁸ Disponível em: <http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>. Acesso em 30.03.09.

presencial. A força física e o tamanho não são mais fatores determinantes para a realização da conduta, pois a rede permite a prática de atos a distância e tem como característica o anonimato, sendo certo que os ataques são voltados ao abalo psicológico da vítima; b) a utilização das tecnologias permite que o agressor não presencie de forma tangível os resultados de suas ações, o que resulta numa minimização de eventuais remorsos ou empatia para com o sujeito passivo. O anonimato propiciado pelas tecnologias, especialmente a internet, também é fator que contribui para que o agressor tenha coragem de fazer ou dizer o que não o faria presencialmente (seja por não ter coragem, seja por não ter condições físicas superiores). Assim, o agressor ignora as consequências de suas ações, até porque não recebe uma resposta imediata de seus atos e isso tudo leva ao estímulo da prática, potencializando as condutas do agressor e aumentando a vulnerabilidade da vítima; c) O alcance da conduta é maior, devido à mobilidade e conectividade das novas tecnologias que ultrapassam limites temporais e físicos. Antes, as condutas não ultrapassavam os muros das escolas ou, pelo menos, não adentravam ao local de segurança das vítimas (seus lares). Hoje, o agressor pode atingir a vítima em qualquer lugar e momento, por meio das facilidades e recursos tecnológicos que permitem rápida replicação e permanência das informações. Exemplos: com rapidez e comodidade o agressor pode copiar e colar mensagens e imagens e reenviá-las, no mesmo instante, para grupos de pessoas constantes em sua lista de contatos. As motivações dos agressores para a prática de *cyberbullying* costumam ser frívolas, como o rompimento de um relacionamento, inveja, um dissabor entre o agressor e a vítima. Também constituem brincadeiras de mau gosto, mas que ganham proporções imensuráveis, devido às características de persistência ou permanência das informações na rede e de replicabilidade dos conteúdos, ocasionando, muitas vezes, danos irreparáveis ou de difícil superação pelo ofendido. Dessa forma, os recursos tecnológicos potencializam a prática destas condutas e tornam a vítima ainda mais vulnerável e desprotegida, interferindo nas

suas relações pessoais, familiares e profissionais.

3.3 Características dos Agressores e das Vítimas

Quando tratamos de *cyberbullying* estamos diante de um agressor diferenciado, (que pode ser chamado de “não marginal”), que se utiliza de uma forma dissimulada de agressão verbal ou escrita. Não raras às vezes os agressores possuem características similares às das vítimas, isto é, pessoas que passam muito tempo na internet e que se utilizam, frequentemente, das tecnologias como meio para estabelecer relacionamentos, o que comumente ocorre em relação às crianças e adolescentes. Além disso, crianças e os adolescentes tornam-se presas fáceis desse tipo de prática, pois constituem os usuários que passam maior tempo conectados a rede. Cerca de 40% das crianças e jovens brasileiros, por exemplo, navegam pela internet, mais de duas horas diárias, uma média semelhante a dos demais países da América Latina. E quase metade das crianças e jovens brasileiros entre 10 e 18 anos navega na internet sem que seus pais os acompanhem ativamente. Além disso, 60% dos jovens entre 10 e 18 anos frequentam *lan houses*¹¹, onde estão livres do acompanhamento de adultos. Muito embora existam leis que regulamentem a utilização desses locutórios públicos por crianças e adolescentes: a primeira Lei foi promulgada em 27.11.03, pela prefeita de São Paulo, Marta Suplicy (PT). Segundo a qual as *lan houses* precisam ter dados básicos dos menores de 18 anos, como nome completo, número do RG, data de nascimento, endereço e telefone. Em 11.01.2006 o então governador Geraldo Alckmin (PSDB) promulgou lei estadual ainda mais severa, segundo a qual estas casas devem manter os dados de seus clientes, independentemente da idade, ademais, os menores de 12 anos não podem usar computadores sem a presença dos pais ou responsável. Na prática, porém, nada disso

¹¹ Lan House é um estabelecimento comercial onde, à semelhança de um cyber café, as pessoas podem pagar para utilizar um computador com acesso à internet e a uma rede local, com o principal fim de acesso à informação rápida pela rede e entretenimento através dos jogos em rede ou online.

acontece nas *lan houses* de diferentes bairros da cidade¹². Vale ressaltar que grande parte dos adultos (46%) não age para saber o que os filhos estão vendo no computador, e parcela significativa (41%) se limita a perguntar o que a criança ou jovem está fazendo. A parcela de pais que não fazem nada para acompanhar os filhos na internet é 10 pontos percentuais maior no Brasil do que nos outros seis países da América Latina pesquisados pela Fundação Telefônica e Universidade de Navarra (Espanha): Argentina, Chile, Colômbia, México, Peru e Venezuela. A presença de computador no quarto também contribui para o uso da internet sem supervisão dos pais. O hábito é mais freqüente no Brasil (44%) do que nos demais países¹³. As áreas de alto risco para ocorrência das condutas relacionadas ao *cyberbullying* são exatamente aquelas nas quais não há supervisão de um adulto ou a supervisão é inadequada, tal como ocorre na internet. Cumpre salientar, ainda, que a internet, e as tecnologias de maneira geral, são extremamente atrativas para as crianças e adolescentes, conforme ensinam Carla Faria Leitão e Ana Maria Nicolaci da Costa¹⁴:

A Internet aparece como um objeto de prazer. Os adolescentes têm muito prazer de usar a Internet, de varar madrugada se comunicando, pegando músicas, encontrando parceiros e parceiras. As crianças trazem como curiosidade, como diversão, pegando joguinhos, é divertimento, lazer. Como um brinquedo. Para o adulto tem também esta questão lúdica, como um brinquedo interessantíssimo. É proibido também. Existe a coisa do brinquedo que te dá permissão de fazer tudo, mesmo o que é proibido.

Diversas, portanto, são as razões que levam ao aumento da violência entre crianças e adolescentes: 1) os pais dos agressores, quando notificados das condutas dos filhos não dão a devida atenção, ignorando as atitudes de seus filhos e levando à falta de limites e de obediência; 2) a violência manifestada através do *bullying/cyberbullying* pode ser uma forma de chamar a atenção por parte da criança/adolescente ou de auto-afirmação perante seus iguais; 3) a falta de controle ao que as crianças/adolescentes têm acesso à rede mundial de computadores; 4. A criança ou adolescente já ter sido vítima de *bullying* ou *cyberbullying*. Existem muitos motivos para explicar porque um grupo de crianças/adolescentes elege um de seus pares como vítima. Em geral, os escolhidos são os mais tímidos ou os que possuam características que fogem “ao padrão” – pela aparência física, comportamento ou religião. Neste contexto, com relação ao *cyberbullying*, crianças e adolescentes podem ser vítimas, algozes, seguidoras ou espectadoras, conforme explicação de Allan L. Beane¹⁵:

Os seguidores são aqueles que se juntam ao intimidador ou riem ou incentivam a agressão de outras maneiras. Os seguidores não são necessariamente amigos daqueles que praticam *bullying*. Eles podem seguir o intimidador simplesmente para não se tornarem vítimas. Espectadores são crianças que ignoram os maus-tratos ou que se mantêm afastadas e riem.

Seguidores e espectadores (ou *bystanders*), portanto, desenvolvem um papel importante em relação ao *bullying/cyberbullying*, pois instigam ou fomentam as condutas perpetradas pelo agressor. Todos estes fatores indicam as seguintes conclusões: a) as tecnologias de informação incrementam as possibilidades de violação de direitos, em especial, os atinentes às crianças e adolescentes; b) crianças e adolescentes são as vítimas mais vulneráveis, pois não possuem capacidade e maturidade

¹² In: *Lan houses* descumprem a lei em SP. **Jornal O Estado de São Paulo**. Caderno Metrópole, p. C, 09.07.07

¹³ In: **Crianças e jovens usam internet sem controle dos pais**. Disponível em: <http://www.destakjornal.com.br/readContent.aspx?id=14,34523>. Acesso em: 10.03.09.

¹⁴ LEITÃO, Carla Faria; NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. **Impactos da internet sobre pacientes: a visão de psicoterapeutas**. *Psicol. estud.*, Maringá, v. 10, n. 3, 2005, p. 3.

¹⁵ BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010, p. 14.

intelectual e, sobretudo, emocional, para se protegerem de possíveis agressões; c) ao mesmo tempo, crianças e adolescentes também podem se tornar agressores, posto que se utilizam da internet, muitas vezes, sem o controle de um responsável e se valem deste instrumento para agir e se relacionar, frequentemente, de maneira diferenciada da vida real, acobertados pelo anonimato.

3.4. Modalidades de cyberbullying

O *cyberbullying* constitui gênero, cujas condutas podem ser subdivididas nas seguintes espécies: a) *Flaming*: (ou provocação *on-line*) - consiste no envio de mensagens vulgares ou que mostram hostilidade em relação a uma pessoa. Essa mensagem pode ser enviada para um grupo *on-line* ou para a própria pessoa hostilizada – via *e-mail* ou SMS (torpedo). As mensagens são chamadas de *flames* (chamas ou labaredas), pois visam provocar a vítima. Os agressores recebem o nome de *flamers* ou *trolls*. Geralmente, esta conduta ocorre em grupos de discussão eletrônica ou fóruns na internet. A tipificação da conduta depende do conteúdo da mensagem postada (podendo configurar crime contra a honra); b) *Cyberstalking*: é a chamada “perseguição *on-line*”. Conforme Damásio E. de Jesus¹⁶:

Stalking é uma forma de violência na qual o agressor invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc.

Também não configura prática nova, mas ganhou novas formas com o emprego das tecnologias da informação.

Quem ainda não se deparou com um usuário na Rede que acessa sempre a sala de chat em que você está e lá faz questão de, insistentemente, enviar-lhe mensagens provocativas? E com uma pessoa que todo dia bisbilhota seu perfil no Orkut? Ou que lhe dá “Boa Noite, durma com os anjos!” no Twitter? Isso lhe causa insegurança, além do incômodo? Lógico que sim!¹⁷

Trata-se de uma forma de violência sutil e, por isso mesmo, perceptível somente pela própria pessoa a que se dirige, visando atacá-la psicologicamente. O *CyberStalking* é a versão digital do *Stalking* (caçada, em inglês):

(...) que se constitui forma de violência que atua na linha tênue que separa um elogio da aproximação ou manifestação com intenções difamatórias, provocando forte abalo no subconsciente da pessoa perseguida, retirando-lhe a paz interior. É a chamada “marcação cerrada”. Muitas vezes, a vítima desconhece a identidade de seu perseguidor e, portanto, a parte passiva em eventual ação judicial seria um “nickname”, sem qualquer dado pessoal, o que tornaria impossível o desenvolvimento válido e regular do processo. Não é raro que alguém, por amor ou desamor, por vingança ou inveja ou por outro motivo qualquer, passe a perseguir uma pessoa com habitualidade incansável¹⁸.

O *cyberstalker* visa dominar psicologicamente a vítima através de repetidas mensagens de aproximação via *e-mails*, *scraps*, postagens em *blogs* e etc, que abalam sobremaneira a vida da vítima, causando-lhe

¹⁶Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.

¹⁷ JESUS, Damásio E. de. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.

perturbação emocional. O agressor recebe o nome de *stalker* e pode espalhar boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima. Esse comportamento possui determinadas peculiaridades: 1.^a) invasão de privacidade da vítima; 2.^a) repetição de atos; 3.^a) dano à integridade psicológica e emocional do sujeito passivo; 4.^a) lesão à sua reputação; 5.^a) alteração do seu modo de vida; 6.^a) restrição à sua liberdade de locomoção. Nos Estados Unidos há um projeto de lei em trâmite no Comitê Judiciário da Assembléia de New Jersey, que prevê como punição aos *stalkers* que forem condenados a chamada “ordem de distância virtual”, ou seja, não mais poderão eles enviar *e-mails* ao (à) autor(a) da ação. No Brasil, onde já se tem notícia de processos movidos contra *stalkers*, vige a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03.10.41), que, em seu art. 65, prevê o delito de *perturbação da tranqüilidade*, sem prejuízo da indenização por danos morais; c) Substituição da pessoa: (perfil falso ou *fakes*): trata-se da conduta daquele que se faz passar pela vítima, enviando mensagens ou postando arquivos de texto, vídeo ou imagem que difamem o agredido. É o envio de mensagens para terceiros ou postagem de comentários em ambiente digital de caráter prejudicial, com informações falsas e afirmações cruéis sobre a vítima. Também se inclui a criação de comunidades para atacar a vítima (Ex: “eu odeio Fulana”). Sobre esta conduta, interessante decisão foi exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aplicando o Código de Defesa do Consumidor - CDC (teoria do risco):

Ação de indenização por danos morais cumulada com pedido de condenação em obrigação de fazer, havendo pleito de antecipação da tutela, proposta pela 1^a apelante em face da 2^a apelante. Autora participante do Orkut, alegando que terceiro teria criado um novo cadastro com suas informações pessoais, copiando o seu perfil, fazendo-se passar pela própria autora naquela comunidade virtual, porém, difamando-a diante dos usuários, inclusive, amigos, o que, portanto, teria causado grave dano à sua imagem e à sua honra. Informa ainda que notificou a ré para que providenciasse a exclusão

daquele cadastro falso, mas nada foi feito. Sentença que, considerando que houve falha da ré por não ter diligenciado a retirada do perfil falso da rede quando notificada pela autora, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R\$ 5.000,00, a título de reparação por danos morais, devidamente acrescida de correção monetária desde a data da sentença e juros legais desde a citação. Apelo de ambas as partes. Recurso da ré, contudo, que não merece prosperar, provendo-se parcialmente o da autora. A relação entre as partes é de consumo, sendo a segunda apelante prestadora de serviço à primeira apelante, sendo certo que, por este, é remunerada e muito bem remunerada através da publicidade de terceiros. Havendo relação de consumo, rege-lhe a responsabilidade o art. 14 CDC. Se discutida sua responsabilidade pela alteração do perfil, certo é que foi notificada para a exclusão. E, ante sua inércia, surge a responsabilidade. Ato ilícito caracterizado. Dano moral configurado. Valor indenizatório que não comporta redução e nem majoração, considerando-se o tempo decorrido entre o evento e a comprovação da retirada do perfil. Imputação, contudo, à ré dos ônus sucumbenciais. Inteligência da Súmula 326 STJ. Primeira apelação a que se dá parcial provimento, desprovendo-se a segunda. (TJ/RJ 2008.001.04540 - APELACAO CIVEL - 1^a Ementa DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 25/03/2008 - QUARTA CAMARA CIVEL) – (grifos nossos).

Em outras palavras, ainda que o Google não seja o responsável direto pelo *cyberbullying* ocorrido no *Orkut*, deverá indenizar o consumidor pelos danos sofridos, na sistemática do Art. 17 do CDC. Em âmbito penal é possível enquadrar a conduta no artigo 307 do CP (crime de falsa identidade); d) *Outing*: (significa, numa tradução livre do inglês: passeio/excursão). É a conduta definida como a divulgação, contra a vontade da vítima, de informações ou características

pessoais relacionadas às opções políticas, religiosas, sexuais ou qualquer outro tipo de informação que a vítima deseja que permaneça em sigilo. Trata-se da conduta daquele que envia ou posta material sobre uma pessoa, contendo informação sensível, privada ou constrangedora, incluídas respostas de mensagens privadas ou imagens; e) Exclusão: (*apartheid* digital). É a expulsão de alguém de grupo ou comunidade *on-line*. O exemplo mais comum é a exclusão de alguém de uma comunidade do *Orkut*. Referida conduta pode configurar crime tipificado no art. 146 do Código Penal (crime de constrangimento ilegal); f) *Sexting*: *Sex* (sexo) + *texting* (troca de textos e imagens pelo celular) – consiste em espalhar eletronicamente material de conteúdo sexual. *Sexting* é o envio por celular de imagens de alguém nu, seminú ou em ação sexual. O envio pode ser feito pelo próprio protagonista da imagem ou por terceiro. A palavra vem de *sex* mais *texting*, verbo utilizado para designar o envio de SMS (mensagem de texto) por celular. O envio das imagens é feito por meio das tecnologias de comunicação, tais como: mensagens pelo celular ou redes sociais como *Facebook*, *Twitter* e *Orkut*. Em quatro estados norte-americanos o *sexting* já é considerado *pornografia infantil*, mesmo quando a publicação da imagem é feita pela própria pessoa que aparece nessas imagens. O *sexting* ganhou destaque com o caso da americana Jessica Logan, que mandou fotos suas fotos (nua) para o namorado. Depois que eles terminaram o namorado enviou as fotos para várias pessoas. A vida da estudante virou um inferno: ela deixou a escola, teve depressão e se enforcou em julho de 2008, no seu quarto em *Cincinnati, Ohio*¹⁹. Por meio da tecnologia *Bluetooth* disponível em celulares, que permite a troca de informações a uma curta distância por meio de uma frequência de rádio, as fotos e vídeos vêm sendo disseminados com incrível velocidade. Os dados sobre *sexting* são alarmantes e mostram que a conduta já é

bastante praticada por adolescentes. Uma pesquisa publicada em dezembro de 2008 comprovou que, nos EUA, 20% dos jovens entre 13 e 19 anos já enviou pelo celular imagens de si mesmo nu ou seminú. Entre os jovens de 20 e 26 anos a proporção chega a 33%. A grande dificuldade é que isto já deixou de ser uma “travessura” e está se tornando um sério problema comportamental. Uma pesquisa publicada em dezembro passado comprova que, nos EUA, o *sexting* é mais comum do que imaginam os pais. Segundo o estudo, um em cada cinco jovens americanos com idade entre 13 e 19 anos já enviou pelo celular algum tipo de foto ou vídeo de si mesmo nu ou seminú. Para chegar ao resultado, a organização não governamental *National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy* (Campanha Nacional para Prevenção dos Jovens e Gravidez Não Planejada) ouviu 1.280 adolescentes americanos entre 13 e 26 anos. Entre os jovens de 20 a 26 anos, o fenômeno é ainda mais comum: um terço dos entrevistados declarou já ter praticado o *sexting*²⁰. Não há registro exato de quando a “moda” entre adolescentes americanos e europeus surgiu. No Brasil, no entanto, o fenômeno é recente, mas tem crescido rapidamente, *segundo a Safernet, ONG de defesa dos direitos humanos na Internet: pesquisa feita pela entidade com 2.525 crianças e adolescentes brasileiros em 2009 revelou que já naquela época 12% deles admitiram terem publicado fotos íntimas na internet* (o estudo não se restringia a telefones celulares²¹). Em 2009, surgiu na mídia notícia sobre um vídeo de celular com cerca de cem segundos de duração que virou “o assunto do ano” entre os 1.400 alunos do Colégio Estadual Professor Eurico de Figueiredo, na zona norte do Município de São Paulo. O conteúdo do vídeo era inapropriado para menores de idade, mas ele é protagonizado por

¹⁹ Disponível em:

<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2010/01/18/estudo-mostra-que-troca-de-imagens-sensuais-pelo-celular-sexting-se-espalha-cada-vez-mais-entre-adolescentes-915545736.asp>. Publicado em 18/01/10. Acesso em 22/06/10.

²⁰ In: *Sexting* não é brincadeira. **Blog da Redação. Canal Vestibular**. Disponível em: <http://www.vestibular.br/brasil/2009/04/06/sexting-nao-brincadeira.htm>. Acesso em: 10.12.09.

²¹ In: IKEDA, Ana. **Caso gaúcho expõe risco da troca de conteúdo sexual via celular; entenda o sexting**. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/04/13/caso-gaucha-expoe-perigos-da-troca-de-conteudo-sexual-via-celular-entenda-o-sexting.jhtm>. Publicado em: 13/04/11, Acesso em: 25/04/11.

pelo menos dois adolescentes. Na gravação caseira, uma aluna de 14 anos do colégio dança de calcinha e sutiã com outra garota ao som do *funk* "Vai Sentando", de MC Copinho. A aluna do primeiro ano do ensino médio e sua amiga dançam no colo de um homem nu - com o rosto sempre fora de quadro. Um colega de classe da menina do vídeo conta que o "vazamento" aconteceu em 2 de abril de 2009. Todos os celulares da sala que estavam com o *Bluetooth* (conexão sem fio) acionado receberam o arquivo. Nos dias seguintes à "estréia" do vídeo, colegas fizeram para a menina cartazes com frases como "filma comigo!" e "sou seu fã!", e a chamaram de "estrela"²². Outra ocorrência foi a da adolescente (de 17 anos) de Penápolis, cidade de 56 mil habitantes, no interior de São Paulo, que cursava o ensino médio quando seu então namorado a fotografou enquanto faziam sexo. O namoro terminou em chantagem, e o garoto enviou as imagens para todos os nomes de sua lista de *e-mail*²³. Recentemente, uma nova situação de *sexting* foi registrada na pequena cidade gaúcha de Bom Retiro do Sul, com cerca de 12 mil habitantes:

(...) o vídeo de dois adolescentes de 16 anos fazendo sexo foi espalhado de forma viral entre os moradores. As imagens, que tinham sido gravadas com o consentimento da garota, foram passadas pelo rapaz por celular a dois ou três amigos, como vingança após o término do namoro. Esses amigos repassaram, também por celular, a outros colegas. Até que o vídeo começou a circular na escola onde a garota era aluna e, depois, em celulares de trabalhadores das fábricas e do comércio da cidade. Em cerca de 48 horas, praticamente todos os moradores já tinham visto ou ouvido falar do vídeo de sexo entre os adolescentes. Após o escândalo, a jovem parou de ir ao trabalho e, de acordo com o setor jurídico da

3ª Coordenadoria Regional de Educação, pediu transferência para uma escola de outro município²⁴.

Vale ressaltar que a prática de *sexting* leva a outros problemas, quais sejam:

(...) garotas que mantêm perfis e avatares sexies têm mais chances de se tornarem vítimas de violência sexual segundo pesquisa feita pelo *Cincinnati Children's Hospital Medical Center*. Normalmente os perfis em sites de relacionamento possuem fotos sensuais e vídeos provocantes, o que pode ser uma isca para pedófilos ou outros adolescentes mal intencionados. O mais comum é uma garota se encontrar pessoalmente com uma pessoa que ela conheceu na internet e ser abusada sexualmente. A maioria das meninas que já sofreram algum tipo de assédio virtual mantém perfis sensuais na internet.²⁵

No Brasil, a prática pode configurar crime contra a honra, crimes contra a dignidade sexual ou pornografia infantil, condutas puníveis seja pelo Código Penal nos artigos 213, 217, 218, 227, 228, 233 e 234, seja pelo ECA, nos artigos nos artigos 240 e 241 e letras (modificados pela Lei n. 11.829/08). O problema é crônico e todo cuidado é pouco. A legislação brasileira ainda pouco pode fazer para conter esse tipo de conduta. Portanto, a prevenção pela informação ainda é a melhor solução em defesa dos protagonistas dessa prática.

3.4.1 Punição e Rastreamento dos Agressores

Algumas das condutas que se enquadram no *cyberbullying* podem configurar infrações penais, acarretando, portanto, numa

²⁴ IKEDA, Ana. **Caso gaúcho expõe risco da troca de conteúdo sexual via celular; entenda o sexting**. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/04/13/caso-gaucho-expoe-perigos-da-troca-de-conteudo-sexual-via-celular-entenda-o-sexting.jhtm>. Publicado em: 13/04/11, Acesso em: 25/04/11.

²⁵ In: **Revista Época**. Disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/materia-revista-epoca-saiba-quais-os-riscos-do-sexting/.05/04/09>. Acesso em: 05/07/10).

²² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u578036.shtml>. Acesso em: 10.12.09.

²³ In: **Revista Época**. Disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/materia-revista-epoca-saiba-quais-os-riscos-do-sexting/.05/04/09>. Acesso em: 05/07/10.

persecução penal. Ademais, o fenômeno em estudo estimula a delinquência e induz a outras formas de violência. Exemplo dessa assertiva é que as vítimas de *bullying/cyberbullying* podem se manifestar através de atos de violência, como, por exemplo, nos casos de massacres ocorridos em colégios, conforme os exemplos a seguir:

Nos EUA, atos de extrema violência, sobre os quais há fortes indícios de motivação por *bullying*, passaram a ser noticiados com frequência. Em 1999, dois adolescentes foram responsáveis por um grande massacre no Instituto Columbine do Estado do Colorado. Eles mataram a tiros 13 pessoas e deixaram mais 21 feridos, para então cometerem suicídio. Há relatos de que ambos não eram bem quistos na escola: sofriam ridicularizações e arquitetavam planos de vingança, os quais foram publicados em um blog na internet. Já em 2007, um jovem de 23 anos promoveu novo massacre nos EUA, assassinando 32 pessoas e ferindo outras 23, com subsequente suicídio no Instituto Politécnico da Virgínia (Virginia Tech). O estudante sul-coreano documentou em detalhes, no manifesto que fez chegar à emissora NBC, as práticas de *bullying* a que teria sido submetido na universidade. Essas práticas incluíram, nomeadamente, críticas à sua maneira de vestir, considerada antiquada pelos colegas, à sua maneira de falar, ao seu aspecto físico e às suas origens étnicas. Vale realçar que há traços comuns nos autores de ambos os massacres: a) foram vítimas de *bullying*; b) tiveram acesso fácil a armas de fogo; c) viviam isolados dos colegas e; d) foram expostos durante a adolescência a jogos eletrônicos e filmes de extrema violência e crueldade. Em 2009, dois garotos de 11 anos, estudantes dos Estados de *Massachusetts* e Geórgia, também nos EUA, suicidaram-se por motivos relacionados ao *bullying* em um intervalo aproximado de duas semanas. Importa notar que os Estados em questão possuíam leis anti-bullying e aplicavam programas de prevenção nas escolas envolvidas. Para não

pensarmos que esse tipo de situação extremada acontece somente nos EUA e em países europeus, lembramos que, em 2003, um jovem de 18 anos invadiu a escola onde estudou na pequena cidade de Taiuva (São Paulo) e feriu a tiros seis estudantes, uma professora e o zelador para, em seguida, tirar a própria vida. Alunos da escola e familiares disseram à polícia que várias pessoas teriam humilhado o estudante – durante anos – com apelidos pejorativos pelo fato de ter sido obeso. Outra violência semelhante ocorreu na cidade de Remanso em 2004, no estado da Bahia, quando um adolescente de 17 anos matou a tiros duas pessoas, deixando outras três feridas. Após o fato, também tentou suicídio mas foi impedido. Segundo relatos, o jovem era humilhado pelos colegas na escola e decidiu cometer os crimes após ter tomado um banho de lama dos colegas enquanto andava de bicicleta pelas ruas do município. Finalmente, há também o curioso caso do estudante de João Pessoa (Paraíba) que, em 2007, publicou ameaças em uma rede de relacionamento virtual, segundo as quais provocaria violência com armas de fogo em seu colégio caso a direção permanecesse omissa em relação ao *bullying* que alegava sofrer há cerca de três anos. No ano seguinte, o mesmo estudante publicou vídeos na internet e forjou seu próprio sequestro, tudo para chamar a atenção das autoridades em relação ao *bullying* que, em sua opinião, continuava acontecendo no estabelecimento de ensino. O caso chamou a atenção do Ministério Público Estadual para a necessidade de campanhas de prevenção a essa problemática²⁶. – (grifos nossos).

Recentemente (em 07/04/11), vimos os efeitos do *bullying* se concretizarem no trágico massacre ocorrido na escola Tasso da Silveira, em Realengo, Rio de Janeiro, quando um rapaz de 24 anos, vítima de *bullying*, atirou

²⁶ Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7742. Acesso em: 25/06/2010.

contra crianças e adolescentes, ocasionando a morte de 13 delas²⁷. Destarte, surge a necessidade de reunir e registrar informações sobre as ocorrências das práticas relacionadas ao *bullying* e ao *cyberbullying*. No caso de agressores maiores de 18 anos, será aplicada a legislação penal comum (art.27 do Código Penal). Contudo, quando o agressor for menor de 18 anos se submeterá à legislação penal especial – Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando sujeito às medidas socioeducativas. O papel dos pais da vítima de *bullying* e, especialmente, no *cyberbullying* é fundamental no auxílio da punição das condutas perpetradas. Quanto ao *cyberbullying* devem os pais monitorar os equipamentos eletrônicos utilizados pelos filhos menores, não apenas para verificar o conteúdo que acessam, mas, também, para verificar se estes não vem sofrendo algum tipo de agressão *on-line*. Existem alguns programas que ajudam a descobrir a identidade dos agressores, tais como: *Email Tracker Pro* (identifica a fonte de *e-mails* recebidos); *MacAfee Parental Controls* (filtra *sites* e bloqueia conteúdos inadequados); *Security Soft's Predator Guard*, (monitora e filtra conteúdos), dentre outros, que fornecem filtros de acesso, além de rastreamento para conteúdo impróprio ou de assédio. Os provedores de serviços da Internet fornecem meios de filtrar conteúdos inadequados, além de instrumentos para denúncia de irregularidades ocorridas, por exemplo, em salas de bate-papo. Ainda que a conduta não constitua crime ou contravenção penal, poderá configurar violação às regras impostas pelo provedor, desafiando a tomada de providências por parte deste. Também é importante imprimir as mensagens ou páginas de conteúdo agressivo e tirar fotos das páginas com as mensagens ou imagens ofensivas, além de salvar as informações em meio digital (CD, DVD, *pen drive* etc). Vale lembrar, ainda, a possibilidade de rastreamento eletrônico de mensagens, por meio de *softwares* (programas

de computador), como o *Spectorsoft*²⁸, que permite a coleta e preservação da prova eletrônica; o *HTTrack*, que permite o *download* de *sites* inteiros, incluindo textos e fotos publicadas e o *Mozilla – Firefox*, acessório de navegador que indica na barra de *status* do navegador o número IP (protocolo de internet) do *site* visitado, além de permitir a obtenção de informações como o país onde a página está sediada e a empresa responsável por sua hospedagem. Por fim, os sites de relacionamento possuem espaços para denúncias de abusos ou conteúdos ofensivos: o *Myspace* permite a denúncia de perfis ofensivos, o *Facebook* permite o envio de *e-mail* ao provedor por parte do usuário que se sinta lesado por outro usuário (privacy@facebook.com) ou pela página de privacidade. Ademais, qualquer acesso inadequado ao *site* do *facebook*, por meio de intrusão, por exemplo, faz com que o site bloqueie o acesso pelo usuário, submetendo-o a um questionário para verificar as últimas atividades e acessos do seu perfil, visando evitar o uso inadequado por terceiros de páginas de seus usuários (como a criação de falsos perfis); o *Orkut* também permite a comunicação de abusos, por meio do *link* “denunciar abuso”, finalmente, o *Youtube*, permite a indicação de qualquer vídeo do *site* que possa ser tido como impróprio (se o vídeo for considerado inadequado, violando a política de conduta do *site*, será removido).

3.5. Exemplos de Cyberbullying no Direito Estrangeiro

A prática do *cyberbullying* ganhou relevância e destaque no mundo todo, sobretudo, a partir do ocorrido com Megan Méier, de 13 anos, nos Estados Unidos, em outubro de 2006. A jovem manteve um “namoro virtual” com um suposto adolescente de 16 anos, chamado Josh Evans, que havia conhecido através do *Myspace*. O romance terminou quando o tal jovem subitamente

²⁷ Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/04/07/sobe-para-13-o-numero-de-mortos-em-massacre-no-realengo-rj.jhtm>. Acesso em: 25/04/11.

²⁸ Permite um registro completo de cada *e-mail* emitido e recebido, cada conversação de bate-papo e mensagens instantâneas, cada Web site visitado, cada tecla digitada, dos relatórios lançados e detalhados de cada aplicação da atividade do PC, controle através de fotos instantâneas e periódicas da tela.

passou a ofendê-la, mandando-lhe mensagens, tal como “o mundo seria melhor se você não existisse”. Após o fato, Megan foi encontrada morta, por enforcamento, devido à prática de suicídio. O suposto jovem que incitou Megan à prática de suicídio, na realidade, era uma dona-de-casa chamada Lori Drew, de 49 anos, que criou um perfil falso no site de relacionamento *Myspace*. Lori foi condenada no dia 26/11/08 pela participação no caso de "trote" na internet²⁹. O caso de boato pela internet com desfecho trágico chocou a população e ensejou a aprovação de uma das primeiras leis americanas de combate ao *cyberbullying*, no Estado Missouri. Referida lei despertou nos Estados Americanos a consciência sobre o *Cyberbullying* e suas conseqüências. A partir de então, outros Estados editaram normas para a proteção, sobretudo, das crianças e adolescentes, contra agressões e perseguições na internet, tais como: Arkansas, Idaho, Iowa (que, aliás, criou uma polícia *anticyberbullying*), New Jersey (que já possuía uma legislação contra a prática de *bullying*, mas, a partir de 2007 incluiu o *bullying* praticado por vias eletrônicas de comunicação); Oregon (que possui legislação contra *cyberbullying* ou qualquer outra ação que possa interferir substancialmente na educação e desenvolvimento de pessoa jovem); Nova York (que criou um sistema de investigação sobre *cyberbullying* para auxiliar as agências de investigação a apurar melhor as circunstâncias que envolvem cada ocorrência e punir os agressores); Rhode Island; Vermont; Minnessota; Pennsylvania (há proposta para agregar à legislação penal a tipificação do *cyberbullying* como conduta criminosa); Carolina do Sul e Washington. Há discussões, ainda, sobre um Projeto de lei federal que prevê pena de prisão por um período de até 2 (dois) anos para os internautas que utilizarem a internet para "coagir, intimidar, assediar ou causar sério abalo emocional a uma pessoa". A proposta, de autoria da deputada californiana Linda Sanchez, tem como alvo principal a

prática de *cyberbullying*³⁰. A prática do *cyberbullying* ganhou o mundo, especialmente, pela transnacionalidade propiciada pela internet e o ciberespaço. O *cyberbullying* acontece em todos os lugares e as tecnologias de informação e comunicação potencializam os comportamentos agressivos. Assim, a conduta não constitui apenas uma preocupação norte-americana, mas sim, mundial e crescente. Os índices mundiais de ocorrência de agressão entre alunos variam entre 10 por cento, em estudantes do primeiro ciclo do ensino fundamental, a 27 por cento, entre os do segundo ciclo. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a ocorrência de *bullying* é bastante preocupante entre os países. Estima-se que 30 por cento dos adolescentes nos EUA (mais de 5.7 milhões) estejam envolvidos em *bullying*, como agressor, alvo ou ambos (...). Alguns pesquisadores afirmam que entre 20 a 25 por cento das crianças em idade escolar são vítimas de agressão³¹. No Reino Unido, um terço das crianças já sofreu algum tipo de constrangimento *on-line*, segundo o grupo de combate à prática de *bullying* no país, denominado *Beatbullying*. A chefe do *Beatbullying*, Emma Jane Cross, afirma que: “o *cyberbullying* é um problema em crescimento que afeta milhões de crianças no Reino Unido e muitos esforços para tentar conter esse fenômeno falharam”³². Em Portugal, o problema também tem se agigantado, tal preocupação virou objeto da campanha *Stop Bullying*, com a distribuição de material sobre o tema, direcionado à escola e aos pais, destacando-se os sinais do *bullying* e as formas de prevenção, além da realização de outros projetos por parte do Poder Público para alertar crianças e adolescentes sobre os problemas relativos à proteção de dados e à privacidade na utilização das novas

²⁹ Disponível em: <http://www.tudonahora.com.br/noticia.php?noticia=29747>. Data: 27.11.08. Acesso em: 12.04.09.).

³⁰ *In: Projeto nos EUA pune o Cyberbullying com prisão.* Disponível em: <http://www.destakjornal.com.br>. Acesso em: 13.12.09.

³¹ BEANE, Allan L. *Proteja seu filho do Bullying*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010, p. 27.

³² **Estudo: Uma em cada três crianças já sofreu cyberbullying no Reino Unido.** Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/seguranca/2009/03/03/estudo-1-em-cada-3-criancas-ja-sofreram-cyberbullying-no-reino-unido/>. Acesso em: 03.03.09.

tecnologias³³. A Comissão Europeia - CE já anunciou diversas medidas que visam proteger crianças e adolescentes no ambiente virtual, através da campanha pan-europeia contra o *cyberbullying*. Segundo a referida Comissão, mais da metade dos jovens poloneses e 34% dos adolescentes britânicos e alemães já foram vítimas de pressões psicológicas através de *sites* ou de mensagens por celular³⁴. Além disso, a luta contra o *cyberbullying* e contra a pornografia infantil integra o programa denominado *Safer Internet*, da União Europeia. Tal programa tem por objetivo melhorar a segurança na navegação pela internet, promovendo a conscientização para os perigos que crianças e adolescentes correm ao se conectar a rede mundial de computadores, bem como incentivando à denúncia de conteúdos ilegais na rede³⁵.

4. Cyberbullying no Brasil

No Brasil, a preocupação com o *cyberbullying* começa a crescer, na medida em que esta prática também tem se intensificado. Conforme já visto, inúmeras são as situações que configuram *cyberbullying*, identificadas como tal no nosso país. Exemplo disso foi o caso do estudante de educação física Thiago Arruda, que foi alvo de uma comunidade no *Orkut*. Chamado de homossexual e pedófilo, o jovem suportou humilhações e agressões e chegou a escrever na internet que praticaria suicídio. Os membros da comunidade o incentivaram a tal prática e, no dia seguinte, o jovem foi encontrado morto por asfixia (por inalar monóxido de carbono) dentro do seu carro³⁶. Fatos como esses têm se repetido na

internet e necessitam de uma resposta penal adequada. Pesquisa feita no ano de 2010 pela organização não governamental *Plan*, com 5 mil estudantes brasileiros de 10 a 14 anos aponta que 17% já foram vítimas de *cyberbullying* no mínimo uma vez. Desses, 13% foram insultados pelo celular e os 87% restantes por textos e imagens enviados por *e-mail* ou via *sites* de relacionamento³⁷.

No entanto, no Brasil não há uma lei específica tratando desse fenômeno e, por isso, se tem aplicado as regras já previstas no Código Civil, no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na seara criminal, a punição aos tipos de condutas em análise é muito mais complicada, pois o principal fundamento do Direito Penal é o Princípio da Legalidade, segundo o qual a conduta do indivíduo deve se amoldar perfeitamente à descrição típica para que haja punição, vedando-se a aplicação da analogia *in malan partem*. Assim, há em relação ao *cyberbullying*, as mesmas discussões existentes no tocante ao enquadramento legal das infrações informáticas em geral. Destaca-se, nesse sentido, a existência da Convenção para os Direitos da Criança, subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, com texto aprovado pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, que prevê:

Artigo 19: Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada. (g.n.)

Conforme já observado, algumas situações de *cyberbullying* podem ser amoldadas a tipos já existentes na legislação,

<http://capricho.abril.com.br/comportamento/cyberbullying-triste-violencia-internet-415968.shtml>. Acesso em: 28.04.08.

³⁷ SANTOMAURO, Beatriz. Violência Virtual. *Revista Nova Escola*, Ano XXV, n. 233, junho/julho, 2010, p. 66-73.

³³ OLIVEIRA. **Cyberbullying: fenômeno sem rosto**. Disponível em: <http://www.educare.pt/educare/Actualidade/Noticia.aspx?contentid=45F563C7EFA931C9E04400144F16FAAE&opsel=1&channelid=0>. Acesso em: 31.03.09.

³⁴ In: **CE Lança campanha contra cyberbullying**. Disponível em: http://tek.sapo.pt/multimedia/ce_lanca_campanha_contra_cyberbullying_912478.html. Acesso em: 29.03.09).

³⁵ In: **UE contra cyberbullying e pornografia infantil**. Disponível em: http://tek.sapo.pt/noticias/internet/ue_contra_cyber_bullying_e_pornografia_infant_892658.html. Acesso em: 01.04.09).

³⁶ In: **Cyberbullying: uma triste violência da internet**. Disponível em:

tais como: crimes contra a honra (arts. 138 – 140 do CP), crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), crime de ameaça (art. 147 do CP), crime de participação em suicídio (art. 122 do CP), pornografia infantil etc. Mas nem todas encontram respaldo na legislação existente, restando, portanto, atípicas. Apesar dos óbices para a tipificação, denúncias sobre *cyberbullying* têm sido feitas através da *Safernet* Brasil ou, em alguns Estados, têm sido comunicadas às delegacias, divisões e promotorias de justiça especializadas em crimes cibernéticos³⁸. Ademais, tem crescido a prática do registro em cartório, por parte de pais de vítimas de *cyberbullying*, das agressões virtuais sofridas:

Alguns pais têm registrado em cartório as agressões virtuais sofridas por seus filhos, vítimas do chamado *cyberbullying*. O objetivo é garantir provas documentais para usá-las em processos contra os autores das ofensas. Uma reportagem do jornal O Estado de S.Paulo revelou que essa medida vem sendo adotada em São Paulo há cerca de seis meses. A denúncia e o registro em cartório de uma perseguição sofrida na internet é uma garantia de que as ofensas virtuais possam ser usadas como prova de *cyberbullying* em ações judiciais mesmo que elas sejam apagadas da rede. O registro é feito através de uma escritura pública que retrata fatos do cotidiano, chamada ata notarial. Em entrevista ao Estadão, um tabelião explica que se trata de “um retrato jurídico de que aquele fato realmente existiu e serve como força probatória em ações judiciais”. Para fazer o registro, a família deve informar o site onde as agressões virtuais foram publicadas. Um funcionário do cartório entra no site indicado e verifica a denúncia. Em alguns casos, o funcionário vai à casa do interessado para checar conversas e e-mails trocados³⁹.

Diante da problemática do enquadramento típico das condutas, os Promotores da Infância e Juventude de São Paulo propõem que o *bullying* e o *cyberbullying* sejam considerados crimes:

Um anteprojeto de lei elaborado pelo grupo prevê pena mínima de um a quatro anos de reclusão, além de multa. Se a prática for violenta, grave, reiterada e cometida por adolescente, o autor poderá ser internado na Fundação Casa, a antiga Febem. A proposta prevê que poderá ser penalizada a pessoa que expuser alguém, de forma voluntária e mais de uma vez, a constrangimento público, escárnio ou qualquer forma de degradação física ou moral, sem motivação evidente estabelecendo relação desigual de poder. Estão previstos casos em que a pena pode ser ampliada (leia quadro nesta página), como quando é utilizado meio eletrônico ou qualquer mídia (*cyberbullying*). “Hoje, como não há tipificação legal específica, os casos que chegam são enquadrados geralmente como injúria ou lesão corporal”, explica promotor Mario Augusto Bruno Neto, secretário executivo da promotoria. Como o *bullying* e o *cyberbullying* são praticados na imensa maioria dos casos por crianças e adolescentes, os promotores vão precisar adaptar a tipificação penal dessas práticas ao que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O anteprojeto será submetido, no dia 6 de maio, a aprovação na promotoria e, depois, encaminhado ao procurador-geral do Ministério Público (MP), Fernando Grella Vieira, que deverá enviar o texto a um deputado para que o documento seja encaminhado ao Congresso.⁴⁰

Após um caso ocorrido com um estudante na Paraíba, a Câmara Municipal de

³⁸ Disponível em:

<http://capricho.abril.com.br/comportamento/cyberbullying-triste-violencia-internet-415968.shtml>. Acesso em: 28.04.08.

³⁹ Disponível em:

<http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/politica/denuncias-de-cyberbullying-sao-registradas-em-cartorio/>. Acesso em 25/04/110.

⁴⁰ MESSIAS, Christian. **O Estado de São Paulo**, 19/04/2011 - São Paulo/ SP.

João Pessoa aprovou projeto, dando origem à Lei Municipal 11.381/08, que dispõe sobre o combate ao fenômeno. Recentemente, o governador do Estado de Santa Catarina sancionou a Lei Estadual 14.651/09 para instituição do programa de combate ao *bullying*, de ação interdisciplinar e de participação comunitária nas escolas públicas e privadas do estado. Em estados como São Paulo e Rio de Janeiro, a iniciativa ainda está sendo analisada pelo Poder Legislativo, por meio dos respectivos projetos de lei 350/07 e 683/07.

4.1. Projeto de Lei que Institui o Programa Nacional de Combate ao Bullying

Há em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Lei, que visa instituir o Programa Nacional de combate ao *bullying*. O Projeto é do Deputado Federal Vieira da Cunha (PDT/RS) e traz conceitos interessantes. Os primeiros artigos do Projeto apresentam as definições de *bullying* e de *cyberbullying*:

Art. 1. (...) Parágrafo Único. No contexto da presente Lei, *bullying* é considerado todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. Art. 2. Caracteriza-se o *bullying* quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação e/ou discriminação, e ainda: a) ataques físicos; b) insultos pessoais; c) comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; d) ameaças por quaisquer meios; e) grafiteagem depreciativas; f) expressões preconceituosas; g) isolamento social consciente e premeditado; h) pilhérias.

Parágrafo único. O Cyberbullying uso de instrumentos da WEB como Orkut e outros, para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial, caracteriza-se como bullying.

Segundo o art. 3º do Projeto, o *bullying* pode ser classificado conforme as ações praticadas: a) verbal: insultos, xingamentos e apelidos pejorativos; b) moral: difamação, calúnia, disseminação de rumores; c) sexual: assédio, indução e/ou abuso; d) social: ignorar, isolar e excluir; e) psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar; f) físico: socar, chutar, bater; g) material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem; h) virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento social e psicológico. (grifos nossos). Constituem objetivos do programa nacional de combate ao *bullying*: a) prevenir e combater a prática de *bullying* em toda a sociedade; b) capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção e orientação e solução do problema; c) implementação e disseminação de campanhas de educação, conscientização e informação; d) instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores; e) assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e agressores; f) integrar os meios de comunicação de massas com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e a forma de preveni-lo e combatê-lo; h) evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e mudança de comportamento hostil. (grifos nossos).

5. Conclusões

Os efeitos das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC's) sobre a sociedade são indiscutíveis. As TIC's propiciam inúmeras vantagens à vida moderna, mas também abriram as portas para novos riscos. As TIC's transformaram-se num importante meio de interação social, em especial para crianças e adolescentes que passaram a utilizar estes recursos (computadores, celulares e equipamentos eletrônicos em geral) para criação e

manutenção das suas relações sociais. É neste contexto que surge o *Cyberbullying*, isto é, a versão tecnológica de uma prática comum e já conhecida: o *Bullying*. O *Bullying* é um fenômeno multifacetado que abarca uma grande variedade de comportamentos agressivos, cujas características são, dentre outras, a intencionalidade do agente que pratica a conduta (o objetivo da conduta é ferir/prejudicar a vítima, conseqüentemente, lhe causando danos físicos ou interferindo na sua paz psicológica); a periodicidade da agressão (os ataques ocorrem de forma reiterada e intensa) e o desequilíbrio de forças (a conduta parte do mais forte contra o mais fraco, física ou psicologicamente). Apoiado nas TIC's o *Cyberbullying* transcende as fronteiras de tempo e de espaço, deixando de configurar um problema regional, tornando-se, portanto, uma questão global e que tem preocupado muitos países do mundo, levando-os a criar mecanismos de prevenção e combate às práticas relacionadas, tais como a formulação de legislações específicas, políticas públicas voltadas à prevenção dessas

práticas, em especial nos ambientes escolares, onde as condutas, geralmente, têm seu *start*, dentre outras atitudes. Assim, o *Cyberbullying* apresenta novas questões e desafios à família, aos educadores e ao Estado, que possuem responsabilidades sociais, políticas e educativas para com as crianças e adolescentes, em virtude da condição especial de pessoa em desenvolvimento que estes ostentam. Diante do fenômeno cujos contornos ainda não estão perfeitamente delineados, surge de forma imperiosa a necessidade de um olhar jurídico que possa auxiliar na sua prevenção e enfrentamento. Ressalta-se que as soluções passam não somente pela criação de tipos penais adequados, preenchendo as lacunas ainda existentes, mas também – e com relevo, pela instituição de políticas públicas que visem a redução do impacto danoso na vida dos hipossuficientes, vítimas desse fenômeno, cumprindo-se, também na seara tecnológica, os mandamentos constitucionais da proteção integral às pessoas em formação, nossas crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

- ALBINO, Araceli. A violência e suas vertentes. **Revista Psique, Ciência e Vida**. Ano V, n. 49. Editora Escala, 2010, p. 52-59.
- BELTRAMONE, Guillermo; ZABALE, Ezequiel. **El Derecho en La Era Digital – derecho informático de fin de siglo**. Argentina: editorial Juris, 1997.
- BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.
- CIMIERI, Fabiana. Site receberá denúncias de abuso. **Jornal O Estado de São Paulo**. Caderno Cidades/Metrópole, 13.05.08, p. C4.
- DUPRAT, Nathalia. **Cyberbullying: uma triste violência da internet**. Disponível em: <http://capricho.abril.com.br/comportamento/cyberbullying-triste-violencia-internet-415968.shtml>. Acesso em: 28.04.08.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana (orgs.). **Geração Digital: riscos e benefícios das novas tecnologias para crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2008.
- FIGUEIREDO, João; LIMA, Roberta de Abreu. **Bullying**. **Revista Veja**. 05/05/10, p. 99 – 102.
- GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Violência escolar e o fenômeno bullying - A responsabilidade social diante do comportamento agressivo entre estudantes**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=80895. Acesso em: 30.03.09.
- _____. **O fenômeno Bullying. A responsabilidade jurídica diante do comportamento agressivo de estudantes**. **Revista Visão Jurídica**. Edição n. 36/2009. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/36/artigo141563-4.asp>. Acesso: 02/12/09.
- HABER, Joel. **Cyberbullying**. Disponível em: <http://www.respectu.com/cyberbullying.htm>. Acesso em: 06/12/09.
- JESUS, Damásio E. de. **Stalking**. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- LEITÃO, Carla Faria; NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Impactos da internet sobre pacientes: a **visão de psicoterapeutas**. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 10, n. 3, 2005, p. 3.
- MILAGRE, José Antonio. O **Stalking** na Internet. **Revista Jurídica Consulex** nº 302. 17/8/2009.
- MORAIS, Tito. Bullying e Cyberbullying: as diferenças. **Artigos de Opinião**. Set./2007. Disponível em: <http://www.miudossegurosna.net/artigos/2007-09-11.html>. Acesso em: 01.04.09.
- OLIVEIRA, Sara R. **Cyberbullying: fenômeno sem rosto**. Disponível em: <http://www.educare.pt/educare/Actualidade/Noticia.aspx?contentid=45F563C7EFA931C9E04400144F16FAAE&opsel=1&channelid=0>. Acesso em: 01.04.09.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **A informática e a telemática ante o Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- SANTOMAURO, Beatriz. Violência Virtual. **Revista Nova Escola**, Ano XXV, n. 233, junho/julho, 2010, p. 66-73.
- SILVA, Ana Bratriz Barbosa. **Mentes Perigosas nas Escolas: Bullying**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o Direito Penal – A tutela penal dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008.
- TRAUTMANN M., Alberto. **Maltrato entre pares o bullying**. Una visión actual. **Revista Chilena de Pediatría**. V.79, n.1 Santiago feb. 2008. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000100002&lang=pt. Acesso em: 25/06/10.

RESUMO

O presente artigo trata da evolução histórica do Direito Empresarial, abordando os fatos históricos relevantes que ocasionaram a transformação do clássico conceito jurídico de comércio para o atual conceito de empresa adotado pela legislação vigente. É objeto desse breve estudo, ainda, o conceito de empresário adotado pelo Código Civil, com seus aspectos controvertidos.

Palavras-chave: Comércio. Comerciante. Empresa. Empresário. Atividade Econômica.

ABSTRACT

This article discusses the historical evolution of business law, addressing the relevant historical facts that brought about the transformation of the classical legal concept of trade for the current business concept adopted by the legislation. It is the object of this brief study, yet the concept of employer adopted by Civil Code, with its controversial aspects.

Keywords: Trade. Trader. Business. Trading.

*Advogada, Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), Doutoranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professora das disciplinas Direito Civil e Direito Empresarial da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e da disciplina Direito Empresarial do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).

1. Introdução

A ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como objetivo garantir a todos uma vida digna, como prevê a nossa Constituição Federal (art. 170).

Por essa razão, é livre o exercício de qualquer atividade econômica lícita, desde que observados alguns limites constitucionais, tais como: a livre concorrência, os direitos do consumidor, a defesa do meio ambiente, da propriedade privada, entre outros.

A livre iniciativa e a livre concorrência são princípios constitucionais que favorecem a circulação de riquezas, a exploração de novas atividades, proporcionando a criação de empregos e servindo como real estímulo à economia do país.

Nesse contexto é que se concebe a atividade empresarial, objeto do presente estudo. Assim, o objetivo deste artigo é tratar da evolução histórica do Direito Empresarial, analisando as transformações legislativas ocorridas nos últimos séculos.

2. Evolução Histórica do Direito Empresarial

As relações comerciais tais como: troca, compra e venda, fabricação de produtos, prestação de serviços, sempre existiram na sociedade. O que não existia, inicialmente, era um conjunto específico de normas com o objetivo de regular essas relações. Daí o surgimento do Direito Comercial, ou como atualmente se prefere denominar, Empresarial.

Vivante¹ esclarece que, no direito romano, apesar da atuação dos comerciantes, não parecia haver necessidade de institucionalizar uma disciplina especializada, pois o direito civil florescia e se adequava à realidade da época.

Não obstante tal realidade romana, com o passar dos séculos, surgiu a necessidade da criação de normas jurídicas para regular o

exercício da atividade econômica, como ensina Machado²:

[...] O Direito é a tradução da vida social nos seus múltiplos aspectos, inclusive o econômico e, por isso, o fenômeno jurídico não pode ser fixado senão à luz de seus pressupostos, donde a utilidade de examinar o conceito econômico de empresa, tal como se formou no tempo e é hoje dominante.

Coelho³ ensina que a história do Direito Comercial é normalmente dividida em períodos. O primeiro deles se passou na Idade Média, entre a segunda metade do século XII e a segunda metade do século XVI e é marcado pelo surgimento da *concepção subjetiva* do Direito Comercial.

De acordo com tal teoria, o Direito Comercial era visto como o conjunto de regras vinculadas a uma classe determinada: a dos comerciantes. Nesse período, os comerciantes fundaram as *corporações de mercadores*, verdadeiras organizações com poder econômico e político que tinham por objetivo decidir os conflitos entre seus membros. Para tanto, eram nomeados, entre os mais experientes, os chamados *juízes consulares*. O conjunto de decisões proferidas pelas corporações representou o início da consolidação das normas de Direito Comercial.⁴

A atuação das corporações de ofício era pautada na proteção dos comerciantes, tendo em vista a precária legislação vigente, que não atendia as necessidades da classe a contento.

As normas produzidas no âmbito das corporações eram, ou deveriam ser, adequadas à realidade econômica dos comerciantes da época, e, como se tratava de entidade privada, só poderiam ser aplicadas aos seus membros, razão pela qual, o Direito Comercial, até então conhecido, era tido como um direito de classe.

¹ VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 12-13.

² MACHADO, Silvio Marcondes. **A limitação da responsabilidade do comerciante individual**. São Paulo, Max Limond, 1956, p. 115.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 13.

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 28ª ed. rev e atual. por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 10.

O segundo período, do século XVI ao XVIII, foi marcado pela criação da sociedade anônima⁵.

A partir do terceiro período, entre o século XIX e a primeira metade do século XX, verifica-se o surgimento da *concepção objetiva* do Direito Comercial. A expressão tem seu fundamento na mudança de paradigma para aplicação das normas do Direito Comercial.

Com o surgimento das primeiras leis que tratavam da disciplina comercial, o Direito Comercial deixa de ser concebido como *direito dos comerciantes*, quais sejam, os membros das corporações de mercadores, e passa a ser concebido como o ramo do Direito reservado a todos que praticarem atividade com fim lucrativo.

O conceito base para aplicação das leis de Direito Comercial passa a ser o *ato de comércio*, que é definido por Sztajn⁶:

[...] Ato de comércio tem, em linguagem técnica, significado determinado, não é negócio de intermediação, mas negócio econômico de produção ou intermediação entre produtores e consumidores, um conjunto de práticas submetidas, por lei, a regras especiais: intermediação, transformação de bens, atividade bancária e asseguradora.

O Código Civil Francês de 1807 adotou a Teoria dos Atos do Comércio. O objetivo da criação dessa teoria era delimitar o âmbito de incidência do Direito Comercial. Assim, estavam sujeitos a essa disciplina todos os praticantes de atos de comércio.

Essa teoria também foi adotada pelo nosso Código Comercial de 1850. O seu artigo 4º conceituava comerciante como aquele que fazia da *mercancia* sua profissão habitual.

Verifica-se que o legislador brasileiro entendeu por bem não definir ato de comércio, mas ao tratar do comerciante apresentou um elemento fundamental: a *mercancia*. Tal conceito corresponde ao que se denominada de ato de comércio no Código Francês.

Para que não houvesse dúvida acerca do conceito de *mercancia*, o Regulamento nº 737 de 1850 trouxe uma relação das atividades assim consideradas, quais sejam:

- Compra e venda ou troca de bem móvel ou semovente, para a sua revenda, por atacado ou a varejo, industrializado ou não, ou para alugar o seu uso;
- As operações de câmbio, banco e corretagem;
- As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;
- Os seguros, fretamento, riscos;
- Quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo e à armação e expedição de navios.

Ocorre que, com o passar dos anos, como afirmam Venosa e Rodrigues⁷, a expansão do capitalismo fez com que atividade mercantil se tornasse muito abrangente, de forma a englobar outras não definidas pela lei, mas que por sua natureza, poderiam ser tratadas pelas normas do Direito Comercial. Surgiu a necessidade de ampliar o âmbito de incidência de tais normas.

Na Itália, em 1942, foi promulgado o *Codice Civile*, que alterou de forma substancial o sistema legislativo anterior, na medida em que, unificou as normas de direito privado, especialmente aquelas relacionadas ao direito das obrigações, suprimindo a relevância de qualquer qualificação de atos como civis ou comerciais e adotando a *Teoria da Empresa*.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 14.

⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 82.

⁷ VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito civil: Direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 8, p. 5.

Nesse período histórico, ocorre, na Itália, a substituição do conceito de *ato de comércio* pelo de *empresa*.

Requião⁸ utiliza o conceito de Cesare Vivante para conceituar empresa:

[...] Vivante identificou o conceito jurídico com o conceito econômico. Escreveu que a empresa é um organismo econômico que sob o seu próprio risco recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A combinação dos fatores – natureza, capital e trabalho – que, associados, produzem resultados impossíveis de conseguir se fossem divididos, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza, são os requisitos indispensáveis a toda empresa.

Pode-se verificar que, naquela oportunidade, optou-se pela ampliação de conceitos, ou seja, não havia mais pré-determinação de atos sujeitos às normas de Direito Comercial, mas sim a subordinação de uma atividade peculiar, *a empresarial*.

Requião⁹ ensina que Alberto Asquini, clássico doutrinador italiano, formulou o conceito de empresa sob diversos aspectos, conhecidos como *perfis de Asquini*: i) subjetivo: empresa como empresário que exerce a atividade; ii) objetivo: empresa como estabelecimento; iii) funcional: empresa como atividade; iv) corporativo: empresa como instituição.

O legislador italiano preferiu não conceituar empresa e sim empresário. Assim, preceitua o artigo 2082 daquele diploma legal:

Art. 2082: É imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata

⁸ VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 4. ed., Casa Editrice Dott. apud REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 28ª ed. rev e atual. por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 53.

⁹ Op. cit., p. 55.

al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi¹⁰.

Ascarelli¹¹, comentando o dispositivo legal acima transcrito, afirma:

[...] Ao fazer recurso aos mencionados termos, o Código os considera na sua corrente valoração social (menos exatamente se costuma dizer: no seu significado econômico). O art. 2.082 (assim como, na legislação ab-rogada, os arts. 3º e 4º do Código de Comércio) constitui, na verdade, uma norma qualificativa ou delimitativa, que, em substância, determina o âmbito no qual se aplicarão determinadas normas. A definição jurídica de empresário importa, por isso, o apelo a conceitos não definidos no sistema e cujo alcance deve valorar-se em relação à concepção social corrente.

Nesse contexto, empresário seria o sujeito que exercesse profissionalmente a atividade econômica organizada.

Quanto ao conceito de empresa, verifica-se que pode ser extraído do próprio conceito de empresário, na medida em que se firmou o entendimento de que empresa seria um objeto de direito, ou seja, a atividade econômica organizada exercida pelo empresário.¹²

Como bem salienta Campinho¹³, a empresa não é detentora de personalidade jurídica, trata-se de objeto de direito, não se confundindo com a sociedade, que seria a pessoa jurídica exercente da atividade empresarial, a empresária.

¹⁰ Art. 2082: É imprenditore quem exerce professionalmente una attività economica organizzata con o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços (tradução livre).

¹¹ ASCARELLI, Túlio. **A Atividade do Empresário** in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, Ano XLII, n. 132, outubro-dezembro de 2003, p. 202.

¹² REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 60.

¹³ CAMPINHO, Sérgio. **O direito da empresa à luz do novo código civil**. 10. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei Complementar nº 12/2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11.

O conceito de empresário adotado pelo Código Civil italiano, bem como, toda a Teoria da Empresa, foram abarcados pelo novo Código Civil brasileiro e, muito antes dele, já faziam parte da doutrina e jurisprudência nacionais.

3. O Conceito de Empresário na Legislação Brasileira

Define o artigo 966 do Código Civil brasileiro, mera tradução do artigo 2.082 do Código Civil italiano:

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

Como salientado por Ascarelli¹⁴, o conceito de empresário traz em si outros conceitos não esclarecidos pelo sistema jurídico, mas fundamentais para que se possa classificar determinado sujeito como empresário e, por conseguinte, sua atividade como empresarial.

Primeiramente, importante esclarecer que o empresário é um sujeito de direito que pode exercer sua atividade individualmente, o chamado empresário individual; individualmente e com responsabilidade limitada, o chamado empresário individual de responsabilidade limitada, EIRELI; e ainda, de forma coletiva, por meio da sociedade empresária.

Empresário individual é a pessoa física que exerce atividade empresarial. Para tanto, basta a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

O empresário individual é equiparado às pessoas jurídicas somente para fins fiscais e, portanto, realizará o registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Porém, como sua atividade não possui personalidade jurídica, não há, em seu patrimônio, separação entre bens particulares e bens da atividade,

razão pela qual, todo o seu patrimônio ficará sujeito ao risco do negócio.

A ausência de separação do patrimônio do empresário individual para o exercício da sua atividade fez com que muitos empreendedores preferissem constituir pessoas jurídicas, sociedades limitadas, por exemplo, para alcançar a limitação da responsabilidade, calculando, de forma mais eficiente, o risco inerente ao negócio.

Em razão dessa realidade e, com o objetivo de dar mais segurança ao empresário individual, a Lei n. 12.441/2011 inseriu, no Código Civil vigente, o artigo 980A que trata da empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI. Alterou ainda o artigo 44 do mesmo diploma para incluir a EIRELI no rol das pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, aquele que pretender exercer atividade empresarial de forma individual poderá optar pela constituição de pessoa jurídica e poderá limitar a sua responsabilidade ao capital social subscrito que, no caso, não poderá ser inferior a 100 (cem) salários mínimos.

Trata-se de verdadeiro avanço, na medida em que, incentiva o exercício da empresa de forma individual. A tendência é que as sociedades originalmente constituídas somente com o fim de alcançar a limitação de responsabilidade sejam transformadas em empresas individuais de responsabilidade limitada.

Por fim, quem quiser empreender de forma coletiva deverá constituir uma sociedade empresária, ou seja, constituir uma pessoa jurídica de direito privado. Importante salientar que a sociedade é formada pela união de duas ou mais pessoas que exercem atividade com fim econômico. Nos termos do artigo 982 do Código Civil, as sociedades que exercem atividades empresariais, nos termos a seguir estudados, são consideradas empresárias; as que exercem atividades não empresariais são chamadas de sociedades simples, como ocorre com as cooperativas.

As sociedades empresárias são constituídas mediante arquivamento do seu ato constitutivo (contrato ou estatuto social) no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais e podem adotar os seguintes tipos societários: sociedade em

¹⁴ Op. cit.

nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações.

Além dessa análise inicial, é necessário estudar os outros elementos do conceito de empresário previsto no Código Civil, quais sejam: profissionalismo, atividade econômica, organização, produção ou circulação de bens e serviços.

O conceito de *profissionalismo*, de acordo com Coelho¹⁵, pode ser dado a partir da conjunção de três requisitos: a habitualidade, a pessoalidade e o monopólio das informações.

Por habitualidade entende-se a continuidade da atividade explorada. Determinada atividade é habitual se exercida de forma sistemática e contínua pelo empresário. Essa continuidade, porém, não significava necessariamente impossibilidade de interrupção do exercício da atividade, o que ocorre com as atividades sazonais, como aquelas ligadas ao turismo. O importante ao se caracterizar a habitualidade é a repetição da atividade, ou seja, se o empresário trabalha todo período de alta temporada de determinados anos, sua atividade é habitual; porém, se o faz nos anos em que está de férias nesse período, não se fala em atividade empresarial.

A pessoalidade no exercício da atividade pelo empresário também é um dos requisitos do profissionalismo. Todo empresário exerce sua atividade pessoalmente, ainda que seja representado, de fato, por empregados, sócios ou outros colaboradores.

Assim, tanto no exercício da atividade de forma singular, como empresário individual, como de forma coletiva, como sociedade empresária, empresário será aquele que reúne os fatores de produção e organiza a atividade a ser explorada.

O monopólio das informações é requisito essencial à definição de profissionalismo, na medida em que, o empresário deve buscar orientação jurídica, econômica e tecnológica com relação à atividade que pretende exercer, com o objetivo de antever os contratemplos e minimizar os riscos a ela inerentes.

A *atividade* é a conduta a ser realizada pelo empresário, é a *empresa* propriamente dita: a produção ou circulação de bens ou serviços.

Por *atividade econômica*, por sua vez, pode-se entender aquela capaz de criar riquezas, de gerar o tão esperado lucro. Esse lucro pode ser o fim da atividade ou somente um meio para se alcançar o fim desejado¹⁶. Pode-se ilustrar essa afirmação com o seguinte exemplo: uma indústria explora a empresa de produção de determinado bem com o fim de obter lucro, ou seja, ter sua receita maior que suas despesas. Já uma escola, pode não ter como finalidade a prestação de serviços educacionais, mas mesmo assim, também necessitará que sua receita seja maior que suas despesas sob pena de não se manter funcionando. Assim, o elemento lucro sempre estará presente em qualquer atividade econômica.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a atividade terá finalidade lucrativa quando os seus exercentes puderem repartir os resultados auferidos. Assim, para determinadas atividades, como as exercidas pelas fundações, associações, entidades religiosas e partidos políticos, mesmo que haja *superavit*, ou seja, maior arrecadação de fundos do que despesas, a atividade não será considerada lucrativa, já que seus exercentes não poderão repartir os resultados entre si.

A atividade empresarial será *organizada* se resultar da conjugação dos fatores de produção: capital, trabalho, insumos e equipamentos e, ainda, o conhecimento técnico adequado. Capital é o conjunto de bens que o empresário investiu para exercer a atividade, podem ser: bens móveis, imóveis, dinheiro, máquinas, equipamentos. Trabalho é a mão de obra disponibilizada para se chegar ao fim almejado, qual seja, a produção ou circulação dos bens ou serviços. Insumos e equipamentos são todos os bens necessários à produção ou circulação de tais bens ou serviços, como matéria prima, máquinas etc. O empresário deve deter ainda o conhecimento técnico adequado para o exercício de seu mister.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13-14.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

Organização é, na verdade, a estrutura desenvolvida para o exercício da atividade. Essa estrutura é que tem o condão de classificar uma atividade econômica como empresarial ou civil: se “X” exerce uma atividade de forma organizada é considerado empresário; se não organiza os fatores de produção, a atividade será considerada civil.

Nesse sentido, ensina Sztajn¹⁷:

[...] Organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente, para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado. Tanto a organização de pessoas, centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa. Por isso é, atualmente, fácil abandonar a antiga discriminação entre auto e hetero-organização na configuração da empresa, empregando-se critérios mais aceitáveis como a fungibilidade dos fatores de produção.

Ocorre que, na prática, encontra-se dificuldade para distinguir uma atividade como organizada ou não, e assim, como empresarial ou civil, o que acaba levando ao vício de se enquadrar como empresarial as atividades listadas pelos atos de comércio.

A referida autora¹⁸ assim se posiciona com relação a esse problema:

[...] Ausente disciplina própria para a atividade econômica organizada, a tendência de aproveitar aquela relativa a atos, reconduzindo-se a atividade a uma série de atos coordenados e unificados entre si por terem função única, é clara. Projetando-se em atos entre si relacionados, estabelece-se interdependência de

efeitos entre atos e atividades, dificultando isolá-los para determinar a juridicidade da atividade por si.

Outro ponto causador de dúvidas é o volume, o tamanho dessa organização: poderia se abranger no conceito de atividade organizada a microscópica organização do trabalhador autônomo a ponto de enquadrá-lo como empresário individual? Levando-se em consideração a estrutura disponibilizada para o exercício da atividade pode-se dizer que não. Porém, analisando-se os fatores financeiros envolvidos, os negócios por ele celebrados, pode-se dizer, com certeza, que se trata de uma atividade empresarial.

Essa conclusão é corroborada pelo Estatuto da Pequena Empresa (Lei Complementar nº 123/2006), que em seu artigo 18-A define a figura do microempreendedor individual, como sendo o empresário individual que exerce atividade e obtenha receita bruta anual de até R\$ 60.000,00 (Sessenta mil reais), demonstrando a intenção do legislador em incluir no conceito de empresário, desde o pequeno exercente de atividade individual ao grande grupo econômico.

Na busca pela melhor forma de adequação das atividades às normas jurídicas é sempre importante ter em mente que a atividade econômica é aquela voltada para o mercado, para a satisfação de interesses de terceiros.

Nessa esteira, é valioso o ensinamento de Ascarelli¹⁹:

[...] O titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto, isto é, a sua atividade deve ser destinada a satisfazer necessidades de outrem. (...) Quando isso não ocorre nos encontramos em uma economia que eu diria individualisticamente autárquica: o ciclo econômico se exaure no âmbito de um só sujeito, enquanto o art. 2.082 (Código Civil Italiano) é voltado exatamente para uma disciplina do

¹⁷ Op. cit., p. 129.

¹⁸ Op. cit., p. 131.

¹⁹ Op. cit., p. 205.

ciclo econômico que interessa a vários sujeitos.

Por fim, a atividade empresarial deve ter como objeto a **produção ou circulação de bens ou serviços**.

Produção de bens é atividade de indústria, é a transformação de um bem em outro, como ocorre com uma padaria que transforma os insumos (farinha, ovos, manteiga) em bens (pães).

Produção de serviços é a prestação de serviços como de um lava rápido que lava os carros a ele entregues ou um banco, que disponibiliza serviços de custódia de valores, emissão de ordens de pagamento, dentre outros.

Circulação de bens ou serviços é atividade de comércio, é a intermediação de bens, como ocorre com um supermercado que compra bens da distribuidora e os revende aos consumidores ou de atividades relacionadas à intermediação de serviços, como agências de turismo, de empregos, entre outras.

Analisados esses elementos temos como definida a atividade empresarial que é o fundamento da Teoria da Empresa e, por consequência, do Direito Empresarial contemporâneo.

4. Considerações Finais

Diante do estudo realizado é importante destacar a profunda transformação que o Direito Comercial, atualmente denominado de

Direito Empresarial, sofreu no decorrer dos séculos.

A atividade comercial ou empresarial sempre foi um dos fundamentos do capitalismo, na medida em que é fator preponderante para circulação de riquezas.

Assim, ainda mais relevante é a disciplina jurídica dessa atividade, a fim de garantir o exercício de forma eficaz e pacífica entre os entes sociais.

Nesse sentido, substituiu-se o modelo autorregulador da Idade Média pelo modelo de regulação estatal, com a promulgação dos primeiros Códigos Comerciais, dentre eles, o Código francês de Napoleão, o de maior relevância histórica.

Diante da nova realidade apresentada pelas legislações, caberia ampliar o âmbito de incidência das normas de Direito Comercial, processo que se iniciou pela promulgação do Código italiano de 1942.

Dessa forma, verifica-se que, com a substituição do *comércio* pela *empresa*, tem-se uma efetiva ampliação dos fatos sujeitos às normas empresariais e, com isso, a possibilidade de se utilizar normas cada vez mais específicas para solução de casos concretos.

Ocorre que, a bem da grande inovação legislativa, muito ainda há de se estudar. Assim, é dos profissionais do Direito: advogados, doutrinadores e juízes, a missão de esclarecer e simplificar os conceitos trazidos pelo nosso Código Civil de forma a facilitar a dinâmica do exercente de atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Túlio. **A Atividade do Empresário** in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, Ano XLII, n. 132, outubro-dezembro de 2003, p. 202.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito da empresa à luz do novo código civil**. 10. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei Complementar nº 12/2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- _____. **Manual de Direito Comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- MACHADO, Silvio Marcondes. **A limitação da responsabilidade do comerciante individual**. São Paulo, Max Limond, 1956.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2009, v. 1.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 28^a ed. rev e atual. por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, v. 1.
- SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito civil: Direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 8.
- VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

RESUMO

Na atual sociedade capitalista, dominada pelos mais modernos meios de rápida transmissão de informações, propaga-se constantemente o comércio eletrônico. Relações consumeristas são estabelecidas num novo ambiente, o ambiente virtual. A legislação atual não regula especificamente o tema, porém as regras do CDC devem ser adequadas para que seja possível garantir ao consumidor seus direitos na hipótese de descumprimento da oferta realizada na internet.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Oferta. Internet. Descumprimento da oferta.

ABSTRACT

In today's capitalist society, dominated by the most modern means of rapid transmission of information, spreads constantly e-commerce. Consumerist relations are established in a new environment, the virtual environment. Current legislation does not regulate the issue specifically, but the rules of the CDC must be appropriate so that you can give the consumer their rights in the event of noncompliance with the offer made on the internet.

Keywords: Information Society. Offer. Internet. Breach of the offer.

* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professora Universitária.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca do descumprimento da oferta realizada na internet, uma vez que, na atual sociedade em que vivemos, apresenta-se este meio de comunicação como sendo extremamente rápido e eficiente nas mais variadas searas, seja na questão pessoal, seja em termos negociais.

É importante estudar como se dá a nova relação de consumo na sociedade virtual, tendo em vista que nos dias de hoje é extremamente comum o envio por diversos fornecedores de ofertas a potenciais consumidores via e-mail, ou mesmo com a divulgação da oferta no site do fornecedor ou em outros sites, que se encerram em contratações à distância. Em vista disso, apresenta-se a necessidade de uma regulação desta nova relação jurídica, que, apesar de ser uma relação de consumo, conta com novos contornos, podendo ser realizada a partir dos meios eletrônicos hoje existentes, sequer imaginados quando da entrada em vigor do CDC, da década de 1990.

Diversas são as implicações legais e práticas que se apresentam na nova relação de consumo virtual, de modo que poderá trazer ao consumidor, ao invés da facilidade e comodidade inicial, grandes perturbações.

Para analisar como se dá a nova situação, buscaremos, inicialmente, trazer o panorama social, tornando possível visualizar a nova relação de consumo virtual, para, após, trazermos o conceito de oferta e quais os princípios a ela relacionados para, a partir daí, analisar como se dá a oferta virtual e quais são as implicações de ordem prática e legal de seu não cumprimento por parte do fornecedor.

Também buscaremos analisar a questão da responsabilidade, que no direito consumerista é objetiva. Mas, no caso do descumprimento da oferta, a responsabilidade é apenas do fornecedor, que divulgou em ambiente virtual a oferta, ou a responsabilidade também pode ser estendida àquele que permitiu que o fornecedor veiculasse a oferta em seu site, ou do provedor que colaborou para que isso acontecesse?

2. Sociedade da Informação e Internet

Antes de adentrarmos especificamente no tema objeto do presente estudo, faz-se mister situarmos-nos no atual panorama social, bem como trazer noções do que seja a internet e de sua importância nos dias de hoje. Hoje vivemos na Era Digital, com predominância dos mais diversos meios eletrônicos, em constante evolução, em todas as áreas e setores.

Trata-se de um novo contexto social que, assim, como a Revolução Industrial, provocou diversas mudanças nas relações sociais, bem como veio acompanhada de diversas lacunas legais, sendo certo que a atual legislação não está preparada para tratar dos diversos temas surgidos no novo panorama social, como os contratos eletrônicos.

Podemos dizer que a Sociedade da Informação trata-se da sociedade que se desenvolveu após o período pós-industrial, com a predominância dos meios tecnológicos mais avançados em todas as áreas e setores sociais, fazendo preponderar a informação sobre os meios de produção e distribuição de bens.¹

Pode ser apontado, como marco inicial desse novo ciclo histórico, segundo IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR, o surgimento de redes profissionais e tecnológicas destinadas à produção e ao uso da informação, que passa a ser distribuída no mercado, bem como utilizada para gerar conhecimento e riqueza.² Vale lembrar, assim como o faz PAULO HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR, que o termo “Sociedade da Informação” surgiu com Jacques Delors, então presidente da Comissão Europeia, em 1993, no Conselho Europeu, e com ele surgiram as primeiras ideias de infraestrutura da informação.³

Os novos contornos da atual sociedade, graças ao contínuo avanço tecnológico, possibilita a disseminação cada vez mais rápida de informações, e para uma quantidade

¹ Roberto Senise Lisboa. **Manual de Direito Civil**. Volume 3, p. 85.

² Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica, p. 62.

³ *Habeas Data*: remédio jurídico na Sociedade da Informação, p. 252.

cada vez maior de pessoas, além de possibilitar os mais diversos tipos de relacionamentos à distância, seja apenas com o intuito de se comunicar com um parente ou amigo que se encontra a quilômetros de distância, seja no intuito de participar de relações comerciais, de efetuar a compra de um produto ofertado por um fornecedor que se encontra, por exemplo, em outro país. Assim é que afirma ROBERTO SENISE LISBOA:

(...) a tecnologia realmente se desenvolveu a tal ponto que atualmente é realçada a sociedade pós-industrial como sendo a *sociedade da informação*. A celeridade do processo de comunicação e o maior acesso à informação pelos meios virtuais possibilitou o surgimento da figura do *comércio eletrônico* (grifos do autor).⁴

Na realização do comércio eletrônico é extremamente comum que os contratantes não se conheçam, sendo a relação entre eles totalmente desenvolvida em ambiente virtual. E é justamente por isso que se afirma que a noção de tempo e espaço, na nova sociedade, passou a ser relativa, dada à possibilidade de comunicação instantânea e a baixo custo entre pessoas a milhares de quilômetros de distância, sendo a mensagem rapidamente transmitida do emissor para o receptor, bem como a um incontável número de pessoas em questão de minutos, tudo isso a partir da internet.

A nova era tecnológica que atualmente vivenciamos, possibilitou o encurtamento de distâncias e o estreitamento das relações, ainda que virtuais, o que é extremamente vantajoso e produtivo, por ser mais rápido e econômico, apesar de trazer impessoalidade à relação. A velocidade de transmissão e do acesso à informação provoca mudanças econômicas, sociais, políticas e jurídicas. Trazendo essa constatação para o nosso estudo, podemos dizer que a nova sociedade, a Sociedade da Informação, provocou diversas mudanças no Direito do Consumidor, pois, como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, hoje é possível que o fornecedor mantenha um site de

sua empresa onde veicule diversas ofertas de seus produtos e serviços, possibilitando que o consumidor não apenas acesse o site para tomar conhecimento de seu conteúdo, como também para que possa realizar diversas compras que sejam de seu interesse.

Conforme SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, internet é uma interconexão de redes entre vários computadores e em escala mundial, o que permite fácil e rápido acesso a inúmeras informações, potencializando a utilidade dessas informações.⁵ Essa conexão, conforme lembra SOLON ANGELIM DE ALENCAR FERREIRA, pode se estabelecer por diversos meios, como linhas telefônicas, fibra ótica, frequência de rádio e.⁶

Assim, podemos dizer que a internet é uma rede pública que se utiliza de protocolos de regulamentação e comunicação, como TCP/IP (*transmission control protocol/internet protocol*) para fazer a comunicação entre redes privadas, interligando-as e permitindo a troca de pacotes de informação, sendo que essa informação contém um cabeçalho com diversas informações, como IP de origem e IP de destino.

O Direito deve mostrar-se apto a regular as novas relações surgidas, sob pena de deixar desamparado o indivíduo que participa destas novas relações, especialmente quando este indivíduo for o consumidor, hipossuficiente e vulnerável, que certamente será a parte prejudicada na nova relação virtual.

3. Oferta

É certo que após a Revolução Industrial e as duas Guerras Mundiais, com a consolidação do capitalismo no Ocidente, intensificou-se a relação de consumo, sendo certo também que os fornecedores, cada vez mais, colocam inúmeros produtos no mercado. A predominância do capitalismo como sistema econômico na grande maioria dos países ocidentais proporciona um mercado de consumo cada vez maior, com a colocação no mercado de uma quantidade enorme de

⁴ Op. cit., p. 79.

⁵ A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet, pp. 17-18.

⁶ A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às mensagens publicitárias não solicitadas recebidas via internet.

produtos e serviços, cuja aquisição é altamente estimulada pelo próprio sistema, ainda que se trate de produtos supérfluos.

No mercado de consumo há uma incrível variedade de produtos e serviços aptos a atender à mesma necessidade do consumidor, razão pela qual cada fornecedor, pretendendo que o seu produto ou o seu serviço seja adquirido pelo consumidor, aumenta as suas ofertas, tentando, dessa forma, influenciar o consumidor a com ele contratar.

Esse é o próprio objetivo da oferta, de modo que o fornecedor veicula ofertas relacionadas ao seu serviço ou produto por diversos meios aptos a fazer com que o consumidor acredite que o produto ou serviço deste fornecedor é o melhor, senão o único, capaz de atender às suas necessidades, buscando fazer com que o consumidor adquira então o seu produto ou contrate o seu serviço. Como bem lembra SOLON ANGELIM DE ALENCAR FERREIRA, a concorrência que o capitalismo estabelece, aliada ao interesse dos fornecedores em atrair consumidores aperfeiçoou a propaganda e a publicidade⁷.

Com a divulgação cada vez mais intensificada de ofertas, o anúncio publicitário evoluiu, deixando de ser apenas uma proposta vaga e imprecisa para contratar e tornando-se um verdadeiro pré-contrato, tendo em vista que é na oferta que o fornecedor faz constar dados comerciais precisos, como preço, quantidade, qualidade, forma de pagamento, entre outros dados, capazes de propiciar ao consumidor maior conhecimento acerca do produto ou serviço e das condições para sua aquisição.

É por causa dessa constante utilização da oferta pelos fornecedores que o CDC preocupa-se com o tema, regulando a oferta de forma clara e principiológica, justamente para não deixar desamparado o consumidor, que é a parte mais fraca desta relação.

Ora, se o fornecedor tem a oferta para seduzir o consumidor a adquirir determinado produto ou a contratar determinado serviço, é crível que a oferta deva ser o mais clara e transparente possível, já que é a partir dela que o consumidor irá contratar, não havendo, inclusive, a necessidade de um contrato que

lhe seja posterior, pois a oferta, uma vez aceita pelo consumidor, torna-se o próprio contrato.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos,

(...) a oferta, numa concepção clássica, é o primeiro passo para a formação do contrato consensual, significando a prefiguração da situação contratual que está por vir, sendo certo que a oferta situa-se no âmbito da formação do contrato consensual, analisado de maneira clássica como o encontro de uma oferta e de uma aceitação.⁸

No conceito de Roberto Senise Lisboa:

considera-se oferta qualquer informação ou publicidade sobre produtos e serviços, veiculada a uma coletividade de pessoas indeterminadas, por todas as formas permitidas ou que não forem coibidas por lei (revistas, jornais, catálogos, *outdoors*, fax, carta, circular, mala direta, rádio, televisão, apresentação ao vivo, cinema, teatro, internet, entre outros) (grifos do autor).⁹

A oferta veiculada pelo fornecedor, se suficientemente precisa, é considerada ato unilateral, gerador de obrigação, independente da aceitação do consumidor. E isso porque a oferta possui dois aspectos, quais sejam, a proposição que ela constitui e o contrato que objetiva. Assim, “a oferta é o resultado da vontade unilateral, da reflexão conduzida pelo ofertante que considera somente seu interesse na perfiguração do contrato que objetiva”.¹⁰

É pela oferta, portanto, que o fornecedor declara a sua vontade, mostrando as condições pelas quais o contrato se realizará. Assim, aperfeiçoa-se o contrato de consumo com a aceitação do consumidor aos termos da oferta. São características da oferta, conforme SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA LEMOS, “a indeterminação pessoal do destinatário, a fungibilidade da pessoa do futuro ou dos

⁷ Op. cit.

⁸ A Oferta no Código de Defesa do Consumidor, p. 34.

⁹ Contratos Difusos e Coletivos, p. 346-347.

¹⁰ Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos. Op. cit., p. 35.

*futuros contraentes e a utilização de um meio público de difusão”.*¹¹

4. Publicidade, Propaganda e Oferta

Publicidade não se confunde com propaganda, sendo importante estabelecer as diferenças entre ambas. É a partir da publicidade que o fornecedor faz a oferta, divulgando o seu produto ou o seu serviço e buscando influenciar o consumidor a adquirir um ou outro. Em vista disso, a publicidade deve conter todo o tipo de informação relacionada ao produto ou serviço por ela divulgado. Propaganda, conforme ROBERTO SENISE LISBOA:

tem como escopo a veiculação ou a propagação de idéias em geral, como as de cunho filosófico, político, religioso ou econômico. Não tem por finalidade direta a percepção de lucro ou a circulação econômica de riquezas, como sucede na divulgação de publicidade, que visa tornar pública uma oferta de produto ou serviço, para auferir proveito de sua distribuição, a qualquer título lícito.¹²

Assim, fica claro que a oferta está relacionada à publicidade, já que esta possui um escopo apelativo à contratação pelo consumidor, uma finalidade econômica, buscando fazer circular bens e serviços. Realmente, não tem a propaganda a finalidade de vender aquele produto ou prestar aquele serviço, por isso dissemos antes que a oferta relaciona-se apenas à publicidade, que visa justamente a fazer circular comercialmente o produto ou o serviço por ela veiculado.

O CDC, art. 37 veda a publicidade enganosa ou abusiva:

§ 1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da

natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

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

Para ROBERTO SENISE LISBOA, a publicidade enganosa pode ser conceituada como “toda criação estética que se destina a veicular produto ou serviço no mercado de consumo, que induz em erro as pessoas expostas às suas práticas”, sendo, portanto, capaz de ludibriar a vítima, uma vez que não conta com as informações adequadas a respeito do produto ou do serviço, buscando influenciar o consumidor a adquirir um ou outro.¹³

5. Princípios Aplicáveis à Oferta

Com base no princípio da boa-fé objetiva, consagrado pelo CDC, as relações consumeristas devem ser pautadas na ética, na veracidade e fidedignidade das informações, tanto na fase de negociações, ou seja, na veiculação de ofertas, como na fase de execução do pactuado entre fornecedor e consumidor. Deste princípio decorre a idéia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações consumeristas, de modo que há uma conduta, objetivamente considerada, que é a esperada das partes naquela relação. Significa dizer, por exemplo, que se espera que o fornecedor aja com zelo para com o consumidor, no sentido de veicular apenas ofertas que seja capaz de cumprir e não lesando o consumidor, devendo ser leal a ele.

Trata-se da ação não-egoísta, ou seja, o fornecedor deve agir pensando não apenas no seu próprio bem, mas também na situação do consumidor, respeitando os seus interesses, não abusando de sua posição de inferioridade.

¹¹ Op. cit., 72.

¹² Contratos Difusos e Coletivos, p. 348.

¹³ Contratos Difusos e Coletivos, pp. 348-349.

O fornecedor deverá agir com boa-fé desde o primeiro momento, no caso da oferta, desde o instante em que elabora o anúncio publicitário e passa a veiculá-lo, com a certeza de será capaz de cumprir o que nele consta, fazendo valer, assim, os direitos do consumidor.

Nesse sentido, afirma ROBERTO SENISE LISBOA que “*a boa-fé negocial deve estar presente mesmo antes da formação do vínculo contratual, em seus mais diversos segmentos, consubstanciados nos deveres de informação, lealdade, assistência e cooperação*”.¹⁴

O princípio da transparência, previsto no art. 6º, III, CDC, está relacionado à obrigação de informar que o fornecedor tem para com o consumidor. Assim, podemos dizer que o fornecedor obedeceu ao princípio da transparência quando informou, de forma clara e objetiva, o consumidor de todos os detalhes relativos àquela determinada contratação. Conforme ROBERTO SENISE LISBOA:

a transparência das relações de consumo é essencial para a harmonização de fornecedores e consumidores no mercado. Deve-se fazer presente desde a simples oferta até a extinção da avença e o cumprimento definitivo dos deveres correlatos que persistem mesmo após o término do contrato (responsabilidade pós-contratual, em função do princípio da *culpa post pactum finitum*) (grifos do autor).¹⁵

É em decorrência do princípio da transparência que o fornecedor obriga-se a transmitir, de forma efetiva e direta, toda e qualquer informação a respeito das condições do negócio, abrangendo a oferta e eventual texto escrito do compromisso. E por isso o art. 30, CDC determina que a oferta deve ser clara e correta sobre o produto ou serviço, sob pena de o fornecedor responder pela falta ou cumprir a oferta veiculada.

Para ROBERTO SENISE LISBOA, somente é atingida a transparência nas relações de consumo quando as informações transmitidas pelo fornecedor são verdadeira, precisas e

objetivas.¹⁶ Assim é que a oferta deve contar com todo e qualquer tipo de informação que se mostre necessária, como qualidade, quantidade, durabilidade, validade, forma de pagamento e tudo o mais que for relevante ao consumidor que se interesse pela aquisição daquele produto, de modo que, somente com a transmissão de tais informações o consumidor saberá as condições não só da oferta, mas do próprio contrato.

Cumprindo-se o princípio da transparência, o consumidor terá pleno conhecimento de suas obrigações e também de seus direitos. Realmente, sendo o consumidor a parte mais fraca e vulnerável desta relação, é justo que o fornecedor adote determinadas condutas que confirmem ao consumidor maior segurança naquela tratativa.

O dever de informação encontra-se previsto nos arts. 4º, *caput*, 6º, III, 8º, *caput*, 31, 37, § 3º, 46 e 54, §§ 3º e 4º. É pelo cumprimento do dever de informar pelo fornecedor que o consumidor tem à sua disposição todas as informações necessárias para decidir se contrata ou não. Assim, o dever do fornecedor de informar, apresenta-se como um direito do consumidor. O direito à informação, conforme ROBERTO SENISE LISBOA, é direito fundamental:

decorre da boa-fé objetiva, que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, constituindo-se em uma regra básica de convivência social que passa a ter relevância jurídica para o asseguramento dos demais princípios decorrentes da constituição do vínculo de direito.¹⁷

Mais especificamente relacionado à oferta, o dever de informar vem previsto no art. 31, CDC, que assim dispõe:

a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e

¹⁴ Idem, p. 351.

¹⁵ Idem, p. 373.

¹⁶ Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, p. 118.

¹⁷ Idem, pp. 230-231.

origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Deve a oferta, portanto, conter todos os elementos mínimos para informar o consumidor acerca de qualidade, quantidade, preço etc., pois se trata de um pré-contrato, já que é a partir dela e por causa dela que o consumidor adquire o produto ou contrata o serviço. Como bem lembra ROBERTO SENISE LISBOA, o dever de informar deve ser obedecido pelo fornecedor antes mesmo da execução do contrato. Trata-se do dever pré-contratual de informar as pessoas submetidas à publicidade, já que:

pressupõe a ignorância total ou parcial da outra parte sobre o assunto relevante da contratação e seu conteúdo refere-se à indicação da causa obstativa da eficácia do contrato, qualquer que seja ela, para que o consumidor tenha pleno conhecimento da situação e opte, por definitivo, em contratar ou não. Enquanto não forem prestadas todas as informações ao consumidor, o fornecedor não poderá promover a ruptura das negociações preliminares, sob pena de violação do princípio da boa-fé.¹⁸

O dever do fornecedor informar é tão importante que seu não cumprimento gera sanções de natureza civil, podendo acarretar a ineficácia do contrato, a nulidade de alguma cláusula contratual, o dever de indenizar danos morais ou patrimoniais sofridos pelo consumidor; e penal, de acordo com o art. 66, CDC, que tipifica as condutas de fazer afirmação falsa, enganosa ou omitir informação relevante.¹⁹

Outro princípio é o previsto no art. 30, CDC, trata-se do princípio da obrigatoriedade da oferta, que vincula o fornecedor ao exato cumprimento do veiculado na oferta. Por este princípio, o fornecedor fica obrigado não apenas a contratar, mesmo quando não queira, como também faz com que a oferta incorpore-

se ao contrato eventualmente assinado.²⁰ É importante a previsão de tal princípio tendo em vista que, “no moderno mercado de consumo, a publicidade não só compõe, como no mais das vezes exaure a fase pré-contratual”.²¹

Entendemos que há uma exceção a este princípio da obrigatoriedade do cumprimento da oferta, qual seja, quando direcionada especificamente para um consumidor. É comum nos dias de hoje que um fornecedor, querendo presentear seu fiel consumidor, emita para este, apenas e exclusivamente para ele, um e-mail com uma determinada oferta, prática comum de sites de compra virtual.

No e-mail normalmente consta um código para que o consumidor possa usufruir de tal oferta e consta, também, a observação de que se trata de oferta pessoal e intransferível. Neste caso, de acordo com o nosso entendimento, ainda que o consumidor, único destinatário daquele e-mail, transmita-o para outras pessoas, estas não poderão exigir o cumprimento daquela oferta, pois nela consta expressa e claramente que se trata de oferta pessoal. Assim, nesta situação específica, entendemos que o fornecedor obriga-se somente perante o consumidor que recebeu inicialmente a oferta. Tal oferta somente é capaz de obrigar o fornecedor para com aquele consumidor e ninguém mais.

Também aplicável à oferta o princípio da função social do contrato, tendo-se em vista que a oferta é um momento preliminar à formação do contrato, devendo cumprir, portanto, a função social do próprio contrato. Para ROBERTO SENISE LISBOA:

a consagração da *dignidade* da pessoa como princípio fundamental inerente a todas as relações jurídicas públicas e privadas, assim como da *solidariedade social* como objetivo a ser alcançado, nos termos do que preceitua a constituição vigente, viabilizam o preenchimento do conteúdo da expressão *função social*, permitindo-se uma aplicabilidade em consonância com o direito pós-moderno.²²

¹⁸ Contratos Difusos e Coletivos, p. 350-352.

¹⁹ Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos. Op. cit., p. 90.

²⁰ Ibid., p. 97.

²¹ Vidal Serrano Nunes Junior. Op. Cit., p. 175.

²² Manual de Direito Civil volume 3, p 129.

O princípio da função social do contrato deve ser estendido, também, à fase pré-negocial, pois se houver qualquer lesão a algum direito dos contratantes, estará esvaziada a função social do contrato. É por isso que, entendemos, existe a função social da oferta, justificando-se sua execução forçada ou, de alguma força, seja ressarcido o consumidor lesado pelo seu não cumprimento pelo fornecedor.

6. Diferenças entre Proposta e Oferta

Não se pode confundir a oferta regulada pelo CDC com a proposta, matéria de Direito Civil, sendo as regras aplicáveis a uma e outra totalmente diferentes. A proposta vem regulada no CC, nos arts. 427 a 435.

A oferta do CDC é uma proposta para qualquer consumidor que a ela queira aderir. Assim, o fornecedor veicula a sua oferta, sendo certo que, como vimos, nela constam os termos do próprio contrato. No Direito Civil a fase de negociações preliminares é chamada de fase de pontuação, em que os interessados em contratar realizam tratativas preliminares à efetiva contratação, estabelecendo os pontos convergentes para a formação do contrato. A proposta do direito civil:

é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o peticitante convida o oblato a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo. Se o contrato só se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, verdade é, entretanto, que a mera proposta contém uma declaração séria do peticitante.²³

O fornecedor sempre estará obrigado aos termos veiculados por ele na oferta, o que nem sempre ocorre quanto à proposta, pois o peticitante ou ofertante pode desvincular-se desta quando houver retratação eficiente, recusa da proposta pelo peticitado ou ausência de resposta do peticitado no prazo fixado na proposta. O peticitante obriga-se aos termos da

proposta quando o peticitado expedir a sua aceitação válida no prazo fixado por aquele ou em prazo razoável, e antes que haja retratação por parte do proponente. É a partir da aceitação que resta celebrado o contrato, havendo a convergência de vontade das partes.²⁴

Já o fornecedor, ao divulgar sua oferta assume postura equivalente ao proponente do Direito Civil, mas perante o mercado de consumo. Tal comportamento torna-se irretroatável e obriga o fornecedor a adimplir a oferta.²⁵

Assim, enquanto o CDC determina que a oferta rege-se pelo princípio da vinculatividade contratual, sem qualquer exceção, o CC determina que a oferta ao público e a proposta regem-se pelo princípio da vinculatividade não contratual, restrito apenas ao período de validade indicado na proposta, ou período de tempo razoável.²⁶

Para o Direito Civil, se na fase de pontuação uma das partes desiste, mas antes demonstrou efetivo interesse na contratação, o que levou a outra parte a abrir mão de outras oportunidades de contratar, é caso de responsabilidade pré-contratual, cabendo a respectiva indenização à parte prejudicada.²⁷ Na responsabilidade pré-contratual, estamos diante da culpa *in contrahendo*²⁸, pois quem formula uma proposta provoca na outra parte uma legítima expectativa de contratar, sendo certo que a retirada arbitrária da proposta pelo peticitante provoca insegurança, podendo causar prejuízo ao peticitado que acreditou na seriedade da proposta a ele apresentada; a lei obriga o peticitante a manter a sua proposta, pelo período nela estipulado ou por tempo razoável.²⁹

A proposta feita a pessoa presente deixará de ser obrigatória quando não contiver prazo e não for imediatamente aceita. No caso de proposta feita a pessoa ausente, o peticitante não estará mais obrigado quando não contiver prazo na proposta e decorrer

²⁴ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 344.

²⁵ Ibid. idem, p. 345.

²⁶ Ibid. idem, p. 346.

²⁷ Ibid. Manual de Direito Civil volume 3, p. 213.

²⁸ Ibid. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 342-343.

²⁹ Silvio Rodrigues. Op. cit., p. 69.

²³ Silvio Rodrigues. Direito Civil volume 3, pp. 68-69.

tempo suficiente para chegar a aceitação ao seu conhecimento; e escoar o prazo concedido para a aceitação, sem que esta chegue; e se antes da proposta ou junto com ela chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do peticitante, nos termos do art. 428, CC.

Podemos observar uma diferença importante entre a oferta e a proposta, já que ao fornecedor não cabe retratação da oferta, não há na legislação consumerista, a mesma exceção ao princípio da vinculação da proposta que encontramos na legislação civil. Assim, na oferta regulada pelo CDC:

não importa se houve ou não negócio jurídico celebrado com algum consumidor. Poderá até ocorrer, em determinada hipótese, que nenhuma pessoa tenha demonstrado interesse na aquisição do produto ou serviço. Caberá ao que se sentir prejudicado pela frustração da contratação ou ao ente legitimado para agir no interesse dos consumidores a execução específica (forçada) da obrigação de fazer, bem como a indenização por perdas e danos.³⁰

Outra diferença importante é com relação ao silêncio. O silêncio do consumidor jamais poderá ser interpretado como aceitação aos termos da oferta, ainda que haja disposição nesse sentido no corpo da oferta. Se seu silêncio for interpretado como aceite e a partir daí surgir alguma obrigação caberá a indenização. Ao contrário, na proposta do Direito Civil, pode constar que o silêncio implica em aceitação aos termos da proposta. Nesta hipótese, o peticitado deverá manifestar eventual desinteresse em contratar.

Também encontramos diferenças com relação aos efeitos do descumprimento de uma ou outra. Caso haja o descumprimento de uma proposta aceita, caberá à parte lesada o direito à indenização por perdas e danos, enquanto que, caso a oferta não seja cumprida pelo fornecedor, o consumidor poderá escolher, nos termos do art. 35, CDC, entre: cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta; aceitar outro produto ou prestação de serviço

equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente paga, monetariamente atualizada, mais perdas e danos.

Enquanto a proposta é dirigida a pessoa determinada, a oferta, regra geral, é dirigida a um número indeterminado de pessoas, consumidores em potencial.

Com relação ao momento de formação do contrato, ou seja, quando há a convergência de vontades entre peticitante e peticitado, o legislador civil adotou as teorias da expedição e da aceitação, ou teoria da agnição ou declaração, não bastando para a formação do contrato a declaração da aceitação, que deve ser expedida ao peticitante, sua simples expedição no prazo já o vincula aos termos propostos.³¹

A oferta do CDC não se confunde com a oferta ao público, também regulada pelo CC, em seu art. 429 e regulada pelas normas da proposta, sendo meio de formação de contrato. Deve ser utilizada quando aquele que oferece o produto ou o serviço não exerce a atividade profissional. Assim, se a oferta é veiculada por quem exerce essa atividade de forma profissional, tratando-se de fornecedor, de se aplicarem as regras do CDC.

Entretanto, se aquele que divulga a oferta ao público não o faz com profissionalismo, não se enquadra na posição de fornecedor, sendo certo que tal oferta destina-se a relações civis e empresariais.³² Como bem lembra ROBERTO SENISE LISBOA:

na oferta ao público constante no novo código, ultrapassado o prazo para a emissão da aceitação, o peticitante fica desonerado de qualquer obrigação. Já nas relações de consumo, há a defesa dos interesses difusos e não há que se cogitar de exoneração da responsabilidade do fornecedor, pois a tutela dos consumidores pode, inclusive, ser feita sob o *aspecto preventivo*, e não só repressivamente. Neste caso, a vinculação do ofertante permanecerá mesmo que nenhum consumidor pretenda adquirir o produto ou o serviço oferecido pelos meios de comunicação

³⁰ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 345-346.

³¹ Ibid.. Manual de Direito Civil volume 3, p. 218.

³² Ibid. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 186-187.

utilizados pelo fornecedor. (grifos do autor).³³

Há uma preocupação do CDC com o cumprimento da oferta, veiculada por qualquer meio. E suas regras não se confundem com as regras do CC, pois no caso da proposta do Direito Civil, as partes contratantes estão em pé de igualdade.

Justifica-s a diferença no tratamento, sempre buscando resguardar o consumidor de eventuais lesões causadas pelo fornecedor, obrigando este ao integral cumprimento dos termos da oferta ou a reparar, de alguma forma o consumidor, pois a divulgação da oferta provoca no consumidor uma justa expectativa de contratar, nos termos nela constantes.

7. Oferta na Internet

Fornecedores utilizam cada vez mais os modernos meios de comunicação, seja para divulgação de seus produtos e serviços e ofertas, seja para a efetiva contratação. Surge o comércio virtual, em que o consumidor pode acessar uma página da internet, conhecer o produto do fornecedor, interessar-se pela oferta e efetivamente efetuar a compra de tal produto, sem sequer conhecer o fornecedor, nem sair de sua casa.

Segundo o presidente da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, Gastão Mattos, no Brasil há aproximadamente vinte e cinco milhões de internautas, sendo que dois milhões e quinhentos mil realizam compras pela internet, tendo movimentando, em 2003, R\$ 5.100.000.000,00.³⁴ E é justamente em razão do crescente comércio eletrônico que, cada vez mais, fornecedores se estabelecem no ambiente virtual, até porque, a internet é um meio de publicidade e manutenção de uma empresa virtual mais barato do que em estabelecimento físico, além de a internet representar um meio de comunicação em massa.

O custo operacional de uma campanha publicitária pelo envio de *spams*, equivale a menos de 1% do custo operacional de uma campanha publicitária pela televisão ou pelo

rádio³⁵, o que contribuiu para o crescente comércio eletrônico, o que possibilita ao fornecedor aumentar consideravelmente o número de potenciais consumidores com acesso aos produtos e serviços que pretende oferecer. E isso porque, como já tivemos a oportunidade de afirmar, uma vez colocada uma informação na rede mundial de computadores, ela rapidamente é disseminada para um incontável número de pessoas, em curto espaço de tempo e, o mais importante, a baixo custo.

Temos a oferta transmitida por sites para visualização de todos que acessarem, ou mesmo pelo envio de ofertas pelo correio eletrônico para diversos consumidores em potencial. Nas vendas realizadas à distância, o consumidor tem um contato virtual com o produto ou serviço que pretende contratar, sendo certo que conhece o objeto da contratação a partir das informações divulgadas no ambiente virtual pelo fornecedor.

Caso o consumidor efetue a compra nessas condições, poderá, eventualmente, receber algum produto que não corresponda às suas expectativas, ficando insatisfeito com o resultado da contratação.

O fornecedor bombardeia diariamente o consumidor com diversas mensagens eletrônicas com conteúdo publicitário, ofertas essas às quais, evidentemente, se obriga. Tratando-se de oferta, ainda que seja veiculada por meio da rede mundial de computadores, de se reconhecer a aplicação das regras do CDC.

A discussão surge, pois, quando entrou em vigor o CDC, não poderia se prever a revolução digital, e, muito menos, quais seriam os seus reflexos nas relações de consumo. Assim, resta ao operador do direito e ao aplicador da norma amoldar a legislação existente, para não deixar sem proteção o consumidor.

A partir do momento em que o fornecedor veicula oferta pela internet, vincula-se a ela, sendo desnecessário ter ciência de que o consumidor aceitou a oferta. Em outras palavras “a remessa de correspondência eletrônica (e-mail) por parte do consumidor declarando interesse no serviço

³³ Manual de Direito Civil volume 3, p. 220.

³⁴ Freitas Albernaz. Comércio eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor.

³⁵ Solon Angelim de Alencar Ferreira. Op. cit.

ou produto é desimportante para a formação de uma obrigação perfeita, que exsurge da declaração unilateral da vontade do fornecedor polícitante”.³⁶ Divulgada a oferta no ambiente virtual, aceitando o consumidor os seus termos, forma-se o contrato de consumo, sendo desnecessária a versão materializada do contrato, mas desde que posteriormente seja possível visualizar os termos da obrigação³⁷, para que o consumidor possa fazer valer o que o fornecedor prometeu a partir da oferta.

É importante que a oferta divulgada em ambiente virtual venha acompanhada do nome do fabricante, seu número de inscrição no CNPJ, endereço completo e outros dados necessários à individualização física, real, do fornecedor, para que, na hipótese de descumprimento da oferta, o consumidor saiba a quem responsabilizar (art. 33, CDC).

Ainda, é importante que, de alguma forma, o consumidor materialize aquela oferta, seja a partir da impressão da página virtual em que consta a oferta, seja salvando aquela página no disco rígido de seu computador, uma vez que o ambiente virtual sofre constantes alterações, basta que aquele que mantém o site faça alguns “cliques” e aquela página não estará mais no ar. A retirada da oferta do ambiente virtual, sem que o consumidor a tenha, poderá ser muito prejudicial ao próprio consumidor, que se verá de mãos atadas para poder fazer valer a oferta que lhe interessou.

8. Descumprimento da Oferta

O CDC zela pelos interesses da parte mais fraca da relação, proíbe a revogação da oferta pelo fornecedor, veiculada a oferta pelo fornecedor se o consumidor quiser nesses termos contratar estará o fornecedor obrigado a ultimar o contrato. Vale dizer:

a violação de uma das obrigações constantes na oferta, apresentação ou publicidade, deve ser *previamente* coibida, antes mesmo de qualquer contratação com algum consumidor. Por outro lado, a infringência do conteúdo da oferta, da apresentação e da publicidade que ensejaram a procura dos produtos e

serviços para contratar deve ser coibida *repressivamente* (grifos do autor).³⁸

Caso o fornecedor recuse-se a cumprir a oferta por ele veiculada, caberá ao consumidor uma das alternativas trazidas pelo art. 35, CDC: cumprimento forçado da obrigação, aceitação de outro produto ou prestação de serviço equivalente, ou rescisão do contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente paga, monetariamente atualizada, mais perdas e danos. Ao fornecedor que expõe anúncios e ofertas cumpre a obrigação de não frustrar os interesses dos consumidores que surgiram a partir daí.³⁹ O cumprimento forçado da oferta pelo fornecedor consiste em obrigação de fazer.

Ao divulgar a oferta o fornecedor fica sujeito à responsabilidade pré-contratual, que independe da celebração de qualquer contrato, já que decorre do descumprimento do dever imposto pelo princípio da boa-fé objetiva. Ultimada a contratação, o consumidor lesado pode exigir o cumprimento da oferta, nos seus exatos termos, já que aplicável o princípio da vinculatividade ou obrigatoriedade da oferta.⁴⁰ O CDC ampliou o rol dos títulos executivos, a oferta precisa, veiculada por qualquer meio, sujeita-se à execução específica, nos termos do art. 84, consistente no cumprimento forçado da obrigação pelo fornecedor. Está claro o caráter obrigatório e irrevogável da oferta.

Para a validade do contrato virtual de consumo não se exige uma versão impressa. Entretanto, para que posteriormente o consumidor possa fazer valer os seus direitos, deve cuidar para que, de alguma forma, aquela oferta exista fora do ambiente virtual, pois, caso o fornecedor descumpra o que prometeu por meio dela, o consumidor poderá valer-se dos direitos que lhes são assegurados pelo CDC. Sem isso, é bem possível que no futuro não tenha condições de pedir a execução específica da obrigação, nos termos da oferta, ou de ser indenizado moral e materialmente.

O problema maior que se coloca com relação a este tema, como podemos observar, é a dificuldade que o consumidor desatento

³⁶ Guilherme Fernandes Neto. O abuso do direito na internet.

³⁷ Ibid. idem.

³⁸ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 342.

³⁹ Ibid. idem, p. 343.

⁴⁰ Ibid. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, pp. 122-123.

encontra para poder fazer valer seus direitos previstos no CDC quando a oferta é descumprida. Materializada a oferta seus termos são conhecidos, e conhecendo-se o fornecedor é possível localizá-lo, e responsabilizá-lo.

Um dos problemas que se coloca em termos de descumprimento da oferta veiculada pela internet, refere-se ao desmembramento do pedido feito virtualmente pelo consumidor. O consumidor acessa o site do fornecedor e adquire uma determinada quantidade de produtos, que deveriam ser entregues todos juntos e o fornecedor, por qualquer motivo que seja, desmembra o pedido e envia um produto num dia, outro no outro dia e assim por diante, sem qualquer autorização do consumidor nesse sentido. Se o fornecedor remete ao consumidor, sem a concordância expressa deste, somente parte dos produtos solicitados caracteriza-se o descumprimento da oferta, pois se trata de obrigação cumulativa, devendo ser cumprida com a entrega de todos os produtos de uma única vez. Nos dizeres de GUILHERME FERNANDES NETO:

existe uma pluralidade de prestações, o que também se denomina de pluralidade objetiva. Assim, vinculado o fornecedor pela informação precisa, v.g., entregar diversos bens por um determinado preço, está ele vinculado (art. 30, do CDC) por toda a obrigação e suas diversas prestações, sendo abusiva a prática de remessa de parte da mercadoria sem consentimento expresso do consumidor, equivalente a recusa no cumprimento da oferta, em sua integridade, amoldando-se a conduta, ipso facto, na prática infrativa descrita no art. 39, II, do CDC, regulamentado pelo inciso VI, do art. 13, do Decreto nº 2.161/97, ficando o fornecedor sujeito a multa e perdas e danos, haja vista configurar-se o inadimplemento.⁴¹

A propósito do tema, em 2006, 24% dos consumidores virtuais tiveram prejuízo com as compras realizadas no natal, só no período de

15 a 24 de dezembro⁴², o que demonstra ser constante o descumprimento de ofertas realizadas por fornecedores em ambiente virtual, mostrando a necessidade de nova regulamentação do tema.

Diversos são os casos, também, em que o produto visualizado pelo consumidor no ambiente virtual não condiz com produto recebido, daí a importância de imprimir a página virtual em que constava a oferta, ou salvar no disco rígido do computador, para que, posteriormente, possa reclamar pelo descumprimento da oferta. Caso contrário, ficará desprotegido, sem argumentos para a reclamação ou para a execução forçada da obrigação.

Sem contar as vezes em que o consumidor não recebe produto nenhum. Conforme notícia veiculada pelo site “aenoticias”, um consumidor adquiriu a partir de um site estabelecido na internet uma peça de computador, mas quando recebeu o pacote, ao abrir a embalagem, encontrou apenas uma pedra enrolada em papel jornal.⁴³

Isso é comum de acontecer quando o consumidor, ingênuo, adquire produtos em sites que não são conhecidos, pois certamente um site de um fornecedor conhecido não adotaria tal conduta, ou, ainda que adotasse, certamente seria mais fácil para o consumidor exercer seus direitos decorrentes do descumprimento da oferta virtual pelo fornecedor. Sites desconhecidos, sem qualquer relação com fornecedores confiáveis, acabam por gerar esses prejuízos, pois aquele que mantém o site sabe que muitos consumidores efetuarão compras virtuais, bem como o pagamento pelo suposto produto adquirido, que não será entregue. Típico estelionato, ficando o estelionatário resguardado no ambiente virtual, onde consegue facilmente esconder-se, já que cuida para que no site não constem dados que permitam a sua localização e o conseqüente ressarcimento do consumidor lesado.

Sempre que o produto ou o serviço adquirido pelo consumidor a partir de uma oferta divulgada em ambiente virtual, não corresponder exatamente à proposta,

⁴¹ Op. cit.

⁴² Daniela Braun. Incidentes em compras online afetam 24% dos consumidores neste Natal.

⁴³ Compra na internet pode ser uma “pedra no sapato”.

estaremos diante de descumprimento da oferta, ensejando ao consumidor as opções de execução forçada, rescisão com perdas e danos, ou aceitar produto ou serviço equivalente. E isso porque, como bem afirma ROBERTO SENISE LISBOA, é possível a aplicação de normas de proteção ao consumidor na internet, mesmo no caso de oferta ou publicidade eletrônica.⁴⁴

O consumidor deve ter o cuidado de materializar a oferta quando adquirir produtos ou serviços através da internet e sempre guardar todo e qualquer comprovante oriundo da contratação, além adquirir produtos ou contratar serviços de sites conhecidos, que possibilitem o acesso a todo e qualquer dado de identificação do fornecedor, pois isso facilitaria eventuais providências a serem adotadas caso seja descumprida a oferta.

9. Responsabilidade Solidária pela Oferta

Outro assunto relacionado ao tema que gera discussão refere-se à responsabilidade pelo descumprimento da oferta. Assim, por exemplo, se um fornecedor divulga sua oferta em um dado site e posteriormente não a cumpre, cabe indagar se aquele que permitiu a divulgação da oferta também deverá ser responsabilizado pelo seu descumprimento. Responsabilidade que, nos dizeres de ROBERTO SENISE LISBOA:

é o dever civil de reparação do dano causado em virtude do descumprimento da obrigação. Trata-se, pois, de obrigação de natureza subsidiária ou suplementar, a ser imposta em desfavor do devedor, conforme previsto na lei ou no próprio negócio jurídico entabulado entre as partes.⁴⁵

Assim, podemos ter a responsabilidade no âmbito do contrato, hipótese em que estaremos diante da responsabilidade contratual; ou fora do contrato, hipótese essa de responsabilidade extracontratual, que pode ser pré ou pós-contratual. No caso do

descumprimento da oferta pelo fornecedor, estamos diante de responsabilidade pré-contratual, pois ainda na fase de negociações entre fornecedor e consumidor, não tendo, ainda, sido ultimada a contratação.

Assim, veiculando o fornecedor pela internet uma oferta e interessando esta ao consumidor, este procurará o fornecedor a fim de contratar, nos termos da oferta. Não se ultimou, ainda, o contrato, de modo que, caso o fornecedor se recuse a cumprir o que prometeu na oferta, estaremos diante da responsabilidade pré-contratual.

Ao recusar o cumprimento da oferta, o fornecedor causa um prejuízo ao consumidor, que, lesado, poderá pleitear, facultativamente e nos termos do art. 35, CDC, o cumprimento forçado da obrigação, outro produto ou serviço equivalente, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, além de perdas e danos, que, nos termos do art. 402, do CC, abrange o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, “tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, assim como tudo o que ela deixou razoavelmente de ganhar”.⁴⁶

Assim é porque a oferta veiculada pelo fornecedor causa no consumidor uma justa expectativa de contratar, nos termos constantes da oferta, pois, caso contrário, haveria insegurança jurídica, de modo que o fornecedor poderia veicular ofertas para instigar o consumidor a contratar, mas este seria ludibriado, pois, quando procurasse o fornecedor para contratar, os termos do contrato seriam outros, diferentes daqueles constantes na oferta, situação essa com a qual não se pode compactuar, já que o consumidor ficaria mais vulnerável ainda diante do fornecedor.

Vale lembrar que a responsabilidade do fornecedor, pelo CDC, é objetiva, ou seja, independente de dolo ou culpa. Nos dizeres de SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO:

A diferença essencial entre a responsabilidade civil objectiva e a subjectiva traduz-se no facto da responsabilidade objectiva imputar o dano independentemente da verificação de mera culpa ou de dolo, alheando-se, assim, do

⁴⁴ Manual de Direito Civil volume 3, p. 221.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Silvio Rodrigues. Direito Civil volume 4, p. 185.

'...nexo de imputação psicológica do acto ao agente...'. Pelo contrário, a verificação de mera culpa ou de dolo é indispensável para accionar a responsabilidade civil subjectiva. (grifos do autor).⁴⁷

A responsabilidade subjetiva é baseada na culpa e objetiva, orientada pela teoria do risco, sem culpa, bastando a relação de causalidade entre a conduta do sujeito e o dano suportado pela vítima. Pela teoria do risco, mesmo sendo o comportamento isento de culpa, quem por sua atividade cria risco de dano para terceiro tem a obrigação de reparar.⁴⁸ Pouco importa que o fornecedor, por dolo ou culpa, não possa cumprir a oferta por ele veiculada, pois o consumidor, justamente a partir do conteúdo da oferta divulgada, interessou-se em contratar e a recusa do fornecedor nesse sentido causa evidente prejuízo ao consumidor.

Prevê o § único, do art. 7º, CDC, a responsabilização solidária, quando houver mais de um autor da ofensa, respondendo todos, solidariamente, pelos danos. Quando se trata de divulgação de oferta, podemos dizer que participam desta relação o fornecedor (anunciante), o publicitário (que elabora a publicidade), o veículo de divulgação (qualquer meio de comunicação) e a agência de publicidade.

No caso da veiculação de uma oferta em ambiente virtual, sabemos que não é apenas o fornecedor quem age para que ocorra a divulgação do conteúdo da oferta, é certo, também, que o provedor de internet, por exemplo, também contribuiu para tornar pública aquela oferta. Mas seria o caso de responsabilizá-lo solidariamente com o fornecedor, este sim responsável pelo conteúdo da oferta? Entendemos que não. E isso porque não cabe ao provedor de internet zelar pelo conteúdo das informações que circulam na rede mundial de computadores, seria atribuir-lhe uma tarefa extremamente árdua. Não cabe ao provedor controlar, no caso, o conteúdo das ofertas veiculadas pelos fornecedores no ambiente virtual, verificando

se aquele fornecedor poderá cumprir ou não aquela oferta.

De se ressaltar que, em caso de publicidade manifestamente enganosa ou abusiva, não se pode deixar de responsabilizar toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído para a sua divulgação, pois, mediante simples leitura da publicidade, facilmente é possível identificar a abusividade ou a enganabilidade. Como bem lembra SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA LEMOS:

é do anunciante, proprietário ou não da agência, a responsabilidade pelo cumprimento integral da informação ou publicidade divulgadas, por ser ele quem fornece à agência as informações técnicas sobre os produtos e serviços anunciados, denominada 'briefing', e quem aprova o conteúdo da mensagem publicitária.⁴⁹

Apesar disso, o mesmo autor lembra a responsabilidade solidária, prevista no art. 7º, § único, CDC, no caso de oferta divulgada mediante publicidade enganosa ou abusiva. Nessa hipótese, os veículos de comunicação devem ter o cuidado de não divulgar publicidade que seja manifestamente enganosa ou abusiva, veicular mensagens sem erros ou alterações e organizar arquivos com dados relativos ao anúncio, conforme já afirmamos.

O provedor deve, isto sim, proceder ao cadastro daquele que se utiliza de seus serviços, mantendo um cadastro fidedigno dos dados do fornecedor, para o caso de o consumidor, ao sentir-se lesado pelo descumprimento da oferta, ter a quem recorrer, no caso ao provedor, para poder adotar as medidas judiciais cabíveis, fazendo valer aquela oferta. Caso o provedor não mantenha esse cadastro, ou caso não se certifique da veracidade dos dados fornecidos pelo fornecedor quando da contratação dos serviços, aí sim deverá ser responsabilizado solidariamente, pois sua conduta não foi compatível com as suas obrigações. Para FREITAS ALBERNAZ,

as disposições do Código do Consumidor referentes a

⁴⁷ Op. cit., p. 61.

⁴⁸ Silvio Rodrigues. Direito Civil volume 4, p. 11.

⁴⁹ Op. cit., 151.

publicidade no ambiente virtual equipara-o a canais de televisão, rádio, outdoors, entre outros mecanismos publicitários, e ao contrário do que alguns doutrinadores dispõem o anunciante bem como o veículo de comunicação devem responder solidariamente pelos dados veiculados, pois nos termos do art. 7º, § único, todos que participaram da produção do anúncio e de sua veiculação, serão responsáveis solidários. A agência, como produtora do anúncio responde solidariamente com o anunciante, independente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido, bem como o veículo (internet ou não), pois é o instrumento de contato com o público consumidor (pois pode e deve negar a veiculação de publicidade que fere o CDC e o CBAP).⁵⁰

Diferente é a situação do dono de um site destinado às relações de consumo que permite a divulgação pelo fornecedor de ofertas. Neste caso, entendemos que o hospedeiro da oferta deverá ser responsabilizado solidariamente, pois também se trata de fornecedor, e sua conduta é pautada pelos princípios da boa-fé e transparência. Tratando-se de um site de vendas, que permite a divulgação de ofertas por diversos fornecedores, sua responsabilidade é solidária.

O mesmo não se aplica ao dono de um site que não se destina a vendas, cujo foco principal não seja relações de consumo, pois permite apenas que o fornecedor torne pública a sua oferta, mas não se responsabiliza pelo seu conteúdo e nem pelo seu descumprimento.

Outra, ainda, é a situação daquele que patrocina a publicidade, pois neste caso o patrocinador responsabiliza-se pela veracidade de seu conteúdo.⁵¹ Conforme ROBERTO SENISE LISBOA, no caso de responsabilidade pela informação veiculada, por todo e qualquer veículo de comunicação:

a legislação protetiva do consumidor imputa a responsabilidade decorrente da publicidade enganosa ou abusiva

em desfavor de seu patrocinador e do seu publicitário, omitindo-se em regular a questão, sobre eventual responsabilidade do veículo de comunicação, o que pode ensejar, a princípio, a equivocada conclusão de sua irresponsabilidade. O fornecedor é o responsável pela informação divulgada mediante qualquer forma de oferta ou publicidade, veiculada por qualquer espécie de meio de comunicação. Vigora, neste caso, o *princípio da vinculação* do fornecedor à oferta e à publicidade, que passa a integrar o conteúdo de eventual contrato que venha a ser celebrado.⁵²

A questão é saber se veículo de comunicação teria ou não responsabilidade pela publicidade enganosa ou abusiva, já que não é o fornecedor do produto ou serviço, apenas divulga as informações do verdadeiro fornecedor. Para ROBERTO SENISE LISBOA:

a resposta mais adequada é: a responsabilidade será imputada em desfavor do veículo de comunicação cuja conduta demonstrar-se incompatível com o princípio da razoabilidade, que se encontra implícito em todo o microsistema instituído pela Lei 8.078/90. É o que pode ocorrer quando o conteúdo da mensagem publicitária for de responsabilidade do próprio veículo de comunicação, ou, ainda, quando houver evidente indício de enganabilidade ou abusividade do anúncio. Claro que o veículo de comunicação não possui o papel de censor ou fiscalizador da atividade desenvolvida pelas agências de publicidade e seus clientes respectivos.⁵³

Não há nenhum óbice à responsabilidade objetiva do veículo de comunicação, já que entidade concessionária do serviço público federal, conforme art. 37, § 6º, da CF⁵⁴, mas desde que a publicidade seja manifestamente enganosa ou abusiva, o mesmo não ocorrendo

⁵⁰ Op. cit.

⁵¹ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 186.

⁵² Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, p. 304.

⁵³ Idem, p. 305.

⁵⁴ Ibid. idem, p. 306.

em caso de descumprimento da oferta quando o veículo de comunicação não tratar de relações de consumo especificamente.

A responsabilidade pela publicidade é objetiva, assim como a responsabilidade pelo CDC é. E isso porque a verificação da intenção real do fornecedor, quando da veiculação da oferta, não precisa ser conhecida, pouco importa.

Assim é que, entendemos, estaremos diante de responsabilidade solidária de todos os que contribuíram para a divulgação da oferta, posteriormente descumprida pelo fornecedor, quando estiverem em conluio com este, que desde o primeiro momento sabia que não poderia cumprir a oferta; ou quando tratar-se também de fornecedor e auxiliar na divulgação da oferta, pois, nesta hipótese, submete-se a todos os princípios orientadores das relações de consumo, devendo zelar pelos interesses e direitos dos consumidores.

10. O Dever de Indenizar

Nos dizeres de PONTES DE MIRANDA, “reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano”.⁵⁵ Realmente, a indenização não é substitutiva, mas sim equilibrante do patrimônio.⁵⁶

No caso da oferta descumprida pelo fornecedor, o consumidor tem direito à indenização, se assim preferir, por ter sido lesado material e moralmente. Materialmente, no caso de ter adiantado algum pagamento para receber o produto divulgado na oferta; e moralmente, porque tinha a intenção de receber o produto contratado a partir da divulgação da oferta, instrumento esse pelo qual o fornecedor estimulou o consumidor a contratar, razão pela qual terá a obrigação de reparar o dano sofrido pelo consumidor.

Tendo em vista que, nos termos do art. 35, CDC, caberá ao consumidor escolher entre executar forçadamente a obrigação, fazendo o fornecedor cumprir a oferta, ou receber produto ou serviço equivalente, ou, ainda,

rescindir o contrato, recebendo a devolução de eventual quantia paga e a respectiva indenização, não se pode afirmar que só neste caso o dever de o fornecedor indenizar estará presente.

Apesar de não haver expressa disposição legal no sentido de cominar-se a execução forçada ou o recebimento de produto ou serviço equivalente com perdas e danos, entendemos ser possível, pois quando o consumidor vê-se lesado pelo descumprimento da oferta, ainda que não tenha efetuado nenhum gasto, como pagamento antecipado, é certo que não se pode ignorar o dano moral por ele sofrido, ludibriado pelo fornecedor, que o incentivou a contratar a partir da oferta posteriormente por ele descumprida.

Assim é que, entendemos, a indenização por danos morais sempre poderá ser combinada com a execução forçada ou com o recebimento de produto ou serviço equivalente, caso o fornecedor tenha descumprido a oferta por ele divulgada.

Não se justifica a indenização por danos materiais já que, nessas hipóteses (execução forçada ou recebimento de produto ou serviço equivalente), não há qualquer prejuízo de ordem material para o consumidor.

11. Crimes Contra o Consumidor

Atento para o fato de o consumidor ser a parte mais fraca da relação jurídica de consumo, bem como para o fato de que o fornecedor, aproveitando-se dessa hipossuficiência e vulnerabilidade, pratica condutas que podem lesionar o consumidor, o legislador entendeu por bem tipificar determinadas condutas como crimes contra a relação de consumo. Assim é que há tipificação de condutas consideradas nocivas e perigosas, relacionadas a produtos e serviços, fraudes em oferta, publicidade enganosa e abusiva e práticas abusivas.⁵⁷

O CDC tipifica crimes contra as relações de consumo em seus arts. 63 a 74. Especificamente sobre o descumprimento da oferta pelo fornecedor, não encontramos qualquer tipificação. Entretanto, há algumas condutas tipificadas que se referem à publicidade (arts. 66 a 69).

⁵⁵ Tratado de Direito Privado volume 22: parte especial, p. 181.

⁵⁶ Op. cit., p. 182.

⁵⁷ Rodrigo Priolli de Oliveira Filho. Op. cit., p. 65.

Ainda, é possível subsumir o descumprimento da oferta pelo fornecedor ao tipo do art. 66, *in verbis*: “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. A pena para este crime é de detenção de três meses a um ano e multa, incorrendo na mesma pena aquele que patrocina a oferta. O § 2º deste dispositivo legal prevê a modalidade culposa.

Entendemos ser possível amoldar o descumprimento da oferta a este tipo considerando-se que as informações constantes na oferta devem corresponder fielmente ao produto ou serviço por ela divulgado. Assim é que, caso o consumidor, a partir de uma oferta virtual, adquira o produto ou contrate o serviço por ela divulgado, que não corresponde às informações constantes na oferta, outra não pode ser a conclusão que não pela falsidade de tais informações, caracterizando, portanto, o ilícito em questão.

Conclusões

A relação de consumo virtual também se submete às regras e princípios do CDC, apesar deste diploma legal ser da década de 90 e ainda estarmos vivenciando a revolução digital, em constante evolução e aperfeiçoamento. Entretanto, não basta a afirmação de que a relação de consumo virtual regula-se pelo CDC, pois na prática o consumidor, para fazer valer seus direitos e poder aplicar tal diploma legal, encontra sérias dificuldades.

E isso porque, no ambiente virtual, é possível que o fornecedor “se esconda”, não colocando no site as informações mínimas e necessárias para que o consumidor lesado possa recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, pois não consegue encontrar o fornecedor no mundo físico.

E mais, também é difícil fazer valer uma oferta veiculada em uma página da internet, pois as alterações que o fornecedor procede no site são muito rápidas e, num instante imediatamente posterior àquele em que o consumidor teve acesso à oferta, é bem possível que tal oferta já não esteja mais no mundo virtual, o que implica em falta de prova

daquela oferta, não sendo suficiente a palavra do consumidor.

Assim é que o consumidor, ao visualizar uma determinada oferta que lhe interesse no ambiente virtual e pretenda adquirir o produto ou o serviço por ela divulgado, deverá, de alguma forma, materializar aquela oferta, seja pela impressão da página, onde constam todos os dados necessários, seja salvando essa página no disco rígido de seu computador.

Entretanto, o fato é que não se pode transferir para o consumidor toda a responsabilidade pelo êxito da relação de consumo, ou, ainda, pela possibilidade de efetivação de seus direitos previstos no CDC.

Sim, porque dizer que é o consumidor quem deve ter o cuidado com os sites em que efetua as compras virtuais, que é o consumidor quem deve materializar de alguma forma a oferta divulgada na internet, significa dizer que a parte mais fraca, vulnerável e hipossuficiente desta relação é quem deve tornar-se a parte mais responsável.

Afigura-se no mínimo injusto colocar o consumidor em tal posição. É por essa razão que o Poder Legislativo, deve amoldar a legislação consumerista à nova sociedade, à Sociedade da Informação, à Sociedade Digital, com normas aptas a salvaguardar os direitos do consumidor na nova relação de consumo virtual. Urge a promulgação de leis que imponham a obrigação de todo e qualquer fornecedor estabelecido em ambiente virtual disponibilizar, de forma simples e de fácil acesso ao consumidor, dados que possibilitem a este encontrá-lo no mundo físico, para que possa adotar a medida que entender cabível em caso de descumprimento da oferta.

A nova legislação deve, também, atentar para o fato de que provedores de internet, bem como hospedeiros de sites, devem ter a responsabilidade de armazenar os dados de toda e qualquer pessoa que pretenda estabelecer-se no ambiente virtual na qualidade de fornecedor, pois, caso o próprio fornecedor não cumpra as normas e não forneça as informações necessárias para a sua localização no mundo físico, caberá ao provedor ou ao hospedeiro fornecer tais informações ao consumidor lesado, para que este possa valer-se dos direitos previstos no CDC.

Entretanto, enquanto não se atualizar a legislação consumerista, ao consumidor, ainda que de forma injusta, caberá zelar pelos seus interesses e pelos seus direitos, sob pena de ser extremamente lesado.

Assim é que o consumidor deverá apenas efetuar compras virtuais em sites

conhecidos e de certa credibilidade, bem como deverá guardar todo e qualquer comprovante da negociação, desde a oferta divulgada pelo fornecedor, até o comprovante de efetiva entrega do produto adquirido ou do serviço contratado.

REFERÊNCIAS

- ALBINO, Araceli. A violência e suas vertentes. **Revista Psique, Ciência e Vida**. Ano V, n. 49. Editora Escala, 2010, p. 52-59.
- BELTRAMONE, Guillermo; ZABALE, Ezequiel. **El Derecho en La Era Digital – derecho informático de fin de siglo**. Argentina: editorial Juris, 1997.
- BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.
- CIMIERI, Fabiana. Site receberá denúncias de abuso. **Jornal O Estado de São Paulo**. Caderno Cidades/Metrópole, 13.05.08, p. C4.
- DUPRAT, Nathalia. **Cyberbullying: uma triste violência da internet**. Disponível em: <http://capricho.abril.com.br/comportamento/cyberbullying-triste-violencia-internet-415968.shtml>. Acesso em: 28.04.08.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana (orgs.). **Geração Digital: riscos e benefícios das novas tecnologias para crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2008.
- FIGUEIREDO, João; LIMA, Roberta de Abreu. **Bullying**. **Revista Veja**. 05/05/10, p. 99 – 102.
- GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Violência escolar e o fenômeno bullying - A responsabilidade social diante do comportamento agressivo entre estudantes**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=80895. Acesso em: 30.03.09.
- _____. **O fenômeno Bullying. A responsabilidade jurídica diante do comportamento agressivo de estudantes**. **Revista Visão Jurídica**. Edição n. 36/2009. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/36/artigo141563-4.asp>. Acesso: 02/12/09.
- HABER, Joel. **Cyberbullying**. Disponível em: <http://www.respectu.com/cyberbullying.htm>. Acesso em: 06/12/09.
- JESUS, Damásio E. de. **Stalking**. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- LEITÃO, Carla Faria; NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Impactos da internet sobre pacientes: **a visão de psicoterapeutas**. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 10, n. 3, 2005, p. 3.
- MILAGRE, José Antonio. **O Stalking na Internet**. **Revista Jurídica Consulex** n° 302. 17/8/2009.
- MORAIS, Tito. **Bullying e Cyberbullying: as diferenças**. **Artigos de Opinião**. Set./2007. Disponível em: <http://www.miudossegurosna.net/artigos/2007-09-11.html>. Acesso em: 01.04.09.
- OLIVEIRA, Sara R. **Cyberbullying: fenômeno sem rosto**. Disponível em: <http://www.educare.pt/educare/Actualidade/Noticia.aspx?contentid=45F563C7EFA931C9E04400144F16FAAE&opsel=1&channelid=0>. Acesso em: 01.04.09.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **A informática e a telemática ante o Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- SANTOMAURO, Beatriz. **Violência Virtual**. **Revista Nova Escola**, Ano XXV, n. 233, junho/julho, 2010, p. 66-73.
- SILVA, Ana Bratriz Barbosa. **Mentes Perigosas nas Escolas: Bullying**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o Direito Penal – A tutela penal dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008.
- TRAUTMANN M., Alberto. **Maltrato entre pares o bullying**. Una visión actual. **Revista Chilena de Pediatría**. V.79, n.1 Santiago feb. 2008. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000100002&lang=pt. Acesso em: 25/06/10.

RESUMO

O escopo deste trabalho é expor os limites da questão jurídica do aborto dos fetos anencefálicos, haja vista a sua falta de definição legal bem como as suas implicações perante o ordenamento jurídico pátrio, pois, como se sabe, a legislação só a admite em casos em que a mãe corre risco de morte ou no caso de a gravidez ser fruto de estupro. Quando se trata de feto anencefálico, a medicina afirma que ele não tem o córtex cerebral (necessário para o seu desenvolvimento) sendo privado de encéfalo e que, por conseguinte, é destituído de atividade cerebral gozando de vida (vegetativa) intrauterina. Assim, o que se observa é o confronto de direitos fundamentais, da mãe e do nascituro, sobre a excludente ou não de ilicitude em relação à antecipação do parto do anencefálico, sendo, então, o tema principal desta obra.

Palavras-chave: Aborto. Violação de Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The scope of this paper is to expose the limits of the legal question of abortion of anencephalic fetuses, given their lack of legal definition and its implications to the native legal system because, as we know, the law only allowed in cases the mother is at risk of death or if the pregnancy is the result of rape. When it comes to anencephalic fetus, the medical claims that he has no cerebral cortex (necessary for their development) being deprived of the brain and therefore is devoid of brain activity enjoying life (vegetative) that allows intrauterine. So, what is observed is the clash of fundamental rights of the mother and unborn child, on the exclusive or not unlawful in relation to earlier delivery of the anencephalic, and then the main theme of this work.

Keywords: Abortion. Violation of Human Rights. Dignity of the Human Person.

* Capitão do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública; Especialista em Criminologia, Didática do Ensino Superior e Direitos Humanos; Mestre em Direitos Humanos pelo UNIFIEO e Mestrando em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública.; Doutorando em Direito pela PUC/SP; e Professor do curso de Direito da UniFMU.

** Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. É bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública e em Direito pela Universidade Paulista. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Mestrando em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública.

1. Introdução

“Não deixes de fazer a obra que te foi imposta, ainda que te pareça ser difícil e desagradável. Em toda ocupação, em toda profissão, em toda atividade encontram-se dificuldades e obstáculos, que lhe são próprios como a fumaça ao fogo. Não te intimides, não vaciles, mas vence-os.”
(BHAGAVAD GITÂ).

O aborto é, sem dúvida nenhuma, um assunto polêmico, em especial quando se trata de aborto eugênico, ou seja, aquele praticado em decorrência de malformação fetal que torna a vida do conceito impossível, provocado por uma anomalia, como, no caso deste estudo, ocorre no feto anencéfalo.

Com o aperfeiçoamento das técnicas médicas e da constante evolução dos equipamentos de diagnóstico surge e se desenvolve o biodireito e a bioética como ramos da ciências que buscam discutir questões relevantes à vida humana e, conseqüentemente, a discussão da própria extinção do ser humano pelo evento fatal morte.

Observa-se que a legislação pátria não tem conseguido acompanhar a rápida evolução tecnológica vivenciada pela medicina. Assim, observa-se uma inadequação entre a evolução da medicina e o Direito Penal, pois este não acompanhou as modificações ocorridas na sociedade em decorrência do rápido avanço tecnológico.

A legislação penal brasileira contempla o aborto como conduta humana contrária à manutenção da vida, contudo, prevê que ele não será punido nos casos decorrentes de violência sexual ou quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Como a gravidez do feto anencéfalo, em regra, não é resultado de estupro e, também não causa risco de morte à gestante, não se cogita a existência de permissivo legal para a prática dessa espécie de aborto.

Diante do surgimento desse relevante conflito entre as normas fundamentais previstas no texto constitucional, no caso materializado pelo conflito entre a garantia da dignidade da mulher que gesta e o direito à

vida do feto, foi proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sendo que caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir se o texto constitucional contempla, mesmo que implícitamente, a possibilidade de realização do aborto no caso de feto que apresenta má-formação encefálica.

2. Direitos Fundamentais Contrapostos?

Vigora em nosso ordenamento jurídico, após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a introdução de proteção aos princípios fundamentais (em seu Título I) expressos no art. 1º ao 4º, que tutelam os direitos fundamentais, porém, em especial, podemos citar a previsão do inciso III do art. 1º, que determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de Direito, possuindo, entre outros fundamentos, “a dignidade da pessoa humana”.

Além disso, vários incisos contidos no artigo 5º da norma fundamental do Estado brasileiro estabelecem a devida proteção aos direitos individuais e coletivos de todas as pessoas que se encontram sob o poder de império do Estado brasileiro. Essas normas foram erigidas a um patamar mais elevado no texto constitucional e, por isso, por determinação do art.60, §4º, IV da CF, são consideradas como cláusulas pétreas¹ e, conseqüentemente, não podem ser abolidas do texto constitucional.

Os direitos fundamentais nada mais são do que a positivação na Carta Magna de um

¹Conforme ensinado por Nery Júnior (2009, p. 422): “A norma proíbe o Congresso Nacional de elaborar emenda constitucional que vise abolir as garantias que menciona. Por essa razão essas garantias são denominadas de cláusulas pétreas, isto é, imodificáveis por meio do processo legislativo ordinário de emenda constitucional. As cláusulas pétreas podem ser modificadas mediante manifestação inequívoca da soberania popular nesse sentido, exterioriza por meio de plebiscito ou referendo. Admitindo a modificação de cláusulas pétreas com fundamentos mais ou menos conforme os aqui enunciados: Gilmar Ferreira Mendes. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação, *Ajuris* 60/250; Cármen Lúcia Antunes Rocha. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional, *RIL* 120/159”.

referido Estado, dos direitos considerados pelo constituinte como fundamentais, ao ponto de serem imutáveis.

Tal positividade tem o condão de limitar a atuação do Estado, garantindo o exercício de referidos direitos pelos cidadãos.

Segundo Dimoulis e Martins (2007, p. 54):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal da liberdade individual.

Examinando o conceito acima, temos que os direitos fundamentais são públicos porque é o próprio Estado que trata da matéria, isto é, quando positivados na Constituição são considerados matéria de ordem pública, onde se tem, em um dos polos, o próprio Estado e não dois entes privados. E são considerados subjetivos porque são direitos impositivos e não facultativos, isto é, não há como renunciar a estes direitos, como leciona Bulos (2011, p. 69):

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não é obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.

Apesar da divergência existente entre as diversas definições individuais do que se entende por direitos constitucionais fundamentais, vigora a unanimidade de entendimento em dizer que os direitos

fundamentais existem exclusivamente para a garantia da dignidade humana e por isso são essenciais à realização do Estado Democrático de Direito, posto que caracterizam “*Direito de um Estado Democrático que deve ser constituído (e desconstituído), tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização*” (GUERRA FILHO e PEREIRA, 1997, p. 9).

Nesse sentido, o direito à vida é o principal direito fundamental do homem, o mais importante e elementar de sua existência, sem o qual nenhum outro direito teria qualquer expressão e/ou sentido.

Os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana são, portanto, os pilares básicos a dar sustentação ao Estado Democrático de Direito.

3. Conceito de nascituro

Etimologicamente a palavra “nascituro” deriva do latim *nasciturus*, cujo significado está relacionado àquele que está por nascer. Houaiss define como “que ou aquele que vai nascer; diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo” e Aurélio (2009), de modo parecido, define como “que há de nascer; aquele que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

Nascituro é, portanto, o ente humano concebido e por nascer, que ainda se encontra no ventre materno.

Entretanto, de acordo com Alves (1999, p.214):

Entende-se por conceito o ser humano no período da vida que vai desde o seu início, na concepção, até o nascimento; assim também o termo nascituro (‘aquele que há de nascer; gerado, mas ainda não nascido’); usa-se o termo embrião para designar o conceito durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente. As designações de mórula e blastocisto referem-se às fases iniciais do embrião, e a palavra ovo identifica os primeiros estágios de vida, a partir da célula inicial resultante da fusão dos gametas (fecundação = concepção).

Para Martinez (1998, p. 71-2) há quatro principais teorias do começo da vida. A primeira é a doutrina da Igreja Católica, onde desde o momento da fecundação não é possível qualquer experimento com embriões, seja para congelamento, seja para técnicas de fecundação *in vitro*; a segunda é a da fecundação ou da formação do genótipo, onde o embrião já é considerado um ser humano e, como consequência, é repellido qualquer tipo de manobra, direta ou indireta, que tenha como resultado a sua destruição, não importando o seu fim; a terceira versa sobre a nidação, onde só haveria vida humana a partir desse estágio; e, finalmente, a quarta teoria, onde a formação dos rudimentos do sistema nervoso central seria o momento determinante para o início da vida humana.

Depreende-se então, pelo exposto, que a análise do momento de início da vida humana é polêmico; não obstante, há a prevalência de que a concepção seria o marco do início da vida entre os seres humanos.

3.1. Direito à vida

O direito à vida é o primeiro dos direitos, aquele originário para o qual todos os outros existem e estão submetidos. O ponto de partida para o estudo de qualquer outro direito é a inviolabilidade da vida, sendo protegido por normas jurídicas de todo o mundo em razão de ser comum a todo e qualquer ser humano.

Observa-se que a vida é tutelada como um direito do ser humano que é indisponível e está sobre qualquer outro; nesse passo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem que em seu artigo III dispõe que “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Cabe ainda apontar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio que, em seu inciso I do art. 4º anuncia que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Pelo estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica, pessoa é todo ser humano, sem

qualquer distinção entre o ser humano em sua vida intra ou extrauterina. A expressão “desde o momento da concepção” força-nos a concluir que a palavra “pessoa” se aplica também ao nascituro.

A Constituição Federal, ao tratar esse direito, estabelece como cláusula pétrea em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida como garantia fundamental de todo cidadão:

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 [...]

Todavia, cabe ressaltar que, conforme posicionamento de Kimura (2006, p. 191):

[...] a Constituição não faz distinção entre a vida intra ou extra-uterina, e não atribui valor maior à vida extra-uterina em relação à intra-uterina, como o faz a legislação infraconstitucional, em particular a legislação penal. A constituição também não diferencia à vida humana, que se inicia com a fecundação, seja ela natural ou artificial, como também não diferencia as sucessivas etapas embrionárias. A proteção à vida, consagrada constitucionalmente, compreende todas as formas de manifestação da existência humana com potencial para a formação, o desenvolvimento e o posterior nascimento.

Assim, sempre que estiverem em jogo a vida e qualquer outro direito, aquela deverá prevalecer, como bem assegura Diniz (2009, p. 25):

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim,

por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consento, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica.

A vida é, com toda a certeza, um direito natural, universal, que independe de credo, convicção política ou filosófica.

Por fim, conforme entendimento de Lima (2009, p. 39):

O direito à vida, como todos os outros direitos, pode ser restringido quando em situação de colisão com outros direitos também fundamentais. É o que se depreende do princípio da convivência das liberdades públicas. O bem jurídico vida nem sempre prevalece quando em conflito com outros bens também constitucionalmente protegidos (...). São situações específicas e excepcionais; no entanto acolhidas pela ordem jurídica constitucional. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos aponta para as hipóteses de exceção, ao preceituar que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Se a vida deve ser preservada, desde a concepção, significa que essa é a regra; no entanto, há exceções.

Diante do exposto, tem-se que a vida é o bem jurídico de maior importância, todavia, quando se fala em direito à vida, diz-se vida digna, observando-se o primado da dignidade da pessoa humana, onde, então, inicia-se o questionamento, no campo da bioética, sobre o aborto anencefálico e, no campo do direito penal, sobre a aplicabilidade de excludente de ilicitude.

3.2. Direito à saúde

A Constituição Federal, ao tratar do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais), mais precisamente em seu art. 6º reza que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação [...]” assim

como no art. 196, do mesmo diploma legal, onde versa que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Pelo exposto, nota-se que a saúde tem proteção constitucional como um direito social e está no mesmo diapasão com a definição pela Organização Mundial da Saúde que entende que como saúde o completo bem-estar físico, psíquico e social e não uma mera ausência de doenças.

No entender de Lima (2009, p. 108-9) “A garantia do direito à saúde envolve tanto a proteção do direito em si, pelo ordenamento jurídico, quanto à prestação de determinados serviços pelo Estado, para que o direito seja resguardado” e complementa seu raciocínio no sentido de que o direito de ser realizado um aborto de um feto anencefalo (a definição de anencefalia, no conceito médico, será analisado um pouco mais adiante), - desde que haja o consentimento da gestante para tanto - não pode acontecer sem se ter políticas públicas que seja exequível tal procedimento, seja em hospitais da rede pública como na privada e mais, não somente ao atendimento médico em si, mas também ao psicológico para a recuperação da mulher.

Dessa forma, os autores que defendem o abortamento do anencefálico entendem que quando a mulher é privada da liberdade de escolha, seu sofrimento pode ser ainda mais agravado e sua saúde física e psíquica ainda mais afetada. Nesse passo, a única forma de atenuar o sofrimento da gestante, com respeito a seus direitos fundamentais básicos, é garantir-lhe o direito de escolha, de modo que a interrupção da gestação seja resultado da decisão livre e autônoma da mulher

Outro fator relevante no que diz respeito à saúde da mulher é sobre a sua decisão de levar a gestação até seu término. As ciências médicas não deixam dúvidas de que há graves complicações à saúde da gestante caso esta tome tal decisão, ou seja, de ir até o término da

gestação de feto anencéfalo, conforme se vê nos dizeres de Gallop (2004, p. 27-8):

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento de excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes do ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivida. A distócia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.

Percebe-se, portanto, que levar uma gestação de feto anencéfalo, é um risco à saúde da mulher. Todavia, caberia somente a esta decidir pela interrupção desta gestação de alto risco? Teria o pai da criança legitimidade para opinar quanto à decisão da antecipação terapêutica do parto, ou seja, à interrupção da gravidez de feto anencefálico? Veja-se o posicionamento de Teixeira e Valadares (2010) que entende que tal decisão deve ser tomada em conjunto, ou seja entre ambos os cônjuges:

Diante dos atributos da autoridade parental, padece de dúvida de que o pai não tem apenas legitimidade e interesse em participar dessa

decisão, mas é recomendável que o faça, pois o que norteia as decisões quanto ao nascituro, à criança e ao adolescente é o melhor interesse destes. Por isso, é de todo recomendável que o pai também participe desta decisão, juntamente com a mãe, de modo a fazer jus à possibilidade que a Constituição faculta quanto à autonomia de estabelecer o projeto parental do casal. Ora, decidir quanto à manutenção ou não de uma gravidez é parte incontestada das diretrizes do planejamento familiar, principalmente porque esta decisão influenciará, sobremaneira, na estrutura familiar até então estabelecida. É cediço que a vida ou a morte de um dos membros da família influencia todos os seus demais componentes. Com o nascituro não é diferente. Sua vida ou sua morte reflete, principalmente, no sonho dos pais em ter um filho, que, com seu falecimento, é frustrado. Inegável, portanto a repercussão desta situação na vida do pai, que, titular da autoridade parental, tem todas as condições para influenciar nesta decisão.

Depreende-se, portanto, que a autoridade parental deve ser exercida por ambos os pais, em conjunto. No caso de haver divergência, qualquer deles tem legitimidade para recorrer ao Poder Judiciário com a finalidade de decidir a controvérsia.

4. O Conceito de Anencefalia

A origem da palavra anencefalia, conforme Houaiss (2009), vem do grego, onde *an* significa sem, ausência e *egképhalos*, o que está dentro da cabeça, miolo - que, em nossos dias chamamos, de encéfalo.

Mas, o que é encéfalo? O Dicionário Aurélio (2009) o define como “parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano”; Houaiss (2009), de modo semelhante, traz que é um “conjunto do tronco cerebral, cerebelo e cérebro; parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo”.

Conforme Resende (1982, p. 873):

A anencefalia é uma anomalia do sistema nervoso central, que se caracteriza pela ausência da abóbada craniana e massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral, resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e 26º dia de gestação, incapacitando o concepto para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças.

Franco (2004, p. 2) sustenta que não há coincidência absoluta entre a anencefalia e a falta de atividade do tronco cerebral, já que aquela apresenta alguns rudimentares reflexos do tronco, motivo pelo qual não cumpre com os critérios médicos e biológicos vigentes. Comenta ainda que:

A anencefalia, que significa a ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais, não corresponde no plano médico à morte cerebral, cujo sinal inequívoco *'reside na verificação da ausência de função total e definitiva do tronco cerebral'*. Embora este esteja presente, nos fetos anencefálicos – o que permite em alguns casos a sobrevivência desses fetos, por tempo mínimo, fora do claustro materno – força é convir que as duas situações são similares. *'A ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e a afetação definitiva do cérebro, no segundo, suprimem para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para a afirmação de que a vida, no primeiro caso, subsista como vida humana, isto é, como a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana'* (grifos do autor). (Patrick Vespieren, “Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética”, *La Vida Humana, Origen y Desarrollo*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989, p. 178). Uma eventual proteção à gestação de um anencéfalo não se traduz em

proteger a vida, ao afirmar que “mulher, gestante de feto anencefálico, não tem em seu útero um ser vivo, mas sim carrega, em seus entranhas, um ser condenado irreversivelmente à morte. Impedi-la de antecipar o parto, significa deixá-la, meses a fio, convivendo com a expectativa de um nascimento frustrado, o que constitui, sem nenhuma margem de dúvida, agravo à saúde física e psicológica. (grifos do autor).

A título exemplificativo, segundo Mello e Hooft (2010, p. 24) nos Estados Unidos a incidência da anencefalia é 1:1.000 nascimentos; na Irlanda e País de Gales, é 5 a 7:1.000 nascimentos; na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1.000 nascimentos, enquanto que no Brasil é de 1:1.600 nascimentos.

A maioria dos casos de anencefalia ocorre em fetos do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóbada craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial com neuro-hipófise hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos assim como as conexões entre adeno-hipófise e o sistema nervoso central. Ou seja, de perfil, um feto anencefálico “assume a imagem de um sapo”, dado o decepamento de toda a parte superior da cabeça pelo não fechamento do tubo neural. (DINIZ, 2004, p. H7)

A confirmação diagnóstica do contorno ósseo da calota craniana do concepto é realizada por exame diagnóstico ultrassonográfico, contudo, a sua eficiência é considerável somente a partir da 12ª semana de gestação.

Diante dessa constatação a vida extrauterina torna-se inviável uma vez que as funções mecânicas de respiração e batimento cardíaco ficam prejudicadas em face da ausência do tronco encefálico que é o

responsável orgânico pelo controle dessas funções vitais. A vida extrauterina torna-se impossível sem a utilização de aparelhos que supram essas funções vitais e, assim, pelo que se depreende, este ser estará condenado a uma vida vegetativa, sem qualquer possibilidade de desenvolvimento dos sentidos.

Como se depreende, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto.

Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa. Conforme Diniz e Ribeiro (2004, p. 81), aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intrauterino.

Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante.

A permanência do feto anômalo no útero materno é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da pessoa que a gesta e até perigo para a continuidade de sua vida.

De fato, a continuidade da gestação de um feto que apresenta essa anomalia orgânica empresta à gravidez um caráter de risco, muito superior ao risco natural que correria a gestante em processos normais de gestação. Assim, a interrupção da gestação constitui-se como o único tratamento médico capaz de evitar a continuidade do risco à vida da gestante, tendo em vista que a medicina ainda desconhece qualquer tratamento eficaz para a reversão da situação fetal.

5. O aborto e as hipóteses de justificação

O termo aborto tem sua origem do latim *abortus* que significa morrer, padecer; portanto, pode-se concluir que, de modo sintético, a palavra, bem como sua ideia, vem

sendo utilizada para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada.

Em se tratando de aborto, é fato notório que este assunto há muito é discutido nos tribunais de todo o país, inclusive no mundo, pondo em pauta projetos de lei que busquem a legalização dessa conduta humana, ao menos para alguns dos tipos penais hoje puníveis pela norma legal.

Nota-se que a questão do aborto suscita calorosas discussões filosóficas e religiosas, bem como, no mundo das leis, deixa florescer posicionamentos divergentes entre os diversos doutrinadores.

Ninguém desconhece que o aborto é sumariamente proibido no Brasil, salvo os casos de aborto necessário (único meio de salvar a vida da gestante) e aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Todavia, considerando tal ótica de direito à vida, Tavares (2006, p. 483) apresenta duas concepções sobre a qual tal direito deve ser contemplado: o direito de permanecer vivo e o direito a um nível de vida adequado.

Menezes (2004, p. 413) sustenta haver duas divisões relacionadas ao direito à vida. Segundo ele, esta expressão é dotada de carga semântica significativa e inferem duas situações, quais sejam: o direito de permanecer vivo (diz respeito à existência humana em si) e o direito de nascer vivo (que envolve fatores que antecedem a vinda do indivíduo ao mundo exterior).

Tavares (2006, p. 483) concorda com esse autor quando acrescenta ser necessário assegurar um mínimo nível de vida, de modo que seja compatível com a dignidade humana, o que caracteriza, conforme a Constituição Federal, o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao lazer (art. 217), cabendo ao Estado, portanto, “assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver”.

Não obstante, o artigo 128 do Código Penal prevê, expressamente, duas únicas situações em que o aborto não será punível: quando há risco de morte para a mãe (denominado de aborto terapêutico ou necessário) e em caso de estupro (também conhecido como aborto sentimental, piedoso, humanitário ou ético):

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
 I - aborto no caso de gravidez resultante de estupro;
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Observa-se que o aborto terapêutico ou necessário é conhecido de longa data, mais precisamente, desde o período medieval, quando a Igreja Católica Romana já se punha contra tal modalidade sob a alegação de que a vida da criança era preferível à vida da mãe, uma vez que para ser salvo o recém-nascido deveria ser batizado. Após a Declaração dos Direitos Humanos a Igreja passou a tolerá-lo sob a denominação de aborto indireto.

Por sua vez, para a efetivação do aborto sentimental o médico deve acautelar-se de que existem indícios concludentes da ocorrência do crime de estupro e que há o consentimento expresso da gestante ou de seu representante legal ou ainda perante testemunhas idôneas, exceto se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória em relação ao acusado.

Nessa questão do aborto é comum o surgimento do debate entre a preservação dos direitos da gestante e do feto em formação. Para a mãe, é óbvio, que uma gravidez indesejada (principalmente se fruto de estupro) lhe trará sérios problemas para o futuro, especialmente de ordem psicológica. A vedação à realização do aborto nessas situações agrediria a dignidade da gestante, podendo ser comparada ao intenso sofrimento físico e mental da prática do crime de tortura. Um abortamento, se entendido como saída para esta gravidez, também poderá causar traumas na mulher, além de tirar a vida do feto.

6. O Aborto do Anencefálico como Excludente de Ilicitude

O Código Penal vigente tipifica como crime de aborto a conduta de interromper a gestação nas hipóteses em que o feto é portador de anomalia fetal incompatível com a vida, na medida em que a hipótese não está prevista nos casos de aborto legal.

Sendo considerado crime, cabe verificar o conceito de crime que, apesar dos posicionamentos doutrinários divergentes, ou seja, formal, material ou analítico, pode-se definir como uma conduta típica, antijurídica e culpável, entendido como uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida, que é contrária ao direito, sendo sujeita a um juízo de reprovação e penalidade.

Desta forma, se o fato reprovável concorrer com uma das causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, ou em leis especiais, o mesmo não será declarado antijurídico ou ilícito.

Atualmente, o aborto do feto anencefálico vem sendo permitido pelo judiciário que entende que esse tipo de abortamento é uma excludente de ilicitude, desde que realizado com o consentimento da mãe, enquadrando-se, portanto, no exercício regular de direito ou pelo estado de necessidade, causas excludentes da ilicitude.

Um das manifestações mais expressivas de autorização judicial para a realização de aborto, por motivos de má-formação fetal, foi prolatada pelo Desembargador Marco Antonio Marques da Silva, o qual, ao analisar o mandado de segurança nº 990.09.100287-9, concedeu a segurança para que gestação de gêmeos xifópagos fosse interrompida, uma vez que não apresentavam mínimas condições de vida extrauterina pois encontravam-se conectados pela região do abdomen.

Como fundamentação desse histórico julgamento, podemos destacar a seguinte fundamentação para concessão da segurança:

Obrigar a mãe carregar em seu ventre, pelo longo período da gestação, os filhos que não irá ter, imaginando, a cada instante, que nascerão mal formados e morrerão logo em seguida, é constrangê-la a sofrimento inútil, cruel, incompatível ao conceito de vida digna.

Ademais, a circunstância angustiante que passa não só a gestante, mas seu marido e toda a família, sabedores de que os fetos apresentam formação imperfeita e que, não se podendo afastar a anomalia, não haverá sobrevivida ao

parto, inflige-lhes grande pesar, que pode trazer reflexos sérios, quiza irreparáveis, à saúde psíquico-emocional de todos os envolvidos.

Muito embora as decisões judiciais tenham caminhado no sentido do reconhecimento da excludência da ilicitude no caso de aborto de feto anencéfalo, a doutrina tem divergido bastante ao analisar essa tormentosa questão. Entende Franco (2005, p. 418), de modo explícito, que a anencefalia nada mais é que um manifesto caso de atipicidade tão somente.

Nucci (2008, p. 609) entende ser viável a tese da inexigibilidade de conduta diversa, pois, para ele, haveria dois enfoques “o da gestante, não suportando carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo”.

O aborto eugênico não encontra expressa sustentação e/ou guarida na legislação brasileira, mas, por analogia aos casos de aborto já legalizados e diante da inviabilidade da vida extrauterina do feto, bem como aos possíveis danos de ordem psicológica da mãe, tal modalidade de aborto não é censurada criminalmente, uma vez que a sua realização implica na inexigibilidade de conduta diversa ou em algum caso de exclusão de ilicitude.

Por derradeiro, ainda são encontradas decisões judiciais denegatórias, as quais, por sua vez, reforçam o entendimento de que não pode ser autorizada a realização do aborto eugênico por falta de previsão legal na norma penal vigente, ou seja, não será reconhecido o direito por total impossibilidade jurídica do pedido.

7. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 54

Tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, requerendo a autorização da antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos.

A ADPF, com pedido de concessão de liminar, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) com fundamentação legal calcada nos artigos

1º, IV, (dignidade da pessoa humana); 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde) da Carta Magna.

A ação constitucional de controle direto refuta enfaticamente a previsão dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, uma vez que encontram-se em desarmonia com o texto constitucional e, por isso, requereu que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse essa contrariedade constitucional e concedesse a todos os trabalhadores na saúde o direito de exercerem as suas competências profissionais na interrupção do processo de gestação dos fetos anencéfalos, sem o amparo de autorização judicial ou de qualquer outra forma de permissão específica do Estado, desde que a anomalia seja atestada por médico habilitado.

Alternativamente, rogou ao Supremo que recebesse a petição inicial da ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, se a corte entendesse pelo descabimento da primeira, algo que nada se assemelha ao entendimento pretoriano, segundo o qual não se pode realizar controle concentrado de norma anterior à Constituição vigente, uma vez que se trataria de análise de constitucionalidade de norma não recepcionada pela Constituição Federal vigente.

A ADPF foi recebida pelo tribunal e sorteado como relator o Ministro Marco Aurélio Mello, o qual, na data de 01 de julho de 2004 concedeu a liminar, nos seguintes termos:

(...) HÁ, SIM, DE FORMALIZAR-SE MEDIDA ACAUTELADORA E ESTA NÃO PODE FICAR LIMITADA A MERA SUSPENSÃO DE TODO E QUALQUER PROCEDIMENTO JUDICIAL HOJE EXISTENTE. HÁ DE VIABILIZAR, EMBORA DE MODO PRECÁRIO E EFÊMERO, A CONCRETUDE MAIOR DA CARTA DA REPÚBLICA, PRESENTES OS VALORES EM FOCO. DAÍ O ACOLHIMENTO DO PLEITO FORMULADO PARA, DIANTE DA RELEVÂNCIA DO PEDIDO E DO RISCO DE MANTER-SE COM PLENA EFICÁCIA O

AMBIENTE DE
DESENCONTROS EM
PRONUNCIAMENTOS
JUDICIAIS ATÉ AQUI
NOTADOS, TER-SE-ÃO NÃO
SÓ O SOBRESTAMENTO DOS
PROCESSOS E DECISÕES NÃO
TRANSITADAS EM JULGADO,
COMO TAMBÉM O
RECONHECIMENTO DO
DIREITO CONSTITUCIONAL
DA GESTANTE DE
SUBMETER-SE À OPERAÇÃO
TERAPÊUTICA DE PARTO DE
FETOS ANENCEFÁLICOS, A
PARTIR DE LAUDO MÉDICO
ATESTANDO A
DEFORMIDADE, A
ANOMALIA QUE ATINGIU O
FETO. É COMO DECIDO NA
ESPÉCIE. 3. AO PLENÁRIO

SOBRESTAMENTO DOS
PROCESSOS E DECISÕES NÃO
TRANSITADAS EM JULGADO,
VENCIDO O SENHOR
MINISTRO CEZAR PELUSO. E
O TRIBUNAL, TAMBÉM POR
MAIORIA, REVOGOU A
LIMINAR DEFERIDA, NA
SEGUNDA PARTE, EM QUE
RECONHECIA O DIREITO
CONSTITUCIONAL DA
GESTANTE DE SUBMETER-SE
À OPERAÇÃO TERAPÊUTICA
DE PARTO DE FETOS
ANENCEFÁLICOS, VENCIDOS
OS SENHORES MINISTROS
RELATOR, CARLOS BRITTO,
CELSO DE MELLO E
SEPÚLVEDA PERTENCE.

A decisão concessória da liminar causou grande discussão pública, com forte reação das entidades religiosas e, quatro meses mais tarde, na data de 20 de outubro de 2004, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que não era o caso de manutenção da medida liminar, com efeitos *ex nunc*, se ainda encontrava-se o processo em fase de discussão sobre a própria legitimidade da utilização da ADPF como meio processual hábil para a solução daquela demanda:

APÓS O VOTO DO SENHOR
MINISTRO MARCO AURÉLIO,
RELATOR, RESOLVENDO A
QUESTÃO DE ORDEM NO
SENTIDO DE ASSENTAR A
ADEQUAÇÃO DA AÇÃO
PROPOSTA, PEDIU VISTA DOS
AUTOS O SENHOR MINISTRO
CARLOS BRITTO. EM
SEGUIDA, O TRIBUNAL,
ACOLHENDO PROPOSTA DO
SENHOR MINISTRO EROS
GRAU, PASSOU A DELIBERAR
SOBRE A REVOGAÇÃO DA
LIMINAR CONCEDIDA E
FACULTOU AO PATRONO DA
ARGÜENTE NOVA
OPORTUNIDADE DE
SUSTENTAÇÃO ORAL.
PROSSEGUINDO NO
JULGAMENTO, O TRIBUNAL,
POR MAIORIA, REFERENDOU
A PRIMEIRA PARTE DA
LIMINAR CONCEDIDA, NO
QUE DIZ RESPEITO AO

Não obstante, o processo prosseguiu regularmente, todavia, até o presente momento, aguarda a designação de data para julgamento pelo próprio pleno do Supremo Tribunal Federal.

Aguarda-se ansiosamente a decisão do Tribunal Constitucional nesse importante julgamento, pois, uma futura decisão de procedência, declarará a inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos existentes no Código Penal que, hoje, autorizam a punição da gestante e de outras pessoas que participam da interrupção do processo gravídico de um feto anencéfalo. Muita discussão tem sido realizada sobre essa decisão, principalmente, diante das severas críticas de que uma decisão de procedência estaria violando o princípio constitucional da separação dos poderes, uma vez que o tribunal estaria deixando de atuar como legislador negativo e passaria a inovar o ordenamento infraconstitucional, o que seria competência concedida exclusivamente ao Poder Legislativo.

Como salientado, não parece que uma decisão dessa natureza tenha o condão de autorizar a invasão indevida das competências de um Poder sobre o outro.. Está mais parecendo que essa decisão, se for confirmada a procedência, estará a afastar do ordenamento constitucional, preferencialmente sem que seja decretada a redução de texto, as interpretações do Código Penal que impossibilitam a realização do aborto nessas situações extremamente excepcionais. Não se espera dessa decisão a criação de uma nova situação

de excludente de punibilidade para o crime de aborto, até mesmo devido ao fato de se acreditar que a antecipação terapêutica de

parto de um feto anencéfalo não pode ser tipificada como aborto.

REFERÊNCIAS

- ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. *In: A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade das leis restritas contra a pessoa, a dos crimes, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** (arts. 121 a 212). ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BÁRTOLI, Márcio, PANZERI, André. *In: Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Dernival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. *In: A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. a. 94, v. 836. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v. 2: parte especial: dos crimes de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- CHAVES, Benedita Inês Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo: comentários atualizados ao código penal e ao código de propriedade industrial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. vol.1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- DANTAS, Cristiane Elaine Moisés *et al.* **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: Funpec Ed. Universidade de São Paulo – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – Departamento de Ginecologia e Obstetrícia, 2005.
- DIAMENT, Aron; CYPEL, Saul. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 1996.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Débora e RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Jurídicas, 2004.
- DINIZ, Débora. Anencefalia, à luz da ciência e do estado laico. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, h 7, 31 dez. 2004.
- DINIZ, Débora. Bioética e aborto. Ministério da Saúde, Brasília. Disponível em: <http://www.msu.edu/~hnelson/fab/bioetica_e_aborto.rtf>. Acesso em: 20 de dez. de 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ESTEFAM, André. **Direito penal. parte especial**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Faria M, Pettersen H. Sistema Nervoso Central. *In: Amaral WN, Cha SC. Tratado de Ultrassonografia IV: Anomalias Fetais*. Goiânia: SBUS, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 13. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. v. 1, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. a. 94, v. 833. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2005.
- _____. **Um Bom Começo**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004.

- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.
- FRIEDE, Roy Reis. **Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GARCIA, Sonia Maria Lauer de; FERNÁNDEZ, Casimiro Garcia. **Embriologia**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- GOLLOP, Thomaz. Riscos Graves à saúde da Mulher. *In: Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade*. ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Brasília, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; PEREIRA, Ana Cláudia Távora. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HOUAISS, António. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal. parte especial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991.
- KIMURA, Mara Regina Trippo **As técnicas biomédicas – a vida embrionária e o patrimônio genético humano – à luz da regra da proporcionalidade penal**. Tese de doutorado. PUCSP, 2006.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia – direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2009.
- MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998.
- MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>>. Acesso em: 23 nov. 2010.
- MELLO, Faria Gonçalves. HOOFT, Pedro Frederico. Sistema Nervoso Central *In* Amaral WN, Cha SC. **Tratado de ultrassonografia IV: Anomalias Fetais**. Goiânia: SBUS, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 2: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Dirleuza R. de. **Da possibilidade do aborto frente às anomalias fetais incompatíveis com a vida – aborto eugênico-anencefálico**. Monografia de graduação. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Dirleuza%20Rodrigues%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Priscila Krauss; LOVISI, Giovanni Marcos. **Prevalência da depressão gestacional e fatores associados**. Revista psiquiátrica clínica, São Paulo, v. 35, n. 4, 2008.
- PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. **Revista de Cultura IMAE**, a. 5, n.12, jul-dez. 2004.
- PIOVESAN, Flávia, SARMENTO, Daniel. STF e anencefalia. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, a.5, 17 nov. de 2004.
- RABELLO, Getúlio Daré. Coma e Estados Alterados de Consciência. *In: A Neurologia que todo médico deve saber*. NITRINI, Ricardo; BACHESCHI, Luiz Alberto (Org.). 2. ed., São Paulo: Atheneu, 2003.

- REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia**. 4. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.
- ROLIM, Marcos. **Declaração Sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. Disponível em <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/063.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.
- SALOMÃO, António Jorge. Abortamento espontâneo. *In: Obstetrícia básica*. Rio de Janeiro: Bussâmara Neme, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. Anencefalia e projeto parental: uma decisão do casal? **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 02 mar. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=587>>. Acesso em: 21 jun. 2010.
- TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- ZAINAGUI, Maria Cristina. **Os meios de defesa dos direitos do nascituro**. São Paulo: LTR, 2007.

RESUMO

O presente artigo versa sobre a interpretação da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – denominado ECA, em sua relação com a importância da educação e do afeto a fim de amparar as chamadas “*faixas etárias vulneráveis*”. Entende-se que esse é um importante instrumento de tutela jurídica protetora de crianças e adolescentes, que devem ser vistos como pessoas em desenvolvimento e detentoras de dignidade, sujeitos de direitos, são destinatários máximos de proteção integral por parte da sociedade, da escola e do Estado. Mas, somente a lei não basta. Por isso mesmo, o objetivo é enfocar, especialmente, no ECA, a questão da educação e a importância do afeto, em sua relação com essa legislação protetora. Em razão do complexo panorama que o tema envolve, delimitaremos, nossas reflexões sobre problemática da educação e a importância do afeto nas políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, pois entendemos que são bens fundamentais e imprescindíveis à vida digna de todo ser humano.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente, Educação, Afeto, Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This paper discusses the interpretation of the Federal Law No. 8069 of July 13, 1990, which Established the Children and Adolescents - called ECA, in its relation to the importance of education and affection in order to bolster calls "vulnerable age groups." It is understood that this is an important tool for protecting legal protection of children and adolescents, who must be seen as people in developing and holding dignity, rights of subjects, maximum recipients are fully protected by society, school and State. But only the law is not enough. Therefore, the goal is to focus, especially in the ECA, the issue of education and the importance of affection in your relationship with that protective legislation. Because of the complex picture that involves the theme, delimiters, our reflections on issues of education and the importance of affection in public policies for children and adolescents, because we believe are fundamental and essential goods to a decent life for every human being.

Keywords: Children's and Adolescent Education, Affection, Dignity of the Human Person.

* Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – MACKENZIE/SP. Especialista em Direito Constitucional e Educacional pelo IBDC/SP. Professora titular de Filosofia do Direito do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP.

1. Introdução

“Adonde no hay amor, ponga amor y sacaré amor”.

Juan de la Cruz

Inicialmente, cumpre-nos registrar que, sob o aspecto jurídico, a Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – denominado ECA¹, ratifica a tendência do ordenamento jurídico brasileiro de se criar microssistemas, a fim de amparar as chamadas “faixas etárias vulneráveis”, que, sem dúvida alguma, são merecedoras de uma tutela maior da sociedade e do Estado.

Esse importante instrumento de tutela protetora que, aliás, instituiu-se em absoluta consonância com o artigo 227 da Constituição Federal², é decorrente das diretrizes traçadas em termos de direitos humanos e volta-se para a realização da justiça social, em face de tão relevante setor da sociedade, adotando, para tanto, a denominada “Doutrina da Proteção Integral”³ cujo pressuposto basilar é que as

¹BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (ECA) Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, e retificada em 27 set. 1990.

²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

³ Segundo a doutrina o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a “doutrina da proteção integral”, é baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (v. art. 3º). Conforme aponta Válder Kenji Ishida, a *doutrina de proteção integral* “foi, anteriormente, prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada *prioridade absoluta*. Constitui-se numa nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A Constituição, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente. A doutrina da situação irregular limitava-se basicamente a 3 (três) matérias: (1) menor carente, (2) menor abandonado, (3) diversões públicas”. (Cf. ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010). Ainda, nesse mesmo sentido, ressaltamos o posicionamento doutrinário de Antônio Fernando do Amaral e Munir Cury, que asseveram que “a inspiração à *Doutrina da Proteção Integral* para a criança e o

crianças e os adolescentes devem ser vistos como peçoas⁴ em desenvolvimento, são detentoras de dignidade⁵, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral por parte da sociedade, da escola e do Estado.

adolescente não é nova”. Indicam esses dois autores que “a Declaração de Genebra de 1924 determinava a *necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial*”; da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948) apelava ao direito a cuidados e assistência especiais; na mesma orientação, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969) alinhava, em seu art. 19: “*Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado*”. Ainda mais recentemente, as *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing* lançaram as bases para a formulação de um novo ordenamento no campo do Direito e da Justiça, possível para todos os países, em quaisquer condições em que se encontrem, e cuja característica fundamental é a *nobreza e a dignidade do ser humano criança*. A *proteção integral* dispensada à criança e ao adolescente encontra suas raízes mais próximas na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20.11.89 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 14.9.90, através do Decreto Legislativo nº 28. Com efeito, o espírito e a letra desses documentos *internacionais, segundo os autores, constituem importante fonte de interpretação de que o exegeta do novo Direito não pode prescindir*. (Cf. DO AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e CURY, Munir (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais**. (coord.) Munir Cury. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18-9).

⁴Assevera Castanheira Neves, “o homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”. CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Piaget, 2002. p. 69. Veja-se também BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299.

⁵Gabriel Chalita adverte-nos que “o elemento fundante do processo constitucional é a Dignidade da Pessoa Humana, é a mola primeira, propulsora para a compreensão de todo o sistema constitucional e do sistema infraconstitucional. A dignidade da pessoa humana orienta a leitura e compreensão dos objetivos da República Federativa do Brasil que no seu art. 3º, inciso I, fala em construir uma sociedade livre, justa e solidária”. CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Heurística e Direito*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo. (Org.). **Hermenêutica plural**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233.

Infelizmente, o que se constata é que as crianças e os adolescentes são tratados, em total desrespeito à sua dignidade, sem afeto e ternura, e, especialmente nas grandes cidades, têm sido as maiores vítimas de todas as formas de violência. Não lhe deram o direito de estudar, brincar, divertir, sorrir, e ver a vida com confiança.

Na escola, por trás de cada criança arredia, de cada adolescente agressivo, há uma criança e um jovem que precisa de afeto. Ocorre que, frequentemente, a agressividade é uma reação de quem pede ajuda.

Sem contar o analfabetismo das crianças e dos adolescentes e a carência, sobretudo, de educação e de conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, e ainda a ausência de políticas públicas voltadas para inclusão social, desse segmento, tão vulnerável, são obstáculos graves ao pleno desenvolvimento de relações equânimes, pacíficas, afetivas e solidárias quanto ao tratamento da pessoa humana e, portanto, devem ser considerados males a serem erradicados.

Em razão do complexo panorama que o tema envolve, delimitaremos, nossas reflexões sobre problemática da educação e a importância do afeto nas políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, pois entendemos que são bens fundamentais e imprescindíveis à vida digna de todo ser humano.

Assim sendo, nesse artigo, o objetivo é enfocar, especialmente, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a questão da educação e a importância do afeto, em sua relação com essa legislação protetora.

Para tanto, é preciso voltar nossa compreensão para o conceito de educação e a importância de afeto, bem como retroceder um olhar sobre o Estatuto – lei protetora e ordenadora dos direitos fundamentais e medidas de proteção das crianças e dos adolescentes, e relacionar a importância desses direitos e garantias legais – inclusive processuais e procedimentais, com o que entendemos por um adequado e saudável desenvolvimento emocional e solidário das crianças e adolescentes do nosso país.

2. ECA e o Direito à Educação

“As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”.

Carlos Drummond de Andrade

Desde a sua criação, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶ – ECA é uma lei à frente de seu tempo e, inegavelmente, marco referencial legal, no Brasil, em termos de legislação destinada à proteção da infância e da adolescência que influencia sobremaneira as práticas educativas e as políticas públicas destinadas à educação das crianças⁷ e dos adolescentes⁸.

O ECA em seus 267 artigos⁹ dispõe e garante os direitos e deveres da cidadania às crianças e adolescentes, determinado ainda a responsabilidade dessa garantia aos setores que compõem a sociedade: família, escola, comunidade e Estado.

Ao longo dos seus artigos o ECA discorre sobre os direitos fundamentais do direito à vida, ao respeito e à dignidade, aos direitos e às políticas referentes à saúde, à guarda, à tutela, à adoção, à cultura, ao esporte, ao lazer, à proteção do trabalho, bem como questões afetas a crianças e adolescentes autores de atos infracionais.

Além disso, no capítulo VI, em especial nos artigos 53 a 59, o ECA trata do “Direito à Educação”. Dispõe-se, por exemplo, no art. 53, que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da

⁶BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (ECA) Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, e retificada em 27 set. 1990.

⁷Conforme dispõe o ECA, no seu artigo 2º, considera-se *criança*, para efeitos da lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos.

⁸Conforme dispõe o ECA, no seu artigo 2º, *in fine*, considera-se *adolescente* a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

⁹Nesse sentido, vejam-se, especialmente, as obras de autoria de CURY, Munir. (Coord.) Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Ainda, a obra de ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010 e de LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros, 2008.

cidadania e qualificação para o trabalho. Para tanto, asseguram-se às crianças e adolescentes: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o direito de ser respeitado por seus educadores; o direito de contestar critérios avaliativos.

Nesse sentido, aliás, o ECA assegura o direito de recorrer às instâncias escolares superiores; inclusive, conferindo o direito ao devido processo legal em caso de expulsão da escola; também, direito de organização e participação em entidades estudantis; e acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

O ECA determina que seja direito dos pais, ou responsáveis, ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Oportuno lembrar, entretanto, no art. 55, que os pais têm obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, e acompanhar a sua frequência e aproveitamento escolar, sob pena de serem aplicadas medidas aos seus genitores ou responsáveis, conforme reza o artigo 129, do mesmo Estatuto protetor.

Por outro lado, impõe-se ao Estado, dentre outras, a obrigação e o dever de assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. (cf. artigo 54 do ECA).

Determina-se, ainda, ao Estado, a obrigação de oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; atendimento no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar; transporte; alimentação e assistência à saúde, tudo conforme dispõe o artigo 54, incisos I a VI, e seus respectivos parágrafos, do ECA.

Ocorre que, desde a sua promulgação em 1990, até hoje, é preciso considerar a distância entre os seus preceitos e a realidade concreta.

Há quem diga, por exemplo, que o ECA é uma lei “*utópica e inaplicável*”. Por outro lado, há quem entenda, a exemplo de D. Luciano Mendes de Almeida¹⁰ que o respeito à lei contribui para a “*modificação da mentalidade na sociedade brasileira, habituada, infelizmente, a se omitir diante das injustiças de que são vítimas crianças e adolescentes*”, e que o ECA, “*fará com que a opressão e o abandono dêem lugar a justiça, à solidariedade e ao amor*”.

Por isso mesmo, entendemos que não se trata de dois mundos diferentes e irreconciliáveis. Pois, como diria o Desembargador e “*Juiz das Crianças*” Dr. Siro Darlan de Oliveira¹¹, ao consagrar tal incompatibilidade – (a lei *versus* realidade), “*estariamos tacitamente admitindo que as crianças e adolescentes brasileiros sejam menos e têm menos direitos do que os de outros países, em que são priorizados, cuidados e respeitados*”.

Tomando pelo avesso o argumento da lei “*quimérica*”, diríamos que aí justamente reside a grande força do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja: foi de estabelecer um marco, a partir do qual o desrespeito aos direitos que ele descreve torna-se ilegal, e, portanto, intolerável.

Assim, a negligência, os maus-tratos¹² e o abandono que atingem nossas crianças e adolescentes devem ser caracterizados como crime, e, sejam quais forem os seus agentes, punidos.

¹⁰ Apud CURY, Munir. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 8.

¹¹ OLIVEIRA, Siro Darlan de. **Crônicas do Juiz das Crianças**: direitos & deveres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. xxiii.

¹² Registre-se aqui definição de *maus-tratos* que é fornecida pelo artigo 136 do Código Penal brasileiro: “*exposição a perigo de vida ou saúde de pessoa sob a autoridade, guarda ou vigilância de alguém, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia de alguém, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina*”. Além disso, entendemos por maus-tratos os castigos imoderados do genitor ou do tutor, que levam à perda do pátrio poder, em consonância com o artigo 1.638, inciso I do Código Civil. Nesse sentido, a lei não pode tolerar a falta de moderação, a ignorância, a estupidéz, a brutalidade.

Na maioria das vezes, contudo, há que se observar a necessidade imprescindível de apoio, ao invés da aplicação pura e simples da lei, ou seja, da punição.

É preciso um meio mais justo e adequado de operá-la, consoante os contextos e a realidade. Pois, muitas vezes, é por total falta e abandono do Poder Público que as famílias acabam sem condições de criar e educar bem suas crianças. Nesse sentido, a obrigação de encaminhamento dos genitores e responsáveis, de orientação e apoio, inclusive psicológico, àqueles que descumprem suas obrigações legais de ter sob sua guarda, educar e sustentar os filhos¹³.

O encaminhamento dos pais para cursos na difícil tarefa de educar seus filhos, com planejamento familiar, conscientização dos perigos do uso do álcool e das demais drogas, de conscientização à necessidade do respeito à dignidade das pessoas que convivem e convivem sob o mesmo teto, inclusive com apoio de políticas voltadas para saúde e para a sexualidade responsável e sadia.

No Brasil, constata-se também o despreparo dos agentes do Direito¹⁴ ao se depararem com as novas questões de Direito de Família, sobre os quais os Códigos se omitem, mas a sociedade aguarda resposta. Constata-se, ainda, uma sociedade despreparada para o exercício do poder familiar, uma sociedade fragmentada, sobretudo, no gozo e exercício dos seus direitos educacionais, afetada pela desigualdade, criando níveis muito diferenciados nas relações sociais.

Para piorar o quadro desse despreparo, percebe-se, sobretudo, a ausência de educação, de cuidados, de amor, de afeto.

¹³Especialmente, nesse sentido, reportamo-nos à obra coordenada pela advogada e psicóloga, Dra. Beatrice Marinho Paulo. **Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

¹⁴Adota-se, aqui, a expressão *agente do Direito* e não *operador do Direito*, pois se entende, na esteira do pensamento de Paulo Lopo Saraiva, que *operador* seria um termo apto a identificar quem trabalha com máquinas. Segundo o professor Lopo Saraiva, “quem trabalha com máquinas não é operador, é agente, pois não apenas o manipula como também o transforma, por meio de sua ação.” *Apud* SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002. (Prefácio de Gabriel Chalita).

Se tomarmos, por exemplo, o momento do processo adotivo, das crianças que são adotadas já com idade avançada – as maiores de três anos, descobriremos com mais clareza a importância da ternura na condução de seu processo educativo. Elas já têm uma história vivida com outros vínculos ou, muitas vezes, sem as oportunidades de ligações de afeto satisfatórias como fundamento de sua personalidade.

Se, por um lado, o dever de criar implica a obrigação de garantir o bem estar físico dos filhos, proporcionando-lhes sustento, resguardando-lhes a saúde, e garantindo-lhes o necessário para a sobrevivência¹⁵, por outro lado, entendemos que o dever de educar implica não somente atender as necessidades intelectuais e morais das crianças e adolescentes, transmitir e possibilitar conhecimentos, propiciando-lhes a oportunidade de desenvolver suas capacidades, mas, sobretudo, despertar valores.

Desse modo, habilitam-se os filhos, as crianças e os adolescentes para o enfrentamento dos desafios do dia a dia, conferindo-lhes, portanto, sentido à vida.

O que exige, certamente, a sensibilidade de quem educa, ou melhor, uma pedagogia da ternura¹⁶ e do afeto – que é o encaminhamento correto do ser humano que a educa e também o esperado pela criança.

Esse quadro se agrava, também, com a ausência de políticas públicas focadas nas crianças e adolescentes e nos jovens¹⁷.

Na esfera do Direito, por exemplo, as políticas públicas¹⁸ inserem-se na esfera do

¹⁵Conforme entendimento esposado por José Antonio de Paula Santos Neto, na obra de sua autoria **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 108.

¹⁶Por *ternura* entendemos uma forma amorosa de amar, pois quem a encontra começa a palmilhar o caminho da sabedoria na convivência pedagógica com as crianças, com os adolescentes, enfim com as pessoas. Nesse sentido, reportamo-nos, especialmente, à obra de Luiz Schettini Filho. **Pedagogia da ternura**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

¹⁷Registre-se que a Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, introduziu no art. 277 do texto constitucional a expressão *jovem*, junto com as expressões *criança* e *adolescente*. Previu, além disso, a criação de um estatuto do jovem, ratificando a tendência de se criarem microsistemas a amparar faixas etárias vulneráveis, merecedoras de uma tutela maior da sociedade e do Estado.

Direito Constitucional porque consistem na atuação do Estado para implementar escolhas políticas que são feitas, em sua maioria, pelo Poder Legislativo.

Ocorre que, infelizmente, o que se constata é que as políticas públicas, no Brasil, voltadas para as crianças e os adolescentes, na área da educação, apresentam orçamentos diminutos, são insuficientes, ineficazes e descontínuas e, dessa maneira, criminosas.

Apesar da Lei protetora, constata-se, ainda, a ausência de inclusão social e habitacional e de posturas educativas para o desenvolvimento de cidadania, especialmente para aquelas crianças e adolescentes que pedem esmolas nas ruas, em razão de impossibilidade de acesso à escola, lazer e cultura, evasão escolar, ou ainda as que praticam delitos contra o patrimônio porque têm fome de alimentos e de justiça.

Sem contar com a indulgência e a permissividade do Estado, da sociedade e da família: com o trabalho infantil – seja no campo e nas cidades; com o consentimento e a existência de crianças e de jovens a perambular, a mendigar, a prostituir-se; a se drogar nas ruas; frente aos vergonhosos índices de educação; com a permissividade e a indiferença da violência praticada nas escolas.

Além disso, a violência silenciosa, cotidiana e sistematicamente praticada contra as crianças e adolescentes, no seio das próprias famílias, em total desrespeito aos seus direitos mais humanos e fundamentais.

Agride-se o ser humano não somente subtraindo-lhe o que de direito lhe pertence, negando-lhe os nutrientes indispensáveis à vida: reconhecimento, respeito, educação, amor, afeto.

Ora, o conjunto de problemas que enfrentamos é complexo. Exige novas reflexões e experiências. E o Poder Judiciário não deve analisar o problema das relações conflituosas do ECA apenas sob o enfoque

jurídico, restringindo-se à perspectiva Positivista.

Há necessidade de alargarmos a mentalidade no trato dessas questões. Embasarmos o nosso agir e o refletir em outras áreas do saber, não somente à Psicologia, mas, sobretudo, na Educação para os sentimentos, para o afeto.

3. Educação e a Importância do Afeto e sua Relação com o ECA.

“Somente o amor é capaz de quebrar paradigmas, barreiras e ranços. É o amor que nos envolve e nos move”.

Gabriel Chalita

Cumpre-nos, inicialmente, apresentar um conceito de Educação esboçado em trabalho¹⁹, em que é considerada como:

Uma das atividades mais elementares do homem: ela se inscreve no princípio fundador e formador do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade. Esse sentido indica que a educação é um princípio universal, descrito como fundamento antropológico que liga o indivíduo à sua espécie, à sociedade, à linguagem e à cultura. Movimento esse que designa um processo que vincula um sujeito ao seu meio ambiente, a um sistema de sociedade, de cultura e de valores, onde tomam lugar, muito especial as instituições de ensino (LINHARES, 2010, p. 59).

O conceito de educação é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando.

É preciso apresentar aqui uma distinção conceitual entre os termos *educação*, *ensino* e *instrução* já que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB²⁰

¹⁸Do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro *políticas públicas* são instrumentos de ação do Estado; em especial do Executivo e do Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir dividir etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins do Estado Democrático de Direito, passíveis de reexame de mérito pelo Poder Judiciário.

¹⁹ LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino Jurídico: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de direito**. São Paulo: Iglu, 2010. p. 59.

²⁰BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Diário Oficial da União**, nº 248, 23 dez. 1996.

emprega os termos de maneira equivocada, usando inclusive no texto normativo ora a denominação “Ensino Superior”, ora “Educação Superior”.

Isso dá azo a uma imprecisão terminológica do ponto de vista filosófico, visto que a restrição ontológica do termo *ensino* (derivado do latim *insignare*), que significa *instrução* ou *ação de ensinar*, em detrimento do termo *educação*, do latim *educatio*, empregado para indicar ação de desenvolver, integralmente, todas as faculdades dos indivíduos, sejam elas intelectuais, morais, emocionais, físicas, estéticas, culturais ou sociais, resgatando, portanto, a noção clássica de *Paidéia*.

Para Platão, por exemplo, o debate sobre a educação liga-se à própria evolução cultural da cidade, bem como, e principalmente, à formação integral e autonômica do homem, ou seja, sua metáfora como *Paidéia*.

Segundo Platão²¹, a autêntica *Paidéia* é a formação do homem para sua totalidade e autonomia, na sua “*arete*” total.

O termo *Paidéia*²² (*παιδεία*) pode ser empregado, modernamente, para designar: civilização, cultura, tradição, literatura ou educação. Entretanto, nenhum destes significados coincide com o que os gregos entendiam por *Paidéia*²³, para eles um atributo da educação para valentia, para prudência, para a justiça. Por sua vez, o termo *arete*²⁴ designa toda a excelência própria de uma coisa, em todas as ordens de realidade e em todos os seus domínios, inclusive dos sentimentos.

Em *Leis*, Platão lembra que a cultura pessoal, que une a educação dada por um Estado e a conduta de cada um, advém aos

melhores homens “como o primeiro dos privilégios”²⁵.

A educação transforma-se, assim, em um verdadeiro projeto coletivo na sociedade grega, entre vida pessoal e vida coletiva.

A *Paidéia*, portanto, é mais do que educação ministrada somente nas escolas, é mais do que mera organização social: é um ideal comum que deve se realizar na cidade.

A palavra educação designa o processo global da sociedade pelo qual a pessoa, o indivíduo e a coletividade social aprendem a assegurar conscientemente, no interior da comunidade nacional e internacional e, em seu benefício, o desenvolvimento integral da sua personalidade, das suas capacidades, das suas atitudes, das suas aptidões e do seu saber, dos seus sentimentos.

Este processo não se limita, contudo, a ações específicas de ensino e aprendizagem.

A educação configura-se um conceito mais amplo, engloba, assim, a instrução e o ensino, pois estes últimos visam nomeadamente à transmissão de conhecimentos e a formação intelectual. Porém, uma educação sem aprendizagem, sem afeto, é também vazia de sentido.

O ideal seria, no entanto, que “*um homem tivesse 100% de educação e 100% de instrução; que fosse mestre em ciência e mestre da consciência*”²⁶.

A dicotomia em que se opõe a educação, propriamente dita, de um lado, instrução e, de outro, educação, tem origem na educação grega.

Conforme aponta Regina Maria Fonseca Muniz²⁷:

Nas cidades-estado, ou polis, cada uma delas exercida por um docente específico. Cabia ao pedagogo a educação no âmbito do lar, onde convivia com as crianças e os adultos, iniciando-se nos valores da polis, cuja preocupação primordial era a formação do caráter. A função do pedagogo era considerada de caráter vital para o desenvolvimento da integridade

²¹PLATÃO. *Leis*: incluindo *Epinomis*. Bauru: EDIPRO, 1999, 630 C8; 630 E.

²²Neste sentido, o estudo do significado da palavra que serve de título à obra é magistralmente trabalhado por Werner Jaeger, que conduz à revelação de seu conteúdo. JAEGER, Werner. *Paidéia*: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³Cícero preferiu traduzir o termo *παιδεία* para o latim, usando o termo “*humanitas*”. Apud MARROU, Henri-Irénée. *História da educação na Antigüidade*. São Paulo: EPU, 1990. p.159.

²⁴Ainda segundo Werner Jaeger, “o conceito de *arete* esteve desde o início estreitamente vinculado à questão educativa”. JAEGER, Werner. Op. cit., p. 335.

²⁵PLATÃO. *Leis*: incluindo *Epinomis*. Bauru: EDIPRO, 1999. p. I, 662 b.

²⁶RODHEN, Huberto. *Educação do homem integral*. 2. ed. São Paulo: Alvorada, 1979. p. 46.

²⁷MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8-9.

moral do educando. Por outro, o professor era quem simplesmente instruía, ensinava conhecimentos básicos de matemática, escrita, etc. cujo papel era considerado secundário (MUNIZ, 2002, p. 8-9).

dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondem ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual (PIAGET, 1973, p. 40).

A educação – como direito de todos²⁸, portanto, não deve se limitar a assegurar às crianças e aos adolescentes somente a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo.

Além disso, o processo educacional deve ter por finalidade: qualificar o educando para o trabalho; prepará-lo para o exercício da cidadania, pois o acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

Nesse sentido, aponta Dalmo de Abreu Dallari²⁹, quando diz que preparar para a cidadania:

Não é, apenas, dar informação sobre os cargos eletivos a serem disputados e sobre os candidatos a ocupá-los, mas também informar e despertar a consciência sobre o valor da pessoa humana, suas características essenciais, sua necessidade de convivência e a obrigação de respeitar a dignidade de todos os seres humanos, independentemente de sua condição social ou de atributos pessoais (DALLARI, 2004, p. 42).

Segundo Piaget³⁰:

A educação como direito de todos, portanto, não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. A rigor, deve garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição

Entendemos assim, que a educação deve abranger as crianças e os adolescentes, o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade; o ensino fundamental, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria; o ensino médio e o ensino em seus níveis mais elevados, e também aqueles relacionados à pesquisa e à educação artística, aos sentimentos, pois o direito à educação é um direito subjetivo da criança e do adolescente, devendo ser garantido pelo Estado.

Sob a perspectiva legal, pode-se afirmar que o direito à educação, disposto, como se encontra no ECA, a partir dos artigos 53, guarda simetria com o estabelecido no art. 227, da CF de 1988; amplia seu significado, sem ferir a lei maior e, portanto, traz – do ponto de vista legislativo, conquistas básicas do Estado Democrático de Direito em favor das crianças e da juventude para o interior da escola.

Do ponto de vista normativo, a educação é um dos direitos fundamentais garantidos expressamente pela Constituição Federal de 1988, que dedicou o espaço compreendido entre os artigos 205 e 214 para cuidar de seus detalhes.

O nosso ordenamento jurídico interno, em especial, a Constituição de 1988, determina que a educação, um direito fundamental, é direito público subjetivo, nos termos do artigo 205 e 208, § 1º.

Não há dúvida de que, no Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionalmente tutelados não chegam a ser implementados, deixando à margem centenas de brasileiros, especialmente, os mais vulneráveis – ou seja, nossas crianças e adolescentes que necessitam da proteção integral adotada pelo ECA, os quais não conseguem ter seus direitos mínimos de cidadania assegurados.

É preciso frisar, contudo, que a Educação não é um fim em si mesma; é,

²⁸O artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe: “Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109).

²⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, José Sérgio. (Org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 19-42.

³⁰PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

sobretudo, um Direito Fundamental³¹ e, portanto, instrumento-chave para mudar valores, comportamentos e estilos de vida.

Trata-se de direito de todos e que deve ser providenciado pelo Estado e pela família, contando, entretanto, com a colaboração de toda a sociedade, e tem como objetivo principal o pleno desenvolvimento do homem, ou seja, na sua totalidade espiritual, racional e sentimental, tornando-o capaz para o exercício da cidadania e apto para o trabalho.

Ora, se a educação é direito fundamental, a proteção e a efetivação desse direito das crianças e dos adolescentes, também o são.

Saliente-se que a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a educação é uma garantia fundamental e um direito social. Assim, aponta o art. 6º da Constituição de 1988³²:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2010, p. 24, grifos nossos).

Cabe lembrar que, entre os direitos sociais, o direito à educação assume características ainda mais especiais, já que a CF de 1988 o definiu como dever do Estado.

Outra situação que também o caracteriza de forma especial, em meio aos demais direitos sociais: o Estado tem o dever e a obrigação jurídica de oferecer e manter o ensino público obrigatório e gratuito, sendo certo que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Registre-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) ratifica o

ensino como direito público subjetivo e legítima o Ministério Público para sua defesa.

Como adverte Edivaldo Boaventura³³ (1997, p. 37): *ao lado do direito à educação deve estar a obrigação de educar*. Assim, os direitos sociais impõem-se aos governantes como imperativo categórico, independentemente de abundância ou não de recursos. Os direitos sociais são instrumentos fundamentais para que as crianças e adolescentes possam se realizar como ser humano.

Sob a perspectiva crítica, entendemos, no entanto, que a Educação, oferecida na escola, para crianças e adolescentes, e lastrada, essencialmente, nos paradigmas de uma prática de educação bancária, expressão criada por Paulo Freire³⁴, apresenta como único objetivo transmitir conhecimento, reproduzir informações de maneira compartimentada; torna-se ineficaz, abstrata.

Com efeito, sob a perspectiva restritiva, o método de ensino aplicado atualmente nas escolas, às crianças, adolescentes e jovens, é da educação bancária, é o da aula expositiva, em forma de apresentação oral, de preleção.

Paradigma do qual não comungamos, cujo modelo de avaliação escolar baseia-se na cobrança daquilo que foi “depositado” no aluno através das provas e exames. A relação das crianças e dos alunos com o professor fundamenta-se, nesse sentido, numa relação de autoridade, ao invés do diálogo.

Em sentido filosófico, o paradigma defendido por nós é da educação fundamentada na perspectiva conscientizadora, cujo objetivo é a construção do conhecimento, o adequado relacionamento da teoria com a prática; a reflexão crítica daquilo que foi construído, fundamentado numa relação interpessoal.

Um paradigma educacional, substancialmente voltado para o diálogo, o debate, a crítica, cujo método de avaliação é baseado na solução de problemas e na autoavaliação.

³¹Veja-se, nesse sentido: LINHARES, Mônica Tereza Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, p. 149-161, maio 2007.

³²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 24.

³³BOAVENTURA, Edivaldo. *A educação brasileira e o Direito*: conforme lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

³⁴FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1996. p. 67-69, 71.

Sobretudo, fundamentado na educação com afeto, com troca de experiências significativas para as crianças e adolescentes.

Como diz apropriadamente o educador Gabriel Chalita³⁵ “o ato de educar só se dá com afeto, só se completa com amor”.

Ou, ainda, conforme afirma Luiz Schettini Filho³⁶:

A educação sem afeto, o olhar sem ternura é uma ameaça de destruição. A palavra embebida de acidez é a negação da ação pedagógica dita educativa e recuperadora. O ouvir com desdém ou sem entusiasmo afetivo é a rejeição da humanidade do outro (SCHETTINI, 2010, p. 57.).

O afeto, como bem diz Comte-Sponville (2007, p. 101) é “a verdade de cada um”.

Lévinas³⁷ assevera também que:

A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome do que se chama amor ao próximo, caridade, amor em que o momento ético domina o momento o momento passional (LÉVINAS, 2005, p. 143).

Ainda, citamos o posicionamento da professora Tânia da Silva Pereira³⁸ que afirma:

Todo ser humano, desde a sua infância, tem sua reserva afetiva, o que faz relacionar-se com outras pessoas. Sobretudo, a criança e o jovem precisam receber afeto para se tornarem seres humanos integrais. No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo no seu grupo de amizades, apelar aos seus sentimentos é, muitas vezes, mais convincente que apelar por argumentos racionais (PEREIRA, 2008, p. 37).

³⁵ CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. **Educação: a solução está no afeto**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2001. p. 11.

³⁶ SCHETTINI FILHO, Luiz. **Pedagogia da ternura**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 57.

³⁷ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 143.

³⁸ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (orgs.). **O cuidado como valor jurídico**. São Paulo: Forense, 2008. p. 37.

Porém, entendemos que a manifestação do afeto não atingirá seu intento se percorrer apenas a via da palavra. Pois, conforme a expressão bíblica³⁹: “O nosso amor não deve ser somente de palavras e de conversa. Deve ser um amor verdadeiro, que se mostra por meio de ações” (I Jo 3:17).

No processo educativo, as ações amorosas são carícias que acalmam as dores alheias, já que o amor, como nos ensina Gabriel Chalita⁴⁰, “é capaz de quebrar paradigmas, barreiras e ranços. É o amor que nos envolve e nos move”.

Na educação, exige-se a presença e presença no contexto afetivo. Não devemos ter medo de expressar nenhum afeto da forma como o sentimos, desde que seja verdadeiro.

É por isso que se a criança, o adolescente, o jovem – enfim, as *peças* têm dificuldades nas aquisições escolares, as responsabilidades são amplas: inclui aluno, professor, escola, comunidade, família, método, técnica, conteúdo curricular programático, mas, sobretudo presença “afetivo-pedagógica”.

Não podemos esquecer que maus-tratos, negligência, opressão, abuso sexual, são também a negação do respeito, do cuidado, da ternura, do afeto, no dia a dia, da convivência com aqueles que devemos educar para a vida.

A ação educativa deve cultivar os valores e o respeito aos direitos fundamentais, pois é preciso priorizar, nas relações humanas de educação, o cuidado e o afeto com as nossas crianças e nossos adolescentes.

4. Considerações Finais

Carecemos de uma pedagogia da educação com afeto e ternura que conduza, de maneira adequada, aos processos de formação socioeducativa de crianças, adolescentes e jovens.

É preciso relacionar-se à efetividade dos direitos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que são fundamentais, dentro de

³⁹ BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus Editora, 2006.

⁴⁰ Nesse sentido, reportamo-nos mais uma vez à primorosa obra de CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. **Educação: a solução está no afeto**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2001.

pedagogia voltada para a Educação, com mais ternura e afeto.

Agir com afeto é respeitar a singularidade da criança, do adolescente. É respeitar a pessoa humana que educamos.

Agir com afeto é respeitar a verdade de cada ser humano.

Assim, a ação pedagógica, em cumprimento com as disposições educacionais do ECA, em relação as nossas crianças e adolescentes deve ser sempre afetiva. Devemos concluir, ainda, que, no processo educativo, seja na escola, no grupo familiar, ou na comunidade, não ensinamos a alunos, mas a pessoas no seu contexto de singularidades de cada indivíduo.

O ideal é que a educação, bem como as políticas voltadas à ação educativa, das crianças e dos adolescentes devem priorizar, de maneira especial, o afeto e a ternura pedagógica, como instrumento de valorização da pessoa, tendo em vista o exercício e o preparo para a cidadania.

O ideal de uma educação dialógica, com afeto, que se empenhe em formar e aprimorar a conduta das crianças, dos adolescentes e dos jovens, de forma que esta venha a ser fundada no respeito aos princípios fundamentais da ética, do cuidado e, portanto, da dignidade do ser humano.

A ausência de educação com afeto faz das nossas crianças tristes e revoltadas, tornando-as indisciplinadas ou ainda incapazes de agir com serenidade.

Tratados com afeto, a criança e o adolescente certamente responderão afetuosamente. O afeto certamente servirá de amparo e estímulo, ajudando-os a suportar e enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo em que lhes propiciará ânimo para o relacionamento pacífico, solidário e harmonioso.

Conclui-se, além disso, pela urgente e imprescindível intervenção governamental, com a definição e implementação de políticas de inclusão educacional, focadas especialmente nesse segmento vulnerável – crianças e adolescentes, que necessitam de proteção integral de seus direitos, para diminuir as desvantagens a elas impostas e distribuir oportunidades com equidade e restaurando, assim, a igualdade substancial que deve reger as relações entre as pessoas.

A partir daí, sem se ater a um referencial apenas teórico e político, mas sim aos sentimentos afeitos à solidariedade; à dedicação; à tolerância; à responsabilidade e à paciência; à educação com o cuidado e acolhimento.

Sobretudo, com afeto, convocando-se para essa sagrada missão de educar não somente a família, mas também a comunidade e os agentes do Direito, a praticá-la, com especial cuidado, zelo e amor, na convivência com nossas crianças, adolescentes e jovens.

Por tudo isso, nossas conclusões caminham aqui para dar uma singela contribuição aos agentes do direito; advogados; promotores de justiça; magistrados; aos professores; psicólogos; assistentes sociais; que atuam na justiça da infância e juventude; e tantos outros que têm, como missão especial, cuidar do outro.

O cuidado na educação, com afeto, das crianças e adolescentes, deve ser, portanto, incorporado no cotidiano e no tratamento dessas questões do ECA e nas respectivas decisões judiciais sobre o tema.

Proteger, portanto, integralmente, e de coração, com educação e afeto, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente é dever de todos nós.

REFERÊNCIAS

- BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Paulus Editora, 2006.
- _____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 dez. 1996.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (ECA) Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, e retificada em 27 set. 1990.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299.
- BOAVENTURA, Edivaldo. **A educação brasileira e o Direito: conforme lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do Direito**. Lisboa: Piaget, 2002. p. 69.
- CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Educação: a solução está no afeto**. 2. ed. São Paulo: Gente, 2001.
- _____. Heurística e Direito. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo. (Org.). **Hermenêutica plural**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233.
- COMTE-SPONVILLE, André. **A vida humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CURY, Munir. (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, José Sérgio. (Org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 19-42.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1996. p. 67-69, 71.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.
- JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LINHARES, Mônica Tereza Mansur. **Ensino Jurídico: educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de direito**. São Paulo: Iglu, 2010.
- _____. O direito à educação como direito humano fundamental. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, p. 149-161, maio 2007.
- MARROU, Henri-Irénée. **História da educação na Antigüidade**. São Paulo: EPU, 1990. p.159.
- MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8-9.
- OLIVEIRA, Siro Darlan de. **Crônicas do Juiz das Crianças: direitos & deveres**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- PLATÃO. **Leis: incluindo Epinomis**. Tradução de Dalmo de Abreu Dallari. Bauru: EDIPRO, 1999.
- PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Orgs.). **O cuidado como valor jurídico**. São Paulo: Forense, 2008.
- PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.
- RODHEN, Huberto. **Educação do homem integral**. 2. ed. São Paulo: Alvorada, 1979. p. 46.
- SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicamp, 2002. (Prefácio de Gabriel Chalita).
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 108.
- SCHETTINI FILHO, Luiz. **Pedagogia da ternura**. Petrópolis: RJ, Vozes, 2010.

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

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

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Idem, ibidem.

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

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

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

2. Conceito

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem, p. 610.

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

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

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

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

3. Liberdades Públicas

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

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

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

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

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

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

¹¹ Idem, p.611)

¹² idem, ibidem.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ Os Direitos da Personalidade.

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

¹⁶ Idem, p. 31.

¹⁷ Ob. cit., p. 611.

¹⁸ Os Direitos da Personalidade.

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

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

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

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

4. Direito à Liberdade

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Idem, p. 612.

²¹ Liberdade de Reunião.

²² Os Direitos da Personalidade

²³ Idem.

²⁴ Os Direitos da Personalidade.

²⁵ O Direito Geral de Personalidade.

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

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

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

5. Características

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

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

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

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

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

6. Classificação

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

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

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

²⁶ O Direito Geral de Personalidade.

²⁷ Idem.

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

²⁹ Os Direitos da Personalidade.

³⁰ O Direito Geral da Personalidade.

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

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

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

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

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

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

7. Conclusão

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a relação conflituosa entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e prestação adequada e clara de serviços especificamente no caso da lei que proibiu a distribuição gratuita de sacolas plásticas em supermercados no Estado de São Paulo. Em tese os direitos fundamentais dispostos na Constituição devem se harmonizar de modo que sua aplicação e operacionalidade sejam simultâneas a fim de conferir a melhor proteção possível. No entanto, em algumas situações específicas percebe-se claramente a dificuldade enfrentada pelo legislador no cumprimento desta tarefa.

Palavras-chave: Constituição. Meio-Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Direito do Consumidor. Proibição de Sacolas Plásticas.

ABSTRACT

The present research analyze the confrontational relationship between the right to ecologically balanced environment and the right to suitable services, especially in the case of the law which has forbidden the free plastics bags distribution from markets in São Paulo state. In theory, the basic constitutional rights should be applied at the same time in a way to incorporate the best protection as possible. Nevertheless, in any specific situations, it is possible realize clearly how hard is to the lawmakers accomplish this assignment.

Keywords: Constitution. Ecologically Balanced. Environment. Consumers Law. Prohibition of Plastics Bags.

* Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito; Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU; Advogado em São Paulo.

1. Introdução

A presente pesquisa tem por objeto investigar a relação de conflito entre direitos fundamentais notadamente entre o direito do consumidor a uma adequada prestação de serviço na entrega de mercadorias e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no caso da lei que proibiu o fornecimento de sacolas plásticas em supermercados no Estado de São Paulo.

Primeiramente analisando os aspectos dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. São os direitos fundamentais a pedra de toque de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, analisa-se os aspectos do direito ambiental. A definição do conceito legal de meio ambiente, sua fundamentação constitucional e suas implicações como direito fundamental da pessoa humana.

O mesmo se fará depois com o direito do consumidor. A dupla natureza do direito do consumidor como direito fundamental da pessoa humana e princípio da ordem econômica e considerações acerca da natureza jurídica do Código de Defesa do Consumidor.

Após a contextualização básica, se ingressará no mérito da questão acerca do conflito, ou aparente conflito entre prestação adequada de fornecimento de produtos em estabelecimentos de supermercados e proteção ambiental, com a introdução da Lei 15.374/2011, a qual proibiu a distribuição de sacolas plásticas em todo Estado de São Paulo.

2. Considerações acerca da Constituição quanto aos Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 é um marco histórico na vida do país, pois além de ter refletido os anseios sociais de abertura política após longo período de ditadura militar, contemplou direitos fundamentais de três gerações, garantindo-se então aos cidadãos brasileiros, bem como aos estrangeiros aqui residentes uma ampla proteção jurídica. Coube a Constituição Federal de 1988 a tarefa de positivizar no ordenamento jurídico os direitos fundamentais, atribuindo-lhes uma tutela mais

sólida e dinâmica, erigindo-os inclusive como parte de um núcleo de normas inaboliáveis, intangíveis e irrevogáveis, mesmo por emenda constitucional, conforme artigo 60, §4º, IV. Assim, os direitos fundamentais são marcados pela universalidade, indivisibilidade e interdependência com os demais direitos.

Houve portanto, uma inovação legislativa ao conferir aos direitos fundamentais proteção constitucional. Os direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais e ambientais estão estritamente ligados à dignidade da pessoa humana e à cidadania que são fundamentos do Estado Democrático consoante artigo 1º da Constituição Federal. Dignidade e cidadania são fundamentos que servem como princípios maiores¹ na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. E se é fundamento isto significa dizer que a existência do Estado deve estar vinculada ao respeito da dignidade da pessoa humana, como valor básico, principal, pois é fundamento “porque constitui num valor supremo, num valor fundante da República, do País, da Democracia e do Direito”².

Releva notar contudo, que a Constituição Federal não se limita a estabelecer proteção apenas àqueles direitos nela expressamente previstos, mas igualmente permite a recepção de direitos oriundos do regime e princípios por ela adotados, bem como decorrentes de tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário. A proteção foi a mais ampla possível de modo a contemplar direitos fundamentais de todas as espécies, a fim de conferir integralidade da proteção a esfera dos cidadãos.

3. Direito Ambiental

Dentre os direitos fundamentais, interessa aqui dois: O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental relativo ao consumidor. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se

¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2 ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.25

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.92.

previsto tanto no artigo 225, assim como no artigo 170, VI da Constituição Federal. Trata-se tanto de direito fundamental como princípio regulador da ordem econômica. O conceito de meio ambiente, para fins legais, encontra-se definido na lei 6.938/1981 em seu artigo 3º segundo o qual é “o conjunto de condições, leis influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É inegável que a qualidade do meio ambiente afeta direta ou indiretamente a vida de todos, determinando de certo modo a viabilização de todos os demais direitos. Sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o próprio direito à vida ficaria comprometido em sua extensão protetiva mais ampla.

Assim, as normas de proteção ambiental visam garantir o equilíbrio ecológico em função da sadia qualidade de vida indispensável ao exercício de todos os demais direitos. Daí tratá-lo como direito fundamental da pessoa humana, pois “a construção prática do Direito Ambiental demonstra que este, em grande medida, é fruto da luta dos cidadãos por uma nova forma e qualidade de vida”³. Assim, o legislador compreendeu a questão ambiental em sua relação mais estrita com o desenvolvimento do homem e suas relações entre si, de modo a reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito difuso pertencente a todos e impassível de ser apropriado por alguém. O homem não é apenas um ente social, mas antes de tudo é um ser integrante do meio natural, dentro de condições estritamente condicionadas, e portanto, sua relação com o meio em que vive deve ser a mais salubre possível. Cuida-se na realidade de uma projeção do direito à vida humana, pois a qualidade do meio ambiente condiciona o desenvolvimento da própria vida.

A perspectiva do direito ambiental como direito fundamental “visa a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade

do meio ambiente em função da qualidade de vida”.⁴

4. Direito do Consumidor

Não menos relevante é o direito do consumidor. O direito do consumidor, assim como o direito ambiental, possui uma dupla face sob a perspectiva constitucional: é ao mesmo tempo direito individual da pessoa humana, conforme artigo 5º, XXXII e também princípio da ordem econômica, segundo artigo 170, V. A contemplação do direito do consumidor como direito fundamental justifica-se no fato de que é no âmbito do mercado de consumo em que as pessoas satisfazem suas necessidades vitais. É no âmbito do mercado que as pessoas, na qualidade de consumidoras se alimentam, se vestem, se locomovem e se orientam para o desenvolvimento próprio. O mercado de consumo não é apenas um espaço destinado à aquisição de produtos e serviço, mas um espaço de realizações, bem como um espaço vital, pois é nele que as pessoas encontram bens essenciais à sua vida. É exatamente por essa razão que a tutela do consumidor ganha contornos de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. As normas que eventualmente não estiverem em consonância com a proteção dos direitos do consumidor não podem ser concebidas em nosso ordenamento a princípio. Sendo o fundamento constitucional, a proteção do consumidor vincula todas as legislações infraconstitucionais.

A Constituição Federal traçou o padrão da ordem econômica, regulando a intervenção do Estado na seara das relações privadas. Ademais, cumpre enaltecer que a massificação da produção e a impessoalidade das contratações acentuou a polarização dos conflitos de interesse entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, de modo que a relação ficasse extremamente pendente em favor dos segundos em detrimento dos primeiros. Era evidente que os problemas decorrentes da massificação dos contratos já não poderiam ser solucionados no âmbito da responsabilidade civil tradicional. A

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58

sistemática precedente era demasiada inflexível quanto às bases regulatórias dos contratos. Era preciso um mecanismo jurídico mais completo e abrangente de modo a consolidar a proteção da parte mais fraca, vulnerável da relação jurídica, qual seja, o consumidor. Erigir a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental exige que o sistema infraconstitucional implemente a maximização dos valores jurídicos mais importantes de acordo com as potencialidades fático-jurídicas.

A Constituição Federal impõe a concretização da defesa do consumidor no âmbito das relações jurídicas privadas, exigindo do operador do direito o esforço no sentido de conferir efetividade a proteção prevista. A instituição da proteção do consumidor no comando normativo de maior peso significou o rompimento de concepções clássicas desgastadas e desconectadas com a realidade. A constitucionalização do direito do consumidor implicou o posicionamento de destaque do consumidor no epicentro da dinâmica dos mercados na medida em que se tornou referência para a coordenação de políticas públicas orientadas para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do país. Não se pretende com isso afirmar que constitucionalização da defesa do consumidor no âmbito das relações jurídicas de consumo corresponde a uma panaceia jurídica na solução de todos os problemas sociais oriundos de uma sociedade estruturalmente desigual, mas certamente corresponde a um instrumento de segurança jurídica, garantindo às pessoas em geral uma margem significativa de confiança na economia e nos mercados.

Assim sendo, consoante orientação da própria Constituição o legislador, elaborou o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990. Trata-se de um verdadeiro microsistema de caráter principiológico. “A edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do sistema constitucional brasileiro ainda pouco explorado pela teoria do Direito”⁵. O Código de Defesa do Consumidor absorveu o

comando normativo constitucional, inserindo-se no ordenamento em uma perspectiva superior. É microsistema porque abarca normas de naturezas distintas na proteção do consumidor e possui natureza principiológica porque se impõe aos demais comandos normativos, independentemente da relação jurídica toda vez que houver identificação de um consumidor. É um microsistema porque busca o tanto quanto possível, a regulação completa das relações de consumo, com normas civis, empresariais, administrativas, penais, entre outras, e igualmente por possuir instrumentos próprios de preenchimento de lacunas.⁶ Desta forma, o legislador preveniu-se no sentido de evitar que o advento de qualquer norma específica regulando determinada pusesse abaixo todo o arcabouço normativo direcionado à proteção do consumidor nas relações de consumo.

5. Da Relação de Conflito entre Fornecimento Adequado de Produto e Proteção Ambiental

Em consonância com a proteção dispensada ao meio ambiente pela Carta Magna, a Lei 15.374/2011, em seu artigo 1º proíbe expressamente a distribuição gratuita ou onerosa de sacolas plásticas por estabelecimentos comerciais aos seus consumidores, bem como obriga-os a afixar placas informativa com os dizeres: “Poupe recursos naturais! Use sacolas reutilizáveis”. Não são poucas as razões para a imposição desta medida, pois as sacolas plásticas, embora práticas, representam um grande dano ecológico. Somente para ter dimensão do problema ambiental, algumas considerações são importantes: uma sacola plástica leva cerca de 300 anos para se decompor na natureza; acarreta graves problemas quando jogadas em mares, rios ou cachoeiras; gera a morte de muitos animais, sobretudo marinhos, pois eles facilmente acabam por confundir as sacolas com alimentos; quando queimadas são altamente poluentes pois são produzidas a base

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.65

⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosas Maria de Andrade. *Leis Civis Comentadas: atualizado até 20 de julho de 2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

de polietileno; dificultam a decomposição do lixo, entopem ralos, bueiros e córregos gerando transtornos como enchentes. Não são poucos os males causados pelo acúmulo de sacolas plásticas adquiridas em estabelecimentos comerciais.

De outra feita, no que diz respeito aos direitos do consumidor, o sistema de proteção contempla a boa-fé objetiva. Nas relações de consumo, impera o princípio máximo do respeito ao consumidor por parte de todos aqueles que participem da cadeia de fornecimento. A boa-fé se constitui como uma conduta clara, honesta, leal e proba. O princípio da boa-fé por sua vez possui um duplo aspecto ou faceta: Há a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira refere-se ao aspecto psicológico da boa-fé. Como bem explica Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, age como boa-fé subjetiva “aquele que em um estado de consciência tal, que ignora estar prejudicando um interesse alheio tutelado pelo direito”⁷. Já o conceito de boa-fé objetiva se relaciona com um padrão ético de comportamento. Não basta esperar do fornecedor apenas a boa-fé subjetiva, ou seja, que sua conduta perante o consumidor seja apenas de alguém que fornece um produto sem nenhuma intenção de causar-lhe prejuízo. Isto inviabilizaria as relações de consumo. É exatamente por essa razão que existe a boa-fé objetiva, para obrigá-lo a se empenhar de forma ética e responsável a realizar as disposições contratuais pactuadas. O princípio da boa-fé objetiva relaciona-se com o próprio objetivo do microsistema do Código de Defesa do Consumidor quanto à harmonização dos interesses dos participantes, bem como a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, conforme artigo 4º, III. Trata-se consoante o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça consubstanciado na Jornada III, 168 do “reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo de uma obrigação”. Ao fornecedor não é o bastante entregar um produto ou uma prestação ao consumidor, mas atender às justas expectativas em torno do produto ou serviço

adquirido. Conforme define Cláudia Lima Marques:

“[...] significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”⁸.

Cuida-se de um parâmetro de comportamento exigido legalmente por força de ordem pública. A boa-fé objetiva igualmente possui um duplo aspecto, pois não apenas se trata da exigência de uma conduta leal, proba e honesta, mas também diz respeito à exigência de empenho da parte em cumprir as disposições contratuais pela qual se obrigou. Assim, no caso em tela, não basta ao estabelecimento comercial disponibilizar as mercadorias em suas prateleiras, é preciso disponibilizar os meios para que o consumidor as leve para casa. A entrega gratuita de sacolas plásticas não é uma mera questão de luxo ou de “favor” do fornecedor, mas sim uma obrigação decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Trata-se da exigência legal dos consumidores em relação aos estabelecimentos para que disponibilizem meios de embalar as mercadorias adquiridas. Quando se adquire um produto ou vários produtos, o mínimo que se pode esperar é que o estabelecimento forneça a pessoa sacolas ou outro meio prático para que ela leve os produtos. Obviamente que vender sacolas, a princípio é ilegal, pois o fornecimento de meios para o transporte de mercadorias é obrigação que se impõe ao fornecedor e não ao consumidor.

Assim tem-se o conflito. Não se pode dizer que a lei 15.374/2011 é inconstitucional, pois está em plena consonância com os dispositivos referentes à proteção dispensada

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5 ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 480

⁸ MARQUES. Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

ao meio ambiente, conforme os artigos citados. Trata-se de um conflito entre normas de proteção ambiental e normas de proteção ao consumidor, mais especificamente entre normas constitucionais fundamentais. Já se viu que o direito ambiental é uma projeção do direito à vida, pois esta depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, demonstrou-se claramente que as sacolas não são nenhum luxo, mas decorrem do princípio da boa-fé objetiva do fornecedor.

Cumprе enaltecer que a questão aqui não é discutir se há meios tecnológicos para se contornar o problema das sacolas. Ora, se há sacolas feitas de material biodegradável ou não é outra questão. O problema das sacolas em si, aparentemente é de fácil solução, bastando impor aos estabelecimentos o uso de sacolas de outro material. A questão de fundo aqui é saber em que medida as disposições constitucionais estão em plena consonância entre si para realização de um modelo pleno de defesa do meio ambiente e do consumidor. A questão é saber se quando os modelos de proteção estabelecidos na Constituição Federal entram em choque, qual a melhor solução a ser adotada.

Há aqui duas tutelas constitucionais em jogo: A tutela do consumidor e a tutela do meio ambiente. As duas são constitucionais. Há dois grandes blocos de normas constitucionais definidoras dos parâmetros ideais de proteção de dois bens jurídicos distintos que se entrecrocaram em algumas ocasiões.

A positivação constitucional de direitos fundamentais de forma ampla e irrestrita tornou-se paradigmática nos Estados Democráticos modernos como forma de assegurar solidez de todo sistema de proteção à pessoa humana. A normatividade constitucional vincula e consolida todo o arcabouço de normas que formam o ordenamento jurídico. São os direitos fundamentais que conferem sustentabilidade ao conjunto de normas infraconstitucionais. A constitucionalização dos direitos fundamentais teve por escopo a vinculação das normas infraconstitucionais de modo a garantir a coerência de todo sistema em direção à proteção da pessoa humana.

A análise do conflito entre os modelos constitucionais de proteção ambiental e do consumidor obviamente não se restringe ao estudo do caso das sacolas plásticas, mas pode atingir proporções muito maiores e impactos de significância social muito mais acentuada. Contudo, é relevante notar que é no contexto da normatividade constitucional que o problema dos conflitos entre direitos fundamentais surge, impondo-se ao intérprete uma nova forma de conceber os direitos a partir da redefinição do raciocínio fora dos parâmetros clássicos, pois uma vez que se procurou dar máxima proteção jurídica dentro de uma norma com mesmo efeito vinculante, certos conflitos seriam inevitáveis. Os direitos colidem porque são todos de mesmo valor e concebidos de uma só vez.

É exatamente essa a razão pela qual a necessidade de uma reestruturação flexível do pensamento se impõe de modo a permitir a coexistência de direitos fundamentais com a mesma força vinculante no mesmo contexto normativo, pois não se poderia conceber um sistema normativo cuja interpretação conduzisse a sua autodestruição. Em contexto comum de tensão entre normas, costuma-se aplicar três critérios básicos: hierarquia, novidade e especialidade. A norma que é hierarquicamente superior define o fundamento da que é inferior. Já o segundo se refere à lei posterior. A lei nova, se de mesma hierarquia, revoga as disposições da lei antiga. Presume-se que a novidade é dotada de maior perfeição, daí a regra instituída. O terceiro refere-se à lei especial. Presume-se que a lei especial por tratar especificamente uma determinada matéria seja mais adequada, mais válida que a norma geral.

Contudo, não é o caso em questão, pois conforme já mencionado o Código de Defesa do Consumidor é norma de fundamento constitucional de caráter principiológico, aplicável sempre em que houver um consumidor na relação jurídica independentemente da especificidade da matéria. Assim, não se poderia alegar a especialidade da matéria ambiental para afastar as disposições do Código de Defesa do Consumidor. As soluções tradicionais de técnicas de hermenêutica apresentam-se imprestáveis no caso em tela.

Os conflitos entre direitos fundamentais não podem ser solucionados na seara da validade. Não se trata aqui de nulificar um direito em favor de outro. Não há relação de condicionalidade recíproca. O direito do consumidor não determina o campo de validade do direito ambiental e nem o direito ambiental determina o do consumidor. Ambos são tutelados constitucionalmente, incorporam-se igualmente na legislação infraconstitucional e possuem a mesma força vinculante. Existe uma colisão entre os referidos direitos fundamentais, mesmo após a definição dos campos de aplicação das normas no caso concreto. No caso, o direito fundamental do consumidor interfere diretamente no âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inevitavelmente os direitos fundamentais acima referidos se colidem entre si por competirem na pretensão de alcançar valores diametralmente opostos. Um visa à boa prestação e a conservação de produtos em seu transporte, o outro a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É a complexidade das relações jurídico-sociais e as transformações delas decorrentes fizeram emergir novos problemas de efetivação dos direitos fundamentais. Os conflitos de direitos fundamentais nascem a partir da pretensão a um enfoque abrangente destes direitos.

Assim sendo, cumpre analisar as circunstâncias específicas do caso, afastando total ou parcialmente uma norma. O legislador ou o magistrado ao decidir, devem levar em conta as circunstâncias e o contexto da norma. Não se trata aqui de avaliar qual dos direitos fundamentais é mais importante, mas qual a situação mais importante. Tampouco a solução encontra-se no âmbito do texto normativo, pois sua análise é incapaz de determinar o âmbito de proteção de ambos os direitos.

Se é verdade que os direitos fundamentais estão norteados para o cumprimento de certos ideais ou valores positivados na Constituição Federal, é preciso ponderar estes valores ou ideais e encontrar no caso concreto aquele que está sendo mais ameaçado e não o mais importante, já que não existe hierarquia ou escalas de valores em se tratando de direitos fundamentais.

Isto significa dizer que a definição do âmbito de proteção circunstancial de determinado direito fundamental pode muitas vezes implicar não a eliminação, mas a restrição de outro. Nesse sentido, explica Gilmar Mendes:

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em conflito com eventual restrição a esse direito.⁹

Desta forma, no caso em tela preferiu o legislador, dada a gravidade das circunstâncias, ampliar o âmbito de incidência da proteção ambiental em detrimento de certas restrições aos direitos do consumidor. A praticidade e comodidade das sacolas plásticas foram sacrificadas em prol da aplicação de um direito fundamental, cujas circunstâncias se apresentam mais urgentes e mais graves.

As circunstâncias do âmbito de incidência ambiental se apresentam mais graves, mais urgentes, mais danosas a que as circunstâncias relativas à comodidade e praticidade dos consumidores. É relevante notar que a ponderação das circunstâncias implica a busca de soluções sem transtornos sistêmicos, ou seja, sem abalos para a amplitude do sistema de proteção aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal. Identifica-se as normas em conflito, avalia-se a gravidade das circunstâncias, para ao final realizar-se o sopesamento a fim de definir a situação que deve prevalecer, sem que isso implique revogação ou declaração de nulidade de um direito. A integridade sistêmica é garantida porque nenhum dos dois direitos fundamentais desaparece. Não houve esvaziamento dos respectivos conteúdos essenciais a eles inerentes. Apenas reconhece-

⁹MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212

se que determinada circunstância exigiu maior incidência de um direito fundamental. É a consistência da justificação que irá determinar se a ponderação está em consonância com o sistema constitucional como um todo.

Essa ponderação de circunstâncias por sua vez, exige o respeito máximo ao princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade tem por escopo o alcance da adequação e da necessidade no caso concreto. Aplicar regras com proporcionalidade implica não ser desproporcional ou excessivo, buscar a justa medida. É a avaliação das circunstâncias que deve ser encarada a partir de uma perspectiva de integração harmônica dos direitos fundamentais. Isto significa que há um limite, há uma proibição de excessos na restrição de direitos fundamentais. São justamente os graus de gravidade das circunstâncias que devem ser sopesados de modo a se verificar a adequação e a necessidade da restrição. Os fundamentos que justificam a restrição de um direito fundamental devem ser intensos o suficiente de modo a dar maior amplitude ao outro que lhe é contraposto. A coerência sistêmica é sempre um fator essencial na construção de uma solução na qual direitos colidentes incidem. Trata-se de uma justa medida de adequação entre os direitos conflitantes. Na proporcionalidade “há a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas”.¹⁰ Desta forma, pelo princípio da proporcionalidade, “os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹¹.

Assim, a ponderação entre as circunstâncias se faz mediante a avaliação valorativa e finalística no caso de colidência entre direitos fundamentais. O sopesamento acima referido deve ser feito por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. A partir da verificação da colidência, deve-se avaliar aquele que, pelas circunstâncias do

caso concreto, se mostre mais adequado, mais consonante com os fins determinados pela Constituição Federal. E não apenas isso, pois é necessário que a escolha da decisão não implique dano sistêmico, isto é, não ameace o sistema de proteção jurídica da aplicação conjunta dos direitos fundamentais. Não se pode exceder-se para além dos limites do estritamente necessário.

Convém aclarar que o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa em nossa Constituição, mas sua aplicação decorre dos conceitos, princípios e valores por ela adotados. O princípio da proporcionalidade decorre da própria Constituição Federal, embora ela não faça previsão expressa.

Por derradeiro, releva anotar que a aplicação da proporcionalidade deve guardar consonância com os princípios e valores máximos instituídos na Constituição Federal, especialmente com aqueles que representam alicerces do Estado Democrático de Direito, tais como cidadania e dignidade da pessoa humana, os quais representam valores máximos e exatamente por essa razão consideram-se como preenchidos a priori.

6. Conclusão

A colisão entre direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental do consumidor à prestação adequada e segura quando do fornecimento de produtos em estabelecimentos comerciais e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevenindo-se contra os danos causados pela presença de sacolas plásticas no ecossistema decorre da amplitude dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

No campo dos direitos fundamentais, os conflitos ou colisões não podem ser resolvidos no campo da validade, mas da ponderação axiológico-finalística de forma proporcional. Isto significa que: 1) Ao se identificar um foco de tensão entre direitos fundamentais não se pode fazer escolhas a esmo sem considerar as possibilidades de abalos sistêmicos ao conjunto de proteções; 2) Não há que se escolher entre o direito mais relevante, pois em se tratando de direitos fundamentais não há hierarquia ou escala de valores; 3) A avaliação

¹⁰ BARROS, Suzana de Vidal Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.76.

¹¹ CANOTILHO, J J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134.

deve ser da circunstância, dando-se preferência àquela que se apresentar mais urgente, como no caso acima em que os danos ambientais são preponderantes sobre a comodidade e praticidade do consumidor; 4) A escolha da circunstância deve ser proporcional, ou seja, pautar-se pela adequação da medida no caso concreto, bem como pela necessidade de escolha.

Primeiramente, há que se avaliar a dimensão da colisão ou conflito de interesses entre direitos fundamentais e a circunstância a qual impede a aplicação simultânea dos direitos fundamentais. Em seguida, avaliar o âmbito de incidência protetiva dos direitos em conflito. Em seguida, uma vez verificada a existência de colisão e a impossibilidade de aplicação conjunta dos direitos em questão, avaliar valorativamente as circunstâncias mais relevantes para a escolha daquele em favor do qual se concederá maior efetividade.

A partir da decisão da escolha, passa-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Sopesam-se os valores pela justa medida, ou seja, a necessidade e adequação dos valores e

finalidades. Sempre em consonância com os princípios constitucionais.

E finalmente, toma-se cautela de se assegurar que a escolha está em consonância com a cidadania e a dignidade da pessoa humana de forma a não gerar desequilíbrio sistêmico.

Parece que no caso da proibição das sacolas plásticas, o legislador cumpriu as etapas acima descritas de modo que não há, a primeira vista, que se falar em inconstitucionalidades ou arbitrariedades, pois todos os valores foram devidamente sopesados de forma equilibrada. A preferência pela circunstância ambiental parece estar em plena consonância com os princípios e valores máximos da Constituição Federal, porque tal circunstância se apresenta em um âmbito protetivo de maior amplitude, abrangência, e principalmente porque essa escolha não significou a revogação do sistema de proteção ao consumidor, não houve abalos críticos ao sistema de proteção aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- CANOTILHO, J J Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- MARQUES. Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Os *Direitos Individuais e suas Limitações*”: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 5 ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.
- _____. **Leis Civis Comentadas**: atualizado até 20 de julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 2 ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.