

FMU DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA

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

Ano 23, n. 31, 2009

FMU
COMPLEXO EDUCACIONAL

REVISTA FMU DIREITO

Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das
Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU
Ano 23, n. 31, 2009

Diretor da Revista:

Prof. Edevaldo Alves da Silva

Editor Responsável:

Jorge Shiguemitsu Fujita

Conselho Científico:

Antonio Carlos Morato
Liliana Minardi Paesani
Paulo Adib Casseb
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Rodrigo da Cunha Lima Freire
Ronaldo Alves de Andrade

Comissão Editorial:

Ana Elizabeth Lapa Wanderlei
Cavalcanti
Augusto Tavares Rosa Marcacini
Carlos Frederico Zimmermann Neto
Cauê Hagio Nogueira de Lima
Flávio Alberto Gonçalves Galvão
Ilene Patricia de Noronha Najjarian
Irineu Francisco Barreto Junior
Juliana de Camargo Maltinti
Marco Antonio Barbosa
Marcus Paulo Rycembel Boeira
Mônica Linhares
Pedro Monticelli
Renata Giovanoni Di Mauro
Regina Célia Martinez

Editoração Eletrônica:

Mônica Violim

Conselho Editorial:

Adalberto Simão Filho (FMU)
André Ramos Tavares (PUC/SP)
Celso Pacheco Fiorillo (FMU)
Celso Lafer (USP)
Charles D. Cole (Samford University,
Birmingham, Alabama, EUA)
Edson Elias Alves da Silva (FMU)
Eduardo Elias Alves da Silva (FMU)
Evanir Ferreira Castilho (FMU –
TJM/SP)
Gilmar Ferreira Mendes (STF)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS)
Ives Gandra da Silva Martins
(Mackenzie – FMU)
João Maurício Adeodato (Maurício de
Nassau)
José Cretella Junior (USP)
José Rogério Cruz e Tucci (USP)
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
(UFRN)
Marco Antonio Marques da Silva
(PUC/SP)
Marco Aurélio Mendes de Faria Mello
(STF – UniCEUB)
Oscarlino Moeller (FMU)
Paulo José da Costa Junior (FMU)
Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari
(USP – FMU)
Pedro Franco de Campos (FMU –
MP/SP)
Pedro Henrique Távora Niess (FMU –
MPF/Brasília)
Roberto Zanotti (Università L.U.M.S.A.
– Roma, Itália)
Roberto Senise Lisboa (FMU – MP/SP)
Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende
(FMU – TJ/SP)
Roberto Antonio Vallim Bellochi
Yves Dolais (Université D'Angers,
França)

SUMÁRIO

<u>EDITORIAL</u>	5
<u>ARTIGOS</u>	
REVISÃO CRIMINAL DE SENTENÇA CONDENATÓRIA ASSENTADA EM PROVA FRACA..... Amauri Renó do Prado	6
CIDADANIA GLOBALIZADA: ALTERIDADE E TOLERÂNCIA..... Antonio Fernando Costa Pires Filho	11
A PROPRIEDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL..... Antonio Riccitelli	21
DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO..... Christiane de Fátima Aparecida De Sicco Irineu Francisco Barreto Jr	35
O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO E A LEI 11.445/07: CORTE DE ÁGUA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... Cintia Barudi Lopes Morano	49
A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO..... Daniella D’Arco Garbossa Luiz Henrique Sigolo Levy	59
TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO..... Enio Luiz Rossetto	66
DO MONITORAMENTO DE E-MAILS DOS EMPREGADOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS ATIVOS IMATERIAIS DO EMPRESÁRIO..... Frederico Antonio Oliveira de Rezende	83
A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO..... Nivaldo Sebastião Vícola	91
<u>ENSAIOS</u>	
MEIO AMBIENTE E SAÚDE: A DEFESA DA VIDA..... Evanir Ferreira Castilho	102

EDITORIAL

A presente edição da *Revista FMU Direito* inaugura uma nova fase em sua tradicional caminhada dentro do meio acadêmico brasileiro: a fase eletrônica, que se tornou uma exigência natural decorrente das constantes transformações havidas na atual sociedade da informação, na qual os juristas e os operadores do direito em geral procuram obter, com velocidade cada vez maior, soluções para os casos em concreto que, a cada instante, surgem no horizonte social.

Certamente, a finalidade almejada pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU é continuar o seu empenho na divulgação dos conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem o patrimônio da humanidade, comunicando o saber por intermédio do ensino, das publicações ou de outras formas de comunicação.

A FMU tem plena consciência de sua missão de incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia, assim como da criação e difusão da cultura, desenvolvendo o entendimento do homem e do meio em que ele vive.

E essa é a razão que move a *Revista FMU Direito* a ter, a partir deste ano de 2009, duas edições semestrais, e não apenas uma anual, com a publicação de artigos, resenhas, jurisprudência comentada e ensaios sempre inéditos relativos às diferentes áreas do Direito, abrangendo os mais diversificados âmbitos jurídicos e teóricos da comunidade científica, tão bem representada por grandes expoentes do Direito no Brasil, muitos dos quais pertencentes ao corpo docente da FMU, assim como pela participação de brilhantes componentes de seu corpo discente, os quais mantêm sempre acesa a chama do nosso futuro promissor.

PROF. DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
Editor Responsável

RESUMO

Visando a aceção e a natureza jurídica da Revisão Criminal, o objetivo deste trabalho é discutir, teoricamente, os fundamentos do pedido revisional e os aspectos fáticos e jurídicos da condenação, estabelecer os limites conceituais da expressão “evidência dos autos”, abordar a abrangência da expressão “prova nova”, que não significa, necessariamente, aquela descoberta após a sentença condenatória transitada em julgado, culminando na fixação de critérios teóricos e nas suas repercussões práticas, que permitam o exame da prova para saber se a sentença condenatória que se pretende rescindir, encontra apoio no conjunto probatório e não em qualquer elemento de prova, sob o fundamento de que o princípio maior da revisão é a reparação do erro judiciário.

ABSTRACT

Seeking the meaning and legal character of the Criminal Review, the purpose of this work is to discuss theoretically the fundamentals of revisional application and the Sentence's factual and legal aspects of the expression ‘new evidence’ which does not necessarily means that the conclusion after the sentence has become final, giving the setting of weighted theories and their practical impact, enabling the examination of evidence as to whether the sentence it intends to terminate, finds support in the set of evidences and not on single evidence itself, on the grounds that the greatest principle of review is the compensation for miscarriage of justice.

1. INTRODUÇÃO

Na perspectiva que se pretende adotar neste estudo, a acepção da expressão “revisão criminal” há de ser buscada, visando diferenciá-la da ação rescisória cível, não raro confundida na legislação e na doutrina.

A natureza jurídica da revisão criminal tem sido objeto de controvérsias. Alguns a entendem como recurso *sui generis*, outros de que se trata de um recurso excepcional, cabível contra a decisão transitada em julgado e terceiros, ainda, de que se trata de uma ação penal, já que o pedido revisional instaura uma relação jurídico processual contra a sentença com trânsito em julgado, visando à desconstituição da decisão condenatória.

Estabelecidos o conceito e a natureza jurídica da revisão criminal, será possível discutir, teoricamente, os fundamentos do pedido revisional e os aspectos fáticos e jurídicos da condenação assentada em prova fraca, levando-se em conta o princípio maior da rescisória penal, estabelecido constitucionalmente, no sentido de que o Estado tem o dever de indenizar o condenado por erro judiciário.

2. DESENVOLVIMENTO

A revisão criminal é uma ação de competência originária dos tribunais que tem por finalidade a desconstituição de sentença ou acórdão transitado em julgado no que for desfavorável ao acusado.

Instituída no Brasil em 11 de novembro de 1890, através do Decreto n. 847, veio substituir o antigo recurso de revista, que tinha lugar nos casos de manifesta nulidade e injustiça notória das sentenças.

As Constituições Federais de 1891 e de 1934 deferiram o conhecimento da revisão criminal ao Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1937, por sua vez, estendeu a competência para o julgamento aos Tribunais de Justiça, o que foi mantido pela atual Constituição.

O Código de Processo Penal a regulou no capítulo dos recursos, determinando que seja admitida nos processos findos, isto é, quando se tratar de condenação penal transitada em julgado, cuja comprovação é

obrigatória, sob pena de ser liminarmente indeferida.

A natureza jurídica da revisão tem sido objeto de controvérsias. Alguns doutos a entendem como recurso *sui generis* – misto de ação e recurso, mais de ação rescisória do que recurso, tendo cabimento contra sentença irrecorrível.

Outros, de que se trata de um recurso excepcional, cabível contra a decisão transitada em julgado. Para esses, a revisão é uma forma de demonstrar o inconformismo com a decisão judicial proferida, até porque está inserida no capítulo de recursos, na conceituação da norma processual.

Parte da doutrina entende, ainda, que a revisão criminal é uma ação penal – posição que predomina atualmente, já que com o pedido revisional se instaura relação jurídica processual contra a sentença com trânsito em julgado, visando à desconstituição da decisão condenatória.

Analisando a questão, Pontes de Miranda ensina que o “que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro do mesma relação processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças, portanto remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual. A impugnativa, em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra seu cabo, é por fora, como o ataque de outra unidade àquele de que faz parte o cabo. O soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se de reabertura extraordinária da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebra essa muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a casa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói a sentença) e reocupa-se a casa”.¹

¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória**, São Paulo, Forense, 5ª edição, 1976, p. 172

A revisão criminal é, pois, uma ação penal autônoma, de caráter constitutivo, que visa corrigir o erro judiciário advindo da imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado.

O dissenso sobre a natureza jurídica da revisão gera, na prática forense, terminologias diferenciadas. Para os que entendem tratar-se de verdadeira ação, a revisão será deferida ou indeferida, em lugar de dar ou negar provimento, se considerada como recurso.

O artigo 621 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses em que é cabível a revisão criminal. O primeiro fundamento, em que se admite a revisão dos processos findos, se dá “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos” (inciso I).

Só é cabível revisão criminal de sentença ou acórdão desfavorável ao réu, não existindo no direito pátrio a revisão *pro societate*. E decisão desfavorável ao réu é tanto a sentença condenatória como a absolutória imprópria que, apesar de absolver, impõe medida de segurança, encerrando um juízo condenatório ao reconhecer a existência do crime e da autoria atribuída ao inimputável.

A contrariedade tanto pode ser de lei penal, como alude o dispositivo, como também de lei processual penal ou de dispositivo constitucional, e deve ser expressa, frontal, não comportando revisão, segundo doutrina majoritária e jurisprudência dominante, a vulneração indireta e reflexa, advinda de mera interpretação prejudicial à pretensão absolutória do réu.

O tribunal pode e deve examinar em profundidade os aspectos fáticos e jurídicos que fundamentaram a condenação, para corrigir a injustiça apontada pelo peticionário. “O reconhecimento de uma nulidade absoluta do processo, de uma causa de extinção da punibilidade como a prescrição, por exemplo, ou a conclusão de que não havia qualquer elemento de imputação suficiente a embasar o decreto condenatório podem ser tidos como decisão contrária ao texto expresso de lei”.²

² PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. **Manual de Processo Penal – Conhecimento e execução penal**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 421.

Evidência dos autos significa a clareza exclusiva de qualquer dúvida, por forma a demonstrar de modo incontestável a certeza do que emerge dos autos em favor do condenado. É contrária à evidência dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos de prova constantes dos autos, ou seja, aquela decisão proferida em aberta afronta aos elementos de convicção existentes no processo.

Se coexistirem duas versões e a sentença se inclinou por uma delas, não cabe dizer que a decisão foi contrária à evidência dos autos.

E a decisão condenatória fundamentada em apenas um único elemento de prova, contraria a evidência dos autos?

Não, necessariamente, pois já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “há decisão contrária à evidência dos autos quando esta não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo”.³

O juiz goza de plenos poderes para livremente valorar a prova, amparado pelo princípio do livre convencimento, em busca da verdade real. Não existindo no processo penal hierarquia de provas, não pode o tribunal em grau de revisão exercer injustificável controle da prestação jurisdicional exaurido na instância ordinária.

Pode, inclusive, a sentença condenatória assentar em prova insuficiente ou fraca, nem por isso se poderá dizer que foi contrária à evidência dos autos.

A jurisprudência mais liberal, entretanto, vem ampliando o conceito que se tem da expressão “evidência dos autos”, permitindo o exame da prova para saber se a decisão encontrou apoio no conjunto probatório e não em qualquer elemento de prova, sob o argumento de que o princípio maior da revisão é a reparação do erro judiciário.

Admite-se também o ingresso do peticionário no juízo revisional com fundamento em nulidade absoluta do processo, como decorre do art. 626 do Código de Processo Penal. A jurisprudência assim o tem entendido, visto que as nulidades viciam o julgamento, tirando da sentença sua força e autoridade (RT 534/407, 545/382, 593/368 etc.).

³ RTJ 85/278.

O segundo fundamento, em que se admite a revisão dos processos findos, se dá “quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos” (art. 621, II, CPP).

A decisão que tenha por fundamento prova falsa, não pode subsistir. É necessário, entretanto, que a sentença condenatória tenha levado em conta o depoimento ou a prova pericial ou documental, que se demonstrou a falsidade, como fundamento da decisão revidenda, ou seja, que a prova falsa tenha sido a razão de decidir.

A prova frágil ou precária, como a simples falta de fundamentação de laudo pericial, ou, ainda que mentiroso um testemunho ou falsa uma perícia, se existirem outros elementos a autorizar a condenação, não viabiliza a revisão criminal.

Há controvérsia a respeito do aspecto jurídico em que se deva apresentar a prova havida e provada como falsa. Uns exigem certidão de condenação com trânsito em julgado do autor do perjúrio ou da falsificação. Outros admitem que a falsidade seja demonstrada por qualquer meio de prova, como, p. ex., documento público atestando que a testemunha estava presa em outro local quando afirmou ter visto o crime, outro exame pericial nos documentos, etc.⁴

Se o julgamento derivar de revisão criminal de condenação proveniente do Júri, considerada a decisão popular com base em prova fraca, deve o Tribunal de Justiça deferir a ação para submeter o peticionário a novo julgamento pelo Tribunal Popular ou, simplesmente, absolvê-lo?

Há quem entenda que “se a nova ordem constitucional protege os direitos individuais, em face do princípio da igualdade e do acesso de todos os litigantes ao contraditório e à ampla defesa, assegura a ampla acusação e promove à inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput e inciso LV, da Constituição da República), condição de gozo de todos os demais direitos, estabelecendo a soberania do Tribunal do Júri e, com isto, vedando que o condenado por este, via revisional, possa ser exculpado, sem oportunidade de o Ministério Público renovar a acusação perante o juízo

constitucionalmente competente. Já que inexistente a revisão criminal em favor da sociedade, razoável a interpretação que implique nova oportunidade à promoção da justiça diante dos pares do ofensor⁵

Nos tribunais, contudo, não há dissenso. A desconstituição do julgado expendido pelo Tribunal do Júri tem sido admitida em grau de revisão criminal sem que isso implique em limitação ao princípio da soberania do júri (art. 5º, XXXVIII, c, da CF). Em face de outro princípio constitucional, o da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a soberania dos veredictos não pode servir de pretexto para manter injustas condenações e perpetuar o erro judiciário.

E se frágil for a prova nova?

É o terceiro fundamento previsto no artigo 621, do Código de processo Penal: “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial da pena”.

Prova nova não significa, necessariamente, aquela descoberta após a sentença. Pode existir no processo, mas relegada pela desídia do acusado ou de seu defensor. O essencial é que seja oferecida e debatida pela primeira vez no juízo revisional.

As provas supervenientes de inocência ou de circunstância favorável ao condenado podem ser produzidas em qualquer processo judicial (não se permite depoimento extrajudicial), utilizando-se de todos os meios legais permitidos. O mais comum é a utilização pelo condenado do processo de justificação judicial, uma verdadeira ação penal cautelar preparatória prevista no ordenamento processual civil, mas admitida no juízo criminal.

A justificação deve ser processada perante o juízo da condenação, ou seja, na mesma vara por onde correu o processo que resultou na condenação do peticionário. Para obedecer ao contraditório legal, conta com a participação do Ministério Público que poderá fazer perguntas às testemunhas e requerer dili-

⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. São Paulo, Revista Justitia do Ministério Público, 1995, p. 24

gências. Durante a ação revisional, perante o tribunal, não se admite a produção de provas.

É incumbência do autor da revisão o ônus da prova necessário àquela desconstituição. Se não o faz, permanece íntegra a decisão que se combate, podendo o pedido ser liminarmente indeferido pelo relator, se não estiver suficientemente instruído.

No âmbito da revisão criminal, só quando o réu condenado demonstra cabalmente a sua inocência, ou revelam as provas dúvida invencível sobre a sua culpabilidade, o pedido de absolvição pode ser atendido.

Aqui, ao contrário do que ocorre nas hipóteses anteriores, deve-se aplicar o princípio “*in dubio pro societate*”. O réu condenado que busca a revisão não será beneficiado, pois é de sua incumbência o ônus da prova necessário e suficiente àquela desconstituição. Se não o faz, permanece íntegra a decisão que se combate.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo primeiro fundamento em que se admite a revisão dos processos findos e fixados os limites conceituais da expressão “evidência dos autos”, os critérios tanto do ponto de vista teórico como nas suas repercussões práticas, permite através do exame da prova saber se a sentença revidenda encontra ou não apoio no conjunto probatório.

Pelo segundo fundamento, em que se admite a revisão dos processos findos, fica evidenciado que a decisão baseada em prova falsa não pode subsistir. É necessário, entretanto, que a prova falsa tenha sido a razão de decidir, vez que a frágil ou precária falta de fundamentação de laudo pericial, ou do testemunho mentiroso, ou da falsa perícia, são hipóteses que inviabilizariam a revisão criminal.

Pelo terceiro e último fundamento, se for frágil a prova nova, permanece íntegra a decisão combatida em grau de revisão.

É incumbência do autor da ação revisional o ônus da prova necessária à desconstituição da coisa julgada, medida essencial para por paradeiro ao eterno inconformismo dos condenados, sempre sequiosos da liberdade e que, com ações infundadas ou baseadas em frágeis indícios de prova, prejudicam o exame de casos relevantes. Não se pode esquecer que a revisão não é uma nova apelação.

REFERÊNCIAS

- FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Da Restauração e Eficácia de Alguns Princípios da Revisão Criminal**, Revista dos Tribunais, vol. Nº 402, pág. 15.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, São Paulo, Malheiros, 1992.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória**, São Paulo, Forense, 5ª edição, 1976.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. São Paulo, Revista Justitia do Ministério Público, 1995.
- PRADO, Amauri Renó do. **Processo e Execução penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. **Manual de Processo Penal – Conhecimento e execução penal**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RESUMO

A cidadania pode ser eficaz mecanismo de controle do poder, dando ao indivíduo a possibilidade de participar dos afazeres do Estado. Através do voto livre e democrático, o cidadão pode escolher rumos mais sociais, proteger e fazer valer a dignidade humana para os menos favorecidos, ou seja, aqueles que ainda não participam do processo de globalização.

Vale notar que somos um Estado Democrático e Social de Direito, de ordens e regras, que objetiva o bem comum, regendo-se pelo princípio da Justiça: o Brasil de hoje é um Estado temperado, contendo traços neoliberais e outros nitidamente sociais, embora a globalização, infelizmente, ainda não se estenda a todos os cidadãos.

Palavras-chave: : cidadania – voto – democracia – neoliberalismo – globalização.

ABSTRACT

Citizenship can be an effective mechanism of power control by the people, allowing the individual the prospect of participating in the State's affairs. Through the free and democratic vote, the citizen may choose better social courses, protect and make the human dignity respected especially for those not yet included in the Globalization process.

Important to note that we are a Democratic Social State, with order, rules and regulations which aim the common welfare, abiding the principles of Justice: Brazil, currently, is a moderate State containing neoliberal traces as well as clearly social ones, although unfortunately Globalization has not yet reached all of its citizens.

Keywords: citizenship – vote – democracy – neoliberalism – globalization.

*Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UniFMU/SP e UNIP/SP, Especialista em Formação de Professores, Especialista em Direito Tributário e Mestre em Direito pela UniFMU/SP.

1. CIDADANIA

Anteriormente à atual CF de 1988, o conceito de "cidadania" era muito restrito. Significava apenas "aquele que podia votar e ser votado". Em outras palavras, significava apenas aquele podia "eleger e ser eleito".

Hoje o vocábulo tem outro significado, muito mais amplo. Hoje, cidadania, "ser cidadão", do latim "civitas" (cidade), significa ser livre na cidade, ou seja, ser livre no país para participar da vida estatal desta cidade/país. Cidadania, pois, significa a possibilidade do indivíduo participar dos afazeres do Estado. O conceito ficou mais amplo e abarca, também, a possibilidade de votar e ser votado, que constituem os direitos políticos consubstanciados no art. 14, CF.

Segundo Hannah Arendt¹, cidadania, modernamente, é o "direito de ter direitos".

Vê-se, daí, que tanto por um conceito quanto pelo outro, o estrangeiro jamais pode ser cidadão brasileiro, pois não vota nem pode ser votado e, pelo conceito mais amplo, igualmente não chegará a adquirir tal direito, isto é, não possuirá este vínculo com o Estado, embora, pelo conceito mais amplo, chegue a adquirir alguns direitos.

Conforme preleciona Paulo Hamilton Siqueira²:

O termo cidadania traz a ideia de participação na vida do Estado, que se exterioriza precipuamente pelo exercício dos direitos políticos. Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge o Estado Democrático e Social de Direito, que exige uma participação mais efetiva do povo na vida e nos problemas do Estado. O cidadão é aquele que participa dos negócios do Estado. Dessa forma, a cidadania ganha um sentido mais amplo do que o simples exercício do voto.

O cidadão pode participar da vida estatal de várias formas: escolher seus representantes livremente, votar, ser votado, dar palpites na gerência da coisa pública, participar do governo, ser um membro ativo na sociedade por escolha livre, participar de referendos, plebiscitos (art. 14, CF) e propor a criação de leis (iniciativa popular - art. 61, par. 2º, CF). A cidadania expressa os direitos políticos, que são os direitos de participar dos afazeres do Estado na sua totalidade. Na língua grega temos o vocábulo "polis", que fazia referência às cidades gregas descentralizadas. Daí o termo "política", que é a participação na vida da "polis".

A cidadania é uma "capacidade" conferida ao indivíduo. Uma capacidade eleitoral e política. A cidadania é direta e totalmente vinculada e relacionada com a democracia. O vocábulo democracia ("demo" – povo do bairro; "cracia" - poder) significa "participação do povo no poder", "feitura de leis pelo povo". O poder emana do povo e em seu nome será exercido (art. 1º, par. único, CF). O *status* de cidadão, pois, é alcançado com o título de eleitor.

Somente o eleitor tem direito de participar da vida política de seu Estado. É o direito do indivíduo de ser ouvido. É o direito soberano de participação do povo. A cidadania é a titularidade dos direitos políticos (votar, ser votado e dar opiniões) e mais suas consequências. A cidadania encontra-se prevista como pilar e base da República Federativa do Brasil, pois vem expressa logo no art. 1º, II, CF.

De fato, o art. 1º, inc. II, CF, consagra-a como Princípio Fundamental.

Os Princípios Fundamentais encontram-se logo no início da Constituição, nos artigos 1º ao 4º, para que o intérprete tenha noção de como se estrutura o Estado Brasileiro e como deverá proceder na interpretação dos artigos seguintes da própria Constituição. Princípio Fundamental difere de Direito Fundamental. O Princípio é um guia valorativo para elaboração das leis e para o agir e julgar.

O melhor conceito de princípio da doutrina nacional é o de Celso Antônio

¹ ARENDT, Hannah *apud* SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª Edição, São Paulo: RT, 2009, p. 241.

² SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª Edição, São Paulo: RT, 2009, p. 239.

Bandeira de Mello³. Ei-lo: “Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Princípios não são regras. Não têm carga normativa, mas carga valorativa. Servem de vetor, orientando a aplicação da norma e orientando a elaboração das leis por parte do legislador. Por força do art. 1º, inc. II, CF, a cidadania é um princípio fundamental.

Diz o artigo 1º, *caput*, que somos uma República Federativa. A República (*res publica*, do latim – *res*: coisa) é forma de governo. Das duas formas de governo - república ou monarquia, adotamos a primeira. A República denota organização do Estado e, também, forma de relação do Estado com os cidadãos. Nossa cidadania é justamente a participação nos negócios da República.

O *caput* do artigo 1º traz, ainda, a determinação de sermos um Estado Democrático de Direito. O Brasil é, pois, um Estado Democrático (participação do povo nos afazeres do Estado - é a consagração da democracia vista acima). É, também, um Estado de Direito, conforme o mesmo art. 1º, Estado em que prevalecem a ordem e leis. Costumam os doutrinadores dizer que, hodiernamente, o Brasil evoluiu para um Estado Democrático e Social de Direito. O termo “Social” indica que o Estado Brasileiro deve desenvolver prestações positivas a favor dos cidadãos, e não ser mero agente passivo e observador da sociedade. Prestações positivas na área da saúde e educação, por exemplo, com medidas efetivas e protetivas dos cidadãos (benefícios).

O exercício da democracia necessita, realmente, de organização + ordem (leis). Somos, sem dúvida, um Estado de Direito (de ordem e regras). Mas com preocupação social. Temos mecanismos de controle do poder

político, o que denota um traço bem amplo da democracia, para além do voto. Liberdade política e igualdade política (participação real do povo). O Estado Democrático e Social de Direito objetiva o bem comum. Rege-se pelo princípio da Justiça - jurisdição com escopo social (dar a cada um o que é seu – pacificação com justiça e educação), escopo político (não lesar a ninguém – afirmação do Estado e seu ordenamento) e escopo jurídico (viver honestamente – atuação da vontade concreta da lei). Rege-se, também, pelo princípio da segurança jurídica (devido processo legal, respeito à coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), dentre outros princípios vistos mais adiante.

O artigo 1º (Princípios Fundamentais) traz os fundamentos da República Federativa do Brasil. Não confundir com os objetivos da República Federativa do Brasil, que estão no art. 3º, CF. Os “fundamentos” são: **soberania** (nenhum outro Estado internacional pode interferir nas nossas questões internas, somos soberanos para decidir nossos próprios rumos, para ditar nossas próprias regras); **cidadania** (o vocábulo cidadania indica o direito de ter direitos, é muito mais do que simplesmente o direito de votar e ser votado); **dignidade da pessoa humana** (todos têm direito a experimentar um conforto mínimo. São valores morais e espirituais que a pessoa cultiva e que devem ser protegidos -autodeterminação da própria vida e respeito à vida alheia); **valores sociais do trabalho e livre iniciativa** (trabalho voltado para o desenvolvimento coletivo e, quando a Constituição menciona o vocábulo “livre iniciativa” ela quer dizer “capitalismo; nosso modelo de economia, de Estado, é capitalista, ou seja, não se admite, salvo raras exceções constitucionais, a intervenção do Estado na economia), e **pluralismo político** (temos, no Brasil, vários partidos políticos/liberdade de convicção). São essas as bases de nosso Estado.

Assim, mais do que um direito de ter direitos, mais do que poder participar dos afazeres do Estado, e mais do que estar positivada como princípio fundamental, pensamos que a cidadania é, realmente, uma das facetas mais bonitas e coloridas deste diamante chamado liberdade-dignidade.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 771-772.

A cidadania, tal como propôs Kant com relação à liberdade, é transcendental.

2. DIREITOS HUMANOS POSITIVADOS

Os direitos humanos, quando publicados, ou seja, quando positivados, recebem o nome de Direitos Fundamentais.

Alexandre de Moraes⁴ acentua:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

O homem organizado em famílias ou tribos, com incipiente senso de sociedade, surgiu há mais ou menos 10.000 anos antes de Cristo. As leis eram não escritas e vigia a máxima "olho por olho, dente por dente". Tal a infração, tal o castigo. Desta palavra "tal" é que surgiu a denominação "lei de talião". Talião não era uma pessoa, como muitos pensam, mas derivação da expressão "tal e qual". A vingança, na Idade Antiga, era proporcional ao castigo.

Contudo, há notícias de que 1.700 anos antes de Cristo tenha surgido uma primeira, remota e vaga ideia de lei a proteger os Direitos Humanos. Foi no Código de Hamurabi, encontrado na Mesopotâmia (hoje Iraque). O Cilindro de Ciro, encontrado na Pérsia (atual Irã), no século II antes de Cristo, também continha indícios de que o Rei deveria ser justo.

Por volta de 400 a.c. surgiu, em Roma, a Lei das XII Tábuas, conjunto de leis penais e civis aplicadas pelos patrícios e pontífices aos plebeus. Embora severas, escritas literalmente em doze tabletes de madeira, continham proteção à família e aos negócios civis e comerciais. Serviu de base para Justiniano, Imperador romano, por volta de

500 d.c., quando publicou o famoso Código Justiniano, autorizando, ainda, a publicação de outro repertório jurisprudencial denominado Digesto. Estas duas obras compilaram as Institutas de Gaio, do século II a.c., e mantiveram a Lex Aquilia, do Pretor Aquilius (400 a.c.), que substituiu a pena corpórea aplicada ao devedor por suas dívidas civis para pena de indenização deste devedor ao credor.

Na Índia, no século II a. C., tivemos um conjunto de "leis" denominado Código de Manu. Este antigo escrito instituiu uma interessante positivação de normas morais: a superioridade de certas castas sociais. Além de disposições sobre meios de prova, justiça, equidade, verdade, testemunhos e outras questões jurídicas que atravessaram os tempos, este Código previu o sistema de castas que até hoje vige na Índia: indivíduos pobres, de uma casta pobre, não têm possibilidade de ascender à casta rica. A classe dominante tratava o pobre de maneira violenta, justificando, assim, sua continuidade no poder.

O grande impulso para consolidação dos Direitos Humanos, contudo, veio com o Cristianismo na chamada Idade Média (do ano zero ao ano de 1500). Nesta época surgiu a afirmação da dignidade do homem e da defesa de sua liberdade de ir e vir. Os Direitos Humanos, nesta época, eram considerados direitos naturais, ou seja, advindos diretamente de Deus.

Em 1215, na Inglaterra, houve a publicação da Magna Carta, do Rei João sem Terra, prevendo pela primeira vez no mundo o *Habeas Corpus* e o princípio da legalidade. A partir de 1500, já na chamada Idade Moderna, os Direitos Humanos ganharam novo avanço com as conquistas de Espanha e Portugal, que passaram a discutir os direitos do homem abertamente.

Por volta de 1600, Locke e Hobbes, dois ingleses, formulam as teorias naturalista e contratualista da Idade Moderna, respectivamente. Hobbes opunha-se a Locke. Hobbes era contratualista. Pensava que os Direitos do Homem até poderiam ter origem natural mas, no estado natural, o homem era agressivo e vivia em estado de guerra. Assim, *consentiam* em viver em paz, ou seja, a paz derivava de um Contrato Social que todos os homens formulavam de comum acordo. O

⁴ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

expoente máximo desta vertente foi Rousseau, já por volta de 1740, na França, que publicou a obra "Contrato Social", afirmando que os homens formulam um contrato entre eles para viver em paz e positivar seus direitos.

Porém, o impulso definitivo para os Direitos Humanos foi a Revolução Francesa de 1789, inaugurando a era em que vivemos até hoje, qual seja, a Idade Contemporânea.

A Revolução Francesa produziu, em 1789, a primeira Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serviu de base para a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU - Organização das Nações Unidas. A ONU, a qual tem sede em Nova York, EUA, é um organismo internacional que não tem força sobre os países. Os países são soberanos e não admitem a interferência de outros países em suas leis e costumes, e nem a interferência da ONU. A ONU é apenas uma organização de cooperação para deter guerras, colaboração para a paz mundial e ajuda dos povos. Contudo, os países que ela se associam, assinam documentos de intenções, como a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, pelo qual se propõem a aplicar o que foi assinado em suas Constituições internas.

O mundo atual tem 193 países. A maioria adota, em suas Constituições internas, os postulados e princípios insculpidos na Declaração Universal de Direitos Humanos da Revolução Francesa (1789) e da ONU, de 1948. Portugal, Espanha, México, EUA, Canadá e vários outros países têm, na base de seus textos constitucionais ou infraconstitucionais, a dignidade da pessoa humana, o *habeas corpus*, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a proteção da honra, imagem, vida privada e intimidade, o princípio da legalidade e tantos outros. De notar-se que aproximadamente 90 países aplicam ou pelo menos contêm a previsão de pena de morte em suas Constituições.

Sem dúvida alguma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 serviu de base para a elaboração de nossa Constituição Brasileira de 1988. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da ONU, tem 30 artigos e serve de vetor para os povos ao elaborarem suas Constituições e leis internas. O art. 1º da Declaração, por exemplo,

consagra que todo homem é livre e igual em direitos. O art. 2º consagra a igualdade e inexistência de preconceito entre os homens. E daí por diante.

3. NEOLIBERALISMO E CIDADANIA GLOBALIZADA

Antes de conceituarmos e estudarmos o Neoliberalismo, necessário se faz conceituarmos o Liberalismo, que teve suas raízes em John Locke no século XVIII.

Da Antiguidade até o ano zero, vigorou o Absolutismo (poder nas mãos dos faraós e imperadores). Do ano zero a 1453 tivemos a Idade Média, em que o poder também estava nas mãos de tiranos (reis e monarcas). De 1453 até 1789, que foi a denominada Era Moderna (ou Idade Moderna), ainda encontrava-se presente o Absolutismo, mas desembocariamos na Revolução Francesa, que de uma vez por todas terminaria com o Absolutismo em diversos países, fruto dos ideais de liberdade dos pensadores iluministas.

John Locke foi um dos idealizadores da Revolução Francesa, embora de naturalidade inglesa. A Revolução Francesa inaugurou o que conhecemos por Liberalismo, isto é, fincou os ideais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". A propriedade privada ganha contornos fortíssimos e proteção estatal. O Estado, com os três poderes idealizados também pouco antes da Revolução Francesa por Montesquieu, intervinha muito pouco na atividade privada. Intervinha tão-somente para proteger os cidadãos contra invasões externas e garantir o mínimo de condições de vida, dignidade humana e liberdades públicas. A figura do Monarca tirano e absolutista foi afastada de vez. Este era o Estado Liberal.

O Estado Liberal se opunha às tentativas do Poder Estatal de controlar a economia, a religião, o pensamento político, a liberdade de imprensa, enfim, o Estado Liberal trouxe pela primeira vez ao mundo, a partir de 1789, a participação do povo no poder e a liberdade de existir, de ir e vir e tantas outras. A propriedade privada era quase sagrada e a livre iniciativa econômica era prioridade das sociedades contemporâneas. Veja-se que no Brasil, após a morte de Tiradentes em 1792, os sopros de liberdade da Revolução Francesa

aqui chegaram e declaramos nossa independência em 1822, com nossa primeira Constituição da República já em 1824, trazendo os primeiros direitos fundamentais para o Brasil e a organização do Legislativo, Executivo e Judiciário. Não mais éramos governados pelas Ordenações de Portugal.

O Estado Liberal inaugurou a democracia (demo = povo do bairro; cracia = poder).

O Liberalismo atingiu seu ápice durante o século XIX, com a Revolução Industrial Inglesa, e século XX, com a expansão mercantilista dos EUA, produzindo significativos avanços no individualismo comercial, fundação do capitalismo, ampla e livre concorrência, livre mercado e criação do organismos internacionais de comércio. É desta época a famosa expressão “laissez-faire” (deixai fazer).

O Neoliberalismo, contudo, foi a política de meados do século XX que restringiu ao mínimo a participação estatal nos negócios privados. O papel do Estado, de mais ou menos 1930 em diante, foi apenas regulador da atividade econômica, mas jamais de participe ou concorrente da liberdade de iniciativa privada. A doutrina do Neoliberalismo prega que o mercado acomoda-se e tem suas próprias regras, independentemente da vontade estatal. Para os neoliberais, o Estado não pode cercear as liberdades individuais.

Mas, em oposição ao Neoliberalismo, surgiu a corrente do Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), em meados de 1980. O Estado Social opôs-se à educação e saúde, por exemplo, nas mãos do setor privado. O Estado começou a cuidar da saúde, vida, educação, transporte, segurança, etc para os indivíduos, pois todos estes setores nas mãos dos neoliberais levavam ao egoísmo e colapso do bem-estar social, colapso da dignidade da pessoa humana.

O Brasil hoje é um Estado temperado, ou seja, contém traços neoliberais (Capitalismo – art. 1º, IV, CF) e traços nitidamente sociais (art. 1º, *caput*, art. 6º e Título VIII, todos da CF).

O Estado Social encontra resistência no fenômeno da Globalização, fortemente

criticado por Paulo Bonavides em seu “Teoria Geral do Estado”⁵:

“O Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador – o de soberania, que ainda hoje é seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadoras e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-lo das teorias contemporâneas o poder.

A base justificativa dessa pretensão aniquiladora daquele conceito consiste em apontar uma realidade distinta, imposta por novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na conjuntura globalizadora, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania.

E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados”.

A Globalização é um processo de integração econômica entre os países do planeta favorecida pela plataforma da tecnologia. Eliminam-se os entraves burocráticos para exportar-se e importar-se com mais rapidez, além da influência que a mídia e a *internet* exercem sobre os diferentes países.

O barateamento dos meios de transporte e comunicação é a base da Globalização. A Globalização teve início em 1990-1995. A Globalização mudou a aproximação e interação das pessoas, e influiu na soberania dos países, não raro causando problemas jurídicos em relação às Constituições internas de cada país. A Globalização, por permitir baixos investimentos em outro países com rapidez e célere retorno e liquidez, gera fortemente o aumento da concorrência.

Critica-se a Globalização por enfraquecer o papel do Estado Social, que é o Estado protetor do indivíduo nas áreas mais

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

sensíveis de sua dignidade, como saúde e educação (além da garantida de igualdade na busca de emprego).

Assim, onde fica a cidadania no mundo neoliberal e globalizado?

A cidadania pode ser um eficiente mecanismo de controle do poder, para refrear o avanço da faceta perversa da globalização. Através do voto podemos escolher rumos mais ou menos sociais internamente, elastecer a soberania até a última fronteira geográfica do país e fazer aplicarem-se as leis em todo o território pátrio. Somente o exercício pleno da cidadania trará a propalada dignidade da pessoa humana para os menos favorecidos, ou seja, aqueles que precisamente não participam do processo da Globalização.

A cidadania, neste mundo globalizado, não desapareceu. É importante forma de controle e garantia de alternância de poder. O voto, portanto, é a mais importante arma dos cidadãos frente à tentativa de tomada da soberania pelo capitalismo e outras ideologias internacionais.

Na ordem política, o Liberalismo e o Neoliberalismo pregam a predominância da linguagem do mercado. Na ordem jurídica, apregoam a supremacia das leis, mas tão-só para conter o ímpeto estatal e deixar que os Poderes Públicos exerçam apenas funções regulatórias de mercado.

O Liberalismo e o Neoliberalismo estão ligados intimamente à história da democracia, pois acentuam a liberdade do indivíduo. Sem dúvida alguma, após a Revolução Francesa, o Liberalismo serviu para expandir o Constitucionalismo e a ideia de obediência às leis, expandindo a democracia – mas com absoluta liberdade ao indivíduo, principalmente no campo comercial. O Liberalismo encerrou o Absolutismo, mas não conseguiu, nem com o Neoliberalismo, fixar a soberania e prevalência do Estado e do interesse coletivo sobre o particular.

O Neoliberalismo caracteriza-se por adaptar o Liberalismo puro e clássico (sem intervenção alguma do Estado na esfera individual) à necessidade de um Estado assistencialista e mais regulador, com vistas à proteção dos indivíduos pobres, mais fracos e hipossuficientes. O Neoliberalismo admite certa intervenção estatal, porém muito fraca e

ainda incipiente. Uma corrente dos neoliberalistas radicais, que eram considerados antigos Liberais, pregam o mesmo que o Liberalismo clássico: o afastamento total do Estado, admitindo apenas a função regulatória e fiscalizadora mínima de mercado.

O Neoliberalismo admite, pois, na sua primeira corrente, a existência do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), que é o Estado que provê ao indivíduo direitos básicos e fundamentais como moradia, lazer, saúde, segurança, etc (em nossa Constituição encontram-se no art. 6º). Para este Neoliberalismo menos radical, deve haver justa distribuição de renda. Um claro exemplo de Neoliberalismo voltado para melhor distribuição de renda foi a política do *New Deal*, do Presidente Norte-Americano Franklin Roosevelt, em meados de 1930, que previa regras para a economia reverter a crise econômica e fortalecer a participação social no mercado. Em 1944 surge o FMI, com o propósito de criar um Fundo Monetário Internacional para ajudar os países pobres e/ou em dificuldades financeiras.

O Neoliberalismo, todavia, muitas vezes não conseguiu os resultados sociais e democráticos a que se propunha, em muitos países que o adotaram (Brasil, Chile, Argentina, Inglaterra, EUA, etc). Assim, o Neoliberalismo sofre muitas críticas por continuar parecido com o Liberalismo, em que a vontade do lucro supera a força do Estado para proteger os mais fracos.

Paulo Bonavides, como vimos, critica severamente o Neoliberalismo e a Globalização, por serem modelos que primam pelo lucro e retiram do Estado sua soberania necessária para exercer a função social de proteção e provimento de itens básicos de Direitos Fundamentais.

A Globalização é, pois, fenômeno Contemporâneo. Hoje, a partir da revolução tecnológica de 1990 em diante, encontramos em mercados “globalizados”. A Globalização mergulhou, realmente, os mercados em uma interação tecnológica sem fronteiras a partir de 1990. A Globalização é a integração de mercados com reflexos na integração social, cultural e política dos países.

A Globalização busca “mercados globais”, para que os lucros sejam maiores

para os mais capazes e competitivos. A Globalização se apresenta inclusive como solução para países cujo mercado interno já esteja saturado: rapidamente, por intermédio de um computador, investem-se e retiram-se bilhões de pequenos países.

Um outro fenômeno atinente à Globalização é a interligação das pessoas não só no aspecto econômico e do lucro, mas no aspecto cultural, político e social também. Há quem sustente que a Globalização, em todos os seus aspectos, teria surgido juntamente com o Liberalismo, com as grandes navegações que começaram a interligar o Mundo desde 1500.

Porém, é extreme de dúvidas que a invenção do rádio, televisão, avião, automóveis, etc contribuiu decisivamente para o processo de Globalização. A necessidade das Nações expandirem seus mercados internos levou-as a procurar formas de interpenetração com outros países. O mercado financeiro atualmente, por exemplo, é totalmente interligado. A *internet* trouxe um avanço sem precedentes para impulsionar a Globalização. A Comunicação, com o acesso universal à rede digital, realmente não tem mais fronteiras. É a Sociedade da Informação.

Teria a Globalização melhorado a qualidade de vida? A resposta parece ser “SIM”, pelo menos para quem dela participa. Pois muitos têm acesso a modernos medicamentos e técnicas cirúrgicas, aumento de produção de alimentos e seu consequente barateamento, maior queda da pobreza com mais oportunidades de emprego e maior longevidade do ser humano por melhoria das condições de saúde com técnicas modernas de medicina e saneamento.

Os efeitos no mercado de trabalho também são sentidos, na medida em que novos postos de trabalho se abrem com a tecnologia e as pessoas podem até mesmo trabalhar em casa, pela *internet*, distante de escritórios ou de outros países.

A Globalização, dizem alguns, também trouxe consciência ecológica. A “tecnologia limpa”, diferentemente do que ocorre com os empregos em fábricas poluentes, trouxe consciência protetiva do meio-ambiente e normatização constitucional do meio-ambiente.

Mas o risco, conforme advertência supra de Paulo Bonavides, é real: não podemos deixar entidades privadas “supra-governamentais” substituírem o papel essencial do Estado, que é regular a economia para atender aos interesses da coletividade, bem assim fornecer saúde, educação e condições mínimas de dignidade da pessoa humana, até mesmo intervindo na Economia de Mercado para coibir abusos, ademais de fazer valer as leis e implementar programas de segurança pública e proteção das fronteiras.

Um outro fenômeno negativo observado hoje em dia quanto à Globalização é o seguinte: uma queda financeira em um determinado país atinge rapidamente, com velocidade digital, a economia de outro. É preciso cuidado com a interação global dos mercados financeiros, para que a interação social e cultural não seja atingida por este novo conceito de interpenetração de fronteiras. Alguns blocos comerciais do Mundo (feitos sempre por Tratados Internacionais) estão em pleno vigor na área de troca econômica, mas ainda não atingiram a plenitude de experiências culturais mais profundas (ex.: Mercosul, Nafta e Alca, mais voltados para o mercado do que para o intercâmbio cultural).

A autoestrada da *internet* realmente equipara os mais fracos aos mais fortes, dando chances a todos, mas não se pode nunca dispensar o Estado totalmente, pois em toda autoestrada há acidentes!

4. TOLERÂNCIA, VIOLÊNCIA E PAZ (POLÍTICA E ALTERIDADE CIDADÃ)

A alteridade pode ser conceituada como a percepção e conhecimento do que “é o outro”. É a “qualidade do que é o outro”. Em nossas relações em Sociedade, é imprescindível percebermos, antes de tudo, que existe o outro. É preciso percebermos quem o outro é para, num passo seguinte, percebermos suas diferenças em relação a nós, suas virtudes, defeitos, etc.

A alteridade, também denominada de “outridade”, percebe o outro e nos leva inevitavelmente a relações com os outros. E, noutro giro, nos leva a relações mais intensas de nós mesmos conosco. O eu-individual que não interage praticamente não existe em nossa

sociedade moderna. Talvez ainda existam ermitões, mas não são conhecidos nos meios sociais, na mídia e nos países atuais.

Se eu existo e o outro existe, então eu posso compreender em mim mesmo como sou, a partir do outro, do cotejo, da comparação. Daí chego, em seguida, a perceber como o outro é. É exatamente a noção do outro que ressalta como minha vida é. Destarte, como as relações sociais são dinâmicas e muito variadas no dia-a-dia, construo minha vida social, meus valores, minha personalidade e minha base de vida a partir do outro, criando limites para o meu agir e para o agir do outro. Construo quem sou a partir da noção do outro. Meu pensamento é moldado em função da noção de existência diversa da minha.

Se eu não tivesse outro para espiar, não me surpreenderia comigo mesmo, pois não haveria padrão comparativo. Todos os dias nos surpreendemos com diferentes gestos sociais e, com a tecnologia, televisão, etc, nos surpreendemos mais ainda com hábitos e valores das mais diferentes culturas dos países do mundo. Um mundo novo se descortina para nossos olhares todos os dias. O mundo tem atualmente 193 países e o conhecimento de outras culturas nos leva, invariavelmente, a percebermos nós mesmos como sociedade com valores diferentes da outra e, mais, percebermos nosso eu interior, este eu interior como esfera íntima e profunda de segredos, diferente dos segredos outros. Somos uma cultura, mas não a única.

Podemos concluir, então, que um postulado básico de convivência pode ser assim enunciado: “A felicidade do outro não interfere na minha felicidade”. Se uns gostam de futebol aos domingos e outros de música e cinema, não há problemas a serem resolvidos, pois não há conflitos. Desde que uns não agridam os outros e queiram impor suas vontades a outrem, não há problemas. O respeito passa a ser a tônica da Sociedade Moderna.

Quando o desrespeito para com relação à alteridade ocorre, isto é, quando o desrespeito para com a cultura, os hábitos e a felicidade alheia ocorrem, temos a violência. A violência física ou psíquica é ato de coação (não confundir com “coerção”, que é a violência estatal admitida por lei – ex: a polícia e o

Judiciário têm coerção positivada para fazerem valer suas decisões).

A violência não é admitida pelos valores do homem desde muito antes de Cristo. A diferença é que, na Antiguidade, não podia ser combatida, pois os mais fortes simplesmente impunham sua vontade pela força. Hoje em dia, o Direito regula o Poder. O Direito reprime e controla o Poder. O Direito tanto regula o Poder Estatal quanto o Poder e a Força indevida dos particulares. O Direito é dotado de coerção. O Direito é, pois, uma inclinação moral externa dotada de força, com sanções. Os violentos estão sujeitos à segregação da Sociedade por vontade da lei feita por nós, ou seja, pelo próprio povo. A Moral de um povo termina transformando-se em Direito.

A violência é um comportamento que causa danos físicos e morais, e não é admitida no mundo moderno (à exceção da legítima defesa ou outros casos de preservação da própria vida, de terceiros ou de bens, permitidas na legislação).

A violência e a intolerância são sentidas na Sociedade contra homossexuais, violência doméstica contra filhos e mulheres, violência no trânsito, violência nos esportes, *bullying* escolar, violência religiosa, etc.

Isto advém, em muitos casos, da denominada intolerância. Nossa Constituição, em seu artigo 3º, preconiza, como princípio máximo, a tolerância em todos os seus níveis. O objetivo do comando constitucional é o não racismo, a tolerância sexual, profissional, de etnia, etc.

Nossa Constituição é principiológica, isto é, não contém regras com sanções, mas apenas vetores maiores que indicam como as leis devem ser feitas. Uma transgressão a um princípio é gravíssima, pois o princípio do art. 3º, CF possui densidade valorativa, e não normativa. Isto é, o art. 3º, CF, carrega valores da Sociedade, de quem fez a Magna Carta, os quais devem obrigatoriamente servir de vetor para o comportamento social e para a feitura das leis infraconstitucionais.

A tolerância é justamente a capacidade de aceitar o outro. A tolerância deve ser civil, religiosa, sexual, etc, para que os objetivos do art. 3º, CF, sejam plenamente alcançados e, também, para que um fundamento da

República seja alcançado, fundamente este que se encontra no art. 1º, III, CF: a dignidade da pessoa humana.

Assim, a cidadania globalizada tanto pode propender para diminuição da soberania e achatamento de valores morais como o bom, o belo e o justo, além do achatamento da tolerância global, como pode trabalhar em sentido contrário e incrementar, através do voto e de todo tipo de participação popular, a tolerância, a dignidade da pessoa humana e identidade nacional.

5. CONCLUSÃO

Podemos concluir que a cidadania é parte essencial dos direitos humanos, os quais, positivados, denominam-se direitos fundamentais. O conceito de cidadania evoluiu e está a exigir uma participação mais efetiva, concreta e real do indivíduo nos afazeres do Estado. Não basta a previsão do voto, plebiscito ou referendo: há que haver atividade intensa do povo junto ao poder. O povo deve atuar como partícipe ou conselheiro, uma vez que lhe interessa de perto o rumo da sociedade. Aliás, o detentor do poder é o povo.

A Globalização, nesta inevitável era digital, traz consequências para a soberania

interna. O cidadão sente necessidade de se proteger e participar do direito internacional. A cidadania intervém para criar mecanismos de proteção dos estrangeiros em nosso solo e interesses nacionais ao mesmo tempo. O estrangeiro não é cidadão porque não vota, mas a mídia que encurta distâncias impõe um novo sentimento ao povo brasileiro em relação aos estrangeiros: a alteridade.

A política, portanto, não é um fim em si mesma. A política requer a participação total do povo nos assuntos da *polis*, e a globalização e internacionalização das normas jurídicas e morais recomenda o exercício da alteridade e não-violência. O capitalismo da era digital realmente não conhece fronteiras. Mas as fronteiras que protegem o povo e os estrangeiros em nosso solo são traçadas pela cidadania, ao escolher a paz, a democracia e a manutenção do Estado Social, que tenta prover todos os que aqui habitam com o mínimo existencial – dignidade da pessoa humana. A cidadania deve refrear, tanto quanto possível, ingerência globalizante no núcleo essencial do Estado, que são nossas normas-coração: princípios fundamentais e direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 7ª Edição. São Paulo: Hemus, 2003.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª Edição, São Paulo: RT, 2009.

RESUMO

Trata o presente do estudo da função social da propriedade como garantia constitucional. A origem histórica, evolução e conceito são analisados sob a égide dos textos constitucionais brasileiros até o vigente, incluindo a legislação infraconstitucional e o novo Código Civil.

Palavras-chave Propriedade. Função Social. Constituição e Propriedade. Garantias Constitucionais e Propriedade. Código Civil e Propriedade.

ABSTRACT

This present study of the social function of property as a constitutional guarantee. The historical origin, evolution and the concept are analyzed under the aegis of the Brazilian constitutional texts to the existing, including the constitutional legislation and the new Civil Code.

* Advogado, Consultor Jurídico, Professor de Ciência Política e Teoria do Estado das FMU, Coordenador Acadêmico da LEX MAGISTER. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo-USP, Especialista em Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre a importância da função social da propriedade erigida em nível de garantia constitucional, particularmente com o advento do novo Código Civil torna-se relevante tema para a melhor compreensão do direito positivo brasileiro. Integra o presente, o histórico do surgimento do instituto da propriedade enfocando particularmente sua origem no direito romano. A relativização do direito de propriedade, decorrência natural da necessidade de se atender novas situações sociais, faz emergir naturalmente sua função social. O estudo do surgimento e evolução da função social da propriedade no contexto global e, particularmente no nacional, a análise da evolução da função social, no direito positivo brasileiro, considerando as constituições pátrias e o novo Código Civil, integram de forma preliminar o presente. As melhores doutrinas analisadas sob a égide constitucional de direitos e garantias individuais, na dimensão de *cláusula pétrea* alçado pelo mencionado instituto na Constituição vigente emergem naturalmente no núcleo exegético do presente. Os instrumentos legais utilizados, nas esferas: constitucional e infraconstitucional, representados por legislação especial e extravagante e, particularmente, por dispositivos reguladores codificados no novo Código Civil de 2002 dispostos para garantir o cumprimento da função social da propriedade são, epistemologicamente, analisados ao longo do presente. Assim, aspectos controvertidos como a interpretação do resultado de eventual confronto entre propriedade privada e função social, respectiva classificação jurídica e doutrinária, bem como a apuração do momento, no qual, pode-se aferir a efetiva satisfação do atendimento ao interesse coletivo, entendida como a materialização da função social da propriedade, são, sistematicamente, abordados.

2. PROPRIEDADE

A corrente doutrinária civilista majoritária vincula os direitos reais a natureza econômica decorrente do aproveitamento pelo homem sobre os diversos bens disponíveis. O

termo contemporâneo *função social da propriedade* tem sua fonte nas mais remotas origens de Direito Privado. Quando o homem, da forma mais frugal possível, conduzia o rebanho de ovelhas da coletividade já demonstrava a forma genuína de apropriação social dos bens, que ao longo do tempo, foi sendo substituída pelo caráter individualista, sem afastar a idéia de utilidade, de exploração adequada, presente nas concepções de função social que chegaram até os dias atuais. A idéia de propriedade privada materializa-se somente após o segundo estágio evolutivo da humanidade, quando surgem sinais de uma frágil agricultura e criação de animais. Nessa fase tiveram relevante importância os gregos da época heróica, as tribos itálicas anteriores à fundação de Roma, bem como, os nórdicos que haviam desenvolvido a cultura da terra em escala, mas sem individualizar a propriedade agrária¹.

O vocábulo *proprietas* criado pelos romanos significava muito mais a possibilidade de utilização de *fundus* do Estado do que os poderes plenos do titular sobre o bem, distinguindo-se do conceito atual de propriedade privada. Segundo magistério de Luiz Edson Fachin², cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente geradora da propriedade, isto é, a posse para a usucapião. Vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser aceita como um direito. A posse qualificada, levando-se em conta sua competência em instaurar nova situação jurídica é a causa e a necessidade do direito de propriedade. Neste ponto surge a dúvida, constitui toda propriedade privada um direito fundamental do ser humano, e por esta razão carece de proteção constitucional? Seria um verdadeiro contra senso garantir proteção constitucional a um latifúndio improdutivo ou à propriedade usada por algum grupo acionário para especulação imobiliária. Mencionadas situações, que, na prática ensejam mais deveres e responsabilidades fundamentais do que direitos, representam o reverso dos

¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, p. 22-28.

² FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**, p. 13.

direitos humanos. Fábio Comparato³ lembra que os deveres humanos são o exato corresponsivo dos direitos humanos: *ius et obligatio correlata sunt* e, quando dispõe a Constituição vigente ter as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata está de fato determinando que, também os deveres fundamentais independem de declaração legislativa para serem considerados como eficazes.

O direito de propriedade passou por transformações históricas. Inicialmente detentor de um tradicional caráter absoluto, inviolável e sagrado, egoísta, passou a assumir uma concepção altruísta, mudou o referencial, o direito de propriedade passou a ser considerado pelos interesses coletivos e não mais simplesmente pela ótica do proprietário⁴. Caio Mário da Silva Pereira refere-se a *publicização do direito privado*. Fundamenta sua afirmação alegando que a influência do Estado e a necessidade de se instituírem fórmulas dirigidas à realização da finalidade preliminar do direito no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto* geram tendência a publicização da norma jurídica. Preconiza Caio Mário⁵ observar-se a verificação de referido fato nas restrições que o proprietário sofre na utilização e disponibilização do bem.

As mudanças demográficas, representadas pelo aumento significativo da população, a industrialização, as transformações econômicas e sociais do século XX demandaram significativas alterações dos paradigmas do Direito. A relativização do direito de propriedade é decorrência da necessidade de atender novas situações sociais emergenciais. Não obstante as várias restrições impostas, o direito de propriedade ainda goza de situação privilegiada no sistema jurídico pátrio, verificadas no Código Penal, Título II,

Código de Processo Civil e na Lei Federal n. 6.015/73, de Registros Públicos.

2.1 Histórico

Os patrícios, primeiros habitantes da região central da Península Itálica consideravam a propriedade coletiva uma forma de relação entre homens e “bens”, até tornarem-se senhores de suas áreas de exploração pastoril⁶. No ocaso do Império Romano, ao final da Época Clássica quatro formas distintas de apropriação imobiliária eram identificadas. A *dominium ex iure quirintum*, subjetivamente restrita aos *civitas* (cidadãos romanos) e objetivamente restrita aos fundos itálicos, representavam o conceito mais próximo da propriedade plena atual. A *bonis esse e possessio*, era restrita objetivamente aos fundos do Estado e a *proprietates* subjetivamente circunscrita aos peregrinos. Já na Época Pós-Clássica, seguida da obra codificadora e restauradora de Justiniano, três séculos após, convergiram os distintos conceitos anteriores para a *dominiu* ou *proprietates*, como sinônimos, próximos do conceito da propriedade plena atual. Não se pode olvidar que foi no Direito Romano onde se forjaram as idéias sobre a *possessio*, cujo conteúdo permitia utilização dos bens pelos titulares desse direito, os possuidores, além de oportunizarem a exploração das terras públicas (*ager público*) pelos agricultores. Fontes seguras relatam que a expressão *dominium*, com o mesmo sentido, foi encontrada nos textos dos visigodos, posteriores aos romanos. Presentes em Leis como as de Eurico, de Leovegildo, Chindasvinto, de Recesvinto e de Ervigio. Em Roma, e nas cidades gregas da Antigüidade, a idéia de propriedade privada era vinculada aos bens próprios de uma família (*gens*). Naquela época a propriedade privada, bem como a organização familiar e a religião doméstica, integravam uma constituição social, ou a organização institucional da sociedade. Aristóteles considerava a classificação dos regimes de propriedade o ponto de partida de sua pesquisa sobre a

³ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. p. 48.

⁴ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. In: Revista de Direito Ambiental. p. 115-126.

⁵ MÁRIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**. p.14.

⁶ GUEDES, Jefferson Carús. **Função social das “propriedades”**: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. p. 344.

constituição ideal da *polis*, que era o da comunhão total, da ausência absoluta de comunhão e a comunhão ou condomínio de certas coisas, juntamente com a propriedade individual de outras⁷. Condições econômicas e políticas determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade. Admite a melhor doutrina a propriedade comum como sendo a primeira forma de propriedade, diretamente ligada ao conceito de família. O direito romano colocou os elementos da propriedade acima de seu conceito, embora o seu conteúdo tenha sido consagrado na máxima *dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*. Eram considerados como pressupostos da propriedade a qualidade do cidadão romano, a *res mancipi* e o modo de aquisição. Posteriormente desenvolveu-se a propriedade *bonitária* ou do *jus gentium*. Originalmente, somente ao cidadão romano era dado o privilégio de adquirir a propriedade, pela *mancipatio*. Posteriormente, estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliando-se a aquisição do solo itálico. Em Roma a propriedade constituiu direito absoluto e perpétuo, não havendo a possibilidade do exercício de vários titulares. O feudalismo, vigente entre os séculos IX e XVI introduz uma nova forma de relação intersubjetiva denominada servidão ou vassalagem, sistema pelo qual o servo se submete ao poder do senhor (proprietário das terras) permanecendo vinculado à gleba⁸. Apesar de “proprietário” de terras, o camponês subordina-se ao senhor feudal, a quem deve tributos e prestações pessoais.

2.2 Evolução

O direito de propriedade imobiliária evoluiu para uma complexa pirâmide de “direitos”, colocando os poderes dos senhores feudais sobre os direitos dos servos, com variadas formas de propriedade como a *comunal*, a *alodial*, a *beneficiária*, a *censua* e a *servil*⁹. Erigida à condição de garantia de

liberdade individual e segurança individual, direitos naturais e imprescritíveis do homem, consagrados no *Bill of Rights* da Virgínia, em 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a partir do século XIX, a propriedade era tratada exclusivamente como instituto de direito privado, estranho à organização política do Estado¹⁰. Em Roma e nas cidades gregas da Antigüidade a idéia de propriedade privada era vinculada aos bens próprios de uma família (*gens*). Naquela época a propriedade privada, bem como, a organização familiar e a religião doméstica integravam uma constituição social, ou a organização institucional da sociedade. Condições econômicas e políticas determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade. Admite-se a propriedade comum como sendo a primeira forma de propriedade, diretamente ligada ao conceito de família, a consagração da superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único indivíduo¹¹. Leciona Caio Mário¹² haver conexão entre a evolução da teoria da propriedade instituída pelo direito romano. A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas e mais tarde foi a norma que o disciplinou afeiçoando-se às exigências e à harmonia da coexistência. Entende Orlando Gomes que o estudo jurídico da propriedade pressupõe o conhecimento do bem e adveio na Idade Média, instaurando a Revolução Francesa o marco de sua evolução histórica¹³. Para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a propriedade representou direito inviolável e sagrado. A Revolução Francesa procurou dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos. Entretanto referidos conceitos eram vinculados aos interesses econômicos e políticos da burguesia, promovendo a mudança dos conceitos tradicionais da propriedade, a fim de atender os objetivos da classe social conhecida como

reais. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). **Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência**. p.43.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p.p. 43-45.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.*, p.p. 14-15.

¹² MÁRIO, Caio da Silva Pereira. *op. cit.* p. 14.

¹³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. p. 112.

⁷ Id *ibidem*.

⁸ GUEDES, Jefferson Carús. *op. cit.* p. 345.

⁹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos

burguesia em sua busca pelo poder¹⁴. A partir do século XIX a propriedade passa a ter um sentido fortemente econômico, em função de seu valor de uso ou de troca. A propriedade tornou-se o instituto principal do direito privado regulando todos os bens. Sua importância era tanta que o Código Napoleônico estabelecia em seus livros, segundo e terceiro, respectivamente, dos bens e das diferentes modificações da propriedade e das distintas maneiras pelas quais se adquire a propriedade. O constitucionalismo liberal consagrou a propriedade como o protótipo dos “direitos individuais” reconhecidos a todo indivíduo, indiferente de sua nacionalidade ou *status* político. As teorias dos pensadores do constitucionalismo moderno, defendidas principalmente por John Locke que, em seu *Second Treatise of Government* defendeu a aquisição da propriedade, por direito natural a todo homem, sobre as coisas da natureza, por meio de seu trabalho que representa o que há de mais próprio a cada pessoa. Jean-Jacques Rousseau no *Discurso sobre a Economia Política* afirmou que o fundamento do pacto social é a propriedade, bem como de todos os direitos civis, não podendo subsistir nenhum outro, no caso de abolição da mesma. Na dimensão de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza: de direito subjetivo e de instituto jurídico. Como direito subjetivo a propriedade foi fortemente protegida contra as expropriações impostas pelos Poderes Públicos. Sem embargo, como instituto jurídico a propriedade passou a ser garantida, constitucionalmente, contra eventual tentativa do próprio legislador em suprimi-la do sistema legal, ou alterar seu conteúdo essencial. O voto censitário, descrito por Benjamin Constant, em sua obra *Princípios de Política*, adotado, inclusive pela Constituição Imperial de 1824, demonstrava a importância da propriedade, ao considerá-la elemento indispensável para que os homens pudessem exercer seus plenos direitos de cidadãos. Com o advento da civilização industrial, as relações de trabalho geraram demandas crescentes de proteção ao emprego e garantia de seguridade social, que em alguns

países, sob o aspecto funcional, foram consideradas como um direito de propriedade. Fábio Comparato¹⁵ interpreta mencionada atribuição como uma impropriedade conceitual, por considerar o direito a uma prestação positiva, gerador de pretensão contra um sujeito determinado, ser distinto do direito de uso, gozo e disposição de uma coisa, sem intermediação de quem quer que seja. Não obstante, reconhece o sentido prático da extensão conceitual, por tratar-se de conferir àqueles direitos pessoais a mesma força jurídica reconhecida tradicionalmente à propriedade. A *II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos*, realizada em Istambul em 1996 preconizou a necessidade de criação de um direito autônomo fundamental para a habitação, face ao conflito existente entre o direito tradicional de propriedade dos locatários e o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar que passou a gozar de proteção semelhante à daquele.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O mais antigo conceito de utilização social da propriedade é o coletivo. Os romanos possuíam vários institutos que demonstravam claramente a preocupação social, entre eles o principal era o *omni agro deserto* que

autorizava a aquisição da propriedade pelos agricultores que utilizassem e tornassem produtivas as terras longínquas e fronteiriças¹⁶. Outro instituto digno de nota era o *dominium ex iure quirintum*, os *fundus*, que juridicamente representava o terreno adquirido em propriedade quirintária pelo particular, vale dizer, o contrário de *urbs*, *villa* e não propriamente o conceito de terra em si mesma e cultivada. A utilização coletiva da terra é outro antecedente da função social que pode ser entendido como propriedade comunal, possuída coletivamente pela tribo, para uso e gozo de todos os seus membros¹⁷. No período medieval, quando a dominação era exercida preliminarmente pelo senhor feudal, não há que se cogitar sobre fim social da propriedade.

¹⁵ Idem, p. p. 47-48.

¹⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *op. cit.* p.346.

¹⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *op. cit.* p. 43.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.* p. 16.

Equiparado aos códigos da época, em termos de desconsideração da função social, o Código Civil português de 1867 inovou com relação aos demais, pois consagrou em seu art. 2.167 a função social do direito real. A outorga concedida pelo Rei aos seus súditos mais fiéis, de porções de terras comparáveis a países europeus, por meio de concessão de Capitânicas Hereditárias no Brasil do século XVI representava o domínio das vastas terras, pela colonização portuguesa. Fracassado o sistema inicial, vigorou o sistema de sesmarias, o qual condicionava sua concessão ao aproveitamento útil e econômico que geralmente não era atingido. O sistema de posses foi introduzido no Brasil em 1850, pela Lei 601, Lei de Terras, cujo conteúdo permitiu concluir que a aplicação do sistema de sesmaria originou a formação da propriedade privada. A Lei de Terras visava à regularização do sistema distributivo de terras, tornando legal a apropriação originária, a *ocupatio* e era condicionada à efetiva atividade exploratória do isolamento físico da demonstração do interesse pela gleba ocupada. Apesar de não se poder considerar função social da propriedade, o sistema de regularização de posses pode ser interpretado com antecedente da doutrina posterior que pressupõe o cumprimento da função social pela efetiva utilização da terra¹⁸. A relativização dos direitos privados, pela função social, ocorrida principalmente a partir de 1918, faz com que o bem-estar coletivo extrapolasse a responsabilidade da sociedade para incluir também o indivíduo. Os direitos individuais não são mais considerados como de interesse exclusivo do indivíduo, mas sim como instrumentos para a realização do coletivo. Atualmente, tornou-se praticamente impossível individualizar um interesse particular totalmente isolado, integralmente desvinculado do interesse público. A autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses a funções socialmente úteis. Há uma transferência de importância crescente para o atributo da personalidade do indivíduo vinculado à

¹⁸ GUEDES, Jefferson Carús. *op. cit.* p. 348.

liberdade, em detrimento à concepção romana de *dominium*, objetivando-se a correspondente adequação das finalidades sociais, sobremaneira a desejada redistribuição de rendas. A publicização ou desapatrimonialização do direito privado (civil) é sua “repersonalização”, cujo valor máximo é a dignidade da pessoa humana e não a proteção do patrimônio. Conforme Perlingieri¹⁹, a Constituição sucedeu o Código Civil enquanto centro do sistema de direito privado, este último teria perdido a centralidade de outrora. O papel unificador dos sistemas, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente privados, quanto naqueles de relevância pública, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. A norma constitucional é a razão primária e justificadora da relevância jurídica, incidindo diretamente sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, tornando-as funcionais, conforme os valores constitucionalmente consagrados. No mesmo sentido manifesta-se Gilberto Bercovici²⁰ defendendo a doutrina tradicional, segundo a qual a propriedade privada seria regulada pelo Código Civil e a Constituição Federal serviria apenas como limite ao legislador ordinário, não procede mais, apesar de reconhecer que a maior parte da doutrina civilista pátria ainda não aceita as mudanças já consolidadas pela Constituição de 1988. Finaliza Tepedino, evidenciando a necessidade da doutrina civilista em perder os preconceitos que ainda possui, em relação à resolução das situações privadas pelo texto constitucional.

Para Roberto Senise Lisboa²¹ a propriedade possui funções sociais decorrentes da política constitucionalmente traçada para ela. A expressão *função social da propriedade*, trata de um conceito jurídico indeterminado.

3.1 Aspectos Legais e Doutrinários

¹⁹ Idem, p. 6.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a função social da propriedade*. In: Revista de direito privado. Coordenação, NERY, Nelson e Rosa Maria. p. 74.

²¹ Lisboa, Roberto Senise. *Direito civil de A a Z*. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 268

Para o Código francês, bem como para o italiano de 1865, a propriedade era conceituada como o direito de gozar e dispor do bem, de modo absoluto. É a relação histórica que um ordenamento empresta ao problema do vínculo jurídico, mais intenso entre uma pessoa e um bem. A relativização da propriedade, o afastamento da pessoa do núcleo da idéia de propriedade a insere no patamar comum das coisas, sujeita aos fatos naturais e econômicos. A Constituição italiana de 1947 dispunha em seu art. 47, que a lei regulará a propriedade privada, com a finalidade de torná-la acessível a todos. A Constituição de Weimar, de 1919 foi a primeira a reconhecer a propriedade como dever fundamental (art. 153, última alínea) *A propriedade obriga. Seu uso deve ser, por igual, um serviço ao bem comum.* A Lei Fundamental de Bonn copiou e a consagrou por meio do seu art. 14, alínea segunda. O art. 544 do Código Napoleônico de 1806 definia o direito de propriedade como: *“la propriété le droit de jouir et disposer de choses de la manière le plus absolue”*. O Código Civil italiano de 1865, influenciado pelo francês, em seu art. 436 determinava que: *“a propriedade é o direito de dispor e gozar da coisa da forma mais ampla”*²². O Código Civil Espanhol, de 1889, não apresentou inovações e determinava em seu art. 148 que: *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa”*. A Constituição italiana, em seu art. 42, alínea segunda, bem como a espanhola, por meio do seu art. 33, 2, vinculam a propriedade privada ao atendimento de sua função social, consagrada no art. 5º, XXIII do Código Supremo pátrio. Percebe-se pela leitura prévia, a intenção dos respectivos legisladores, em direcionarem a responsabilidade diretamente aos particulares, impondo-lhes o dever fundamental de uso dos bens próprios, em conformidade com a destinação natural e as necessidades sociais. O Código Supremo alemão, por meio do seu art. 1, alínea 3, consagra o princípio da eficácia normativa imediata em matéria de direitos humanos, com correspondente enunciado no art. 5, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Efetivamente somente no século XX, inspirados no pensamento de Augusto Comte, pai do positivismo sociológico, juristas como Leon Duguit e Karl Renner identificaram o interesse social como instituto legitimador do direito de propriedade, posicionando-se contrários ao individualismo jurídico da época. A difusão do termo “função social da propriedade” deve-se a Duguit, quando em sua célebre lição de constitucionalista de Bourdeaux afirmava que a propriedade não é o direito do proprietário, mas sim sua função social, sua tarefa obrigatória de realizar, em virtude do lugar por ele ocupado na sociedade. Nasceu o conceito da função social como antítese ao direito subjetivo à propriedade, sendo na época, considerada radical a posição de Duguit, e a concepção que acabou efetivamente difundindo-se foi a da função social como característica remodeladora, não como antítese do direito subjetivo de propriedade.

Em sentido amplo, propriedade é o poder completo sobre determinada coisa²³. Cumpre ressaltar que o objeto do direito de propriedade é a propriedade corpórea material, mas não significa que a função social da propriedade imobiliária urbana, da propriedade mobiliária, inclusive a industrial e a intelectual sejam marginalizada pelo presente.

Considerando-se o texto constitucional vigente, torna-se imprescindível analisar quais são os dispositivos constitucionais representativos do efetivo exercício do direito de propriedade, pois estes é que participarão diretamente da conceituação da função social da propriedade. Evidente que a expressão *função social* isoladamente considerada tem significado e efeito jurídico característicos. Nesse sentido o direito positivo torna-se indispensável para a qualificação do vocábulo “social”, que só deve ser atribuído aos interesses que a *lei* definiu como principais merecedores de especial atenção do Estado, devendo ser dirigidos para a maioria da população. O adjetivo “social” assume o sentido de presunção legal, transparece o interesse na preservação de um bem social, porque assim a lei o determina. Nessa dimensão a idéia de função social da

²² Tradução livre.

²³ LISBOA, Roberto Senise, *op. cit.* p. 266.

propriedade emerge como o dever do proprietário de atender a finalidades relacionadas a interesses protegidos por lei. Por exemplo, quando a lei não autoriza o proprietário de um imóvel instalar placa publicitária, quer dizer que na condição de proprietário ele tem o dever de colaborar com um objetivo que é de não prejudicar a paisagem legalmente protegida²⁴. Genericamente utiliza-se o sentido administrativo do poder de polícia²⁵, vale dizer, por meio dele o Poder Público espera uma abstenção do particular, não se exige um *facere*, mas um *non facere*. Determina imperativamente o ordenamento jurídico: não polua, não construa desta forma, não cultive substâncias entorpecentes. O Poder de Polícia relaciona-se à atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos.

3.2 Evolução nas Constituições Pátrias

As Constituições de 1824 e de 1891 apresentavam o caráter individualista de propriedade compatível com o período histórico de suas edições, assegurando o direito de propriedade em sua plenitude, com exceção da desapropriação. A Carta Magna de 1934 introduzia, em seu art. 113, n. 17, a garantia do poder de propriedade não ser exercido contra o interesse social ou coletivo. O Código Supremo de 1946 foi o primeiro texto constitucional pátrio a, efetivamente, introduzir a definição de função social condicionando o direito de propriedade ao bem-estar social (art. 141, § 16 e art. 147). O art. 141, § 16 do texto constitucional de 1946 promovia a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A redação da Emenda Constitucional de 1969 manteve, em parte, o conteúdo do dispositivo anterior, em seu art. 160, III, procurando adaptá-lo à situação vigente, sem afastar a propriedade de sua característica básica, qual seja, o

cumprimento da função social²⁶. Influenciado pelo Código Napoleônico, diferente do conteúdo do art. 153 da Constituição de Weimar de 1919, cuja redação era: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”, o Código Civil pátrio de 1916 não trazia qualquer referência à funcionalidade da propriedade. Somente na Constituição de 1946 é que o dispositivo constitucional inscrito no art. 147, parecido com o da Constituição de Weimar adotou um aspecto funcional²⁷: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.” Referido aspecto foi reproduzido no art. 167 da Constituição de 1967, sendo a função social erigida ao *status* de princípio da ordem econômica e social, restando como segue o respectivo texto constitucional: “A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III- função social da propriedade. Art. 170”.

O Código Supremo de 1988 acolheu o direito à propriedade por meio do art. 5º, inserido no Título reservado aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, disposto no mesmo plano do direito à vida, à liberdade, igualdade. Na Constituição vigente o direito de propriedade alcançou *status* de direito inviolável, em sua extensão máxima, como riqueza patrimonial, inciso XXII do *caput* do art. 5º, e princípio da ordem econômica, inciso II do art. 170. Vincula simultaneamente referido direito à realização de uma função social pelos mesmos artigos e respectivos incisos XXIII e III, verificando-se a exigência para que a mesma atenda à função social. Para José Afonso da Silva²⁸, referida proposição reveste-se de um caráter programático, vale dizer, determina que os princípios sejam cumpridos pelos correspondentes órgãos,

²⁴ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Função social da propriedade*. In: Revista de Direito Ambiental. p.p. 115-126.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. p. 239.

²⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *op. cit.* p.p. 348-349.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *op. cit.* p. 45.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 138.

legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Entende também que a propriedade é um direito assegurado, não pode ser desconsiderado, mas condiciona-se sua utilidade, que dependendo da espécie, poderia inclusive ser socializada. O legislador constitucional preocupou-se em detalhar a pequena propriedade rural, a fim de excepcioná-la como bem inatingível, pela penhora em execução por débito decorrente da atividade exploratória, art. 5º, XXVI. As intangíveis pela desapropriação, art. 185, I, representadas pelas pequena e média propriedade produtiva. Percebe-se em ambos os casos a preocupação na preservação da função social da propriedade imobiliária agrária. O art. 186 e incisos I a IV do Código Supremo de 1988 reservam atenção especial à função social da propriedade imobiliária, rural, certamente por sua importância sócio-econômica e por ser considerado relevante na sobrevivência de uma comunidade.

4. INSTRUMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Inúmeros são os instrumentos de cumprimento da função social da propriedade. Em virtude da importância assumida no texto constitucional vigente, apresentam-se de diversas formas e são geralmente revestidos de eficácia e aplicabilidade advindas de fontes distintas. De sorte que, vale observar que referidos instrumentos emergem fundamentalmente do texto constitucional, são regulamentados por vasta e complexa legislação infraconstitucional especial analisada no presente estudo, bem como dos principais dispositivos apresentados pelo Código Civil de 2002, interpretados sob a ótica do direito privado.

4.1 Instrumentos Constitucionais

Erigido ao nível dos direitos e garantias fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos, o direito à propriedade é preliminarmente contemplado já no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Ainda no mesmo art. 5º, o inciso XXII garante o

direito constitucional de propriedade e o inciso XXIII do mesmo texto determina o atendimento de sua correspondente função social. O art. 21, *caput* e respectivo inciso XX, do Código Supremo vigente estabelecem a competência da União sobre as diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transportes urbanos. A proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como do meio ambiente e combate à poluição, em qualquer de suas formas e a preservação das florestas, fauna e flora, são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é o que estabelece o *caput* e incisos III, VI, VII, respectivamente do art. 23 do texto constitucional. O art. 30 da Constituição Federal vigente, por meio de seu *caput* e inciso VIII delega aos Municípios a competência de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O inciso IX transfere, também aos municípios, a competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A preocupação do legislador constitucional sobre o tema ambiental transparece, particularmente, no *caput* do art. 225, cujo texto garante, a

todos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. No já citado art. 23, VI, e em outros dispositivos constitucionais, como o art. 170, que apresenta em seu *caput* a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, como a responsável por assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados entre outros: a função social da propriedade, inciso III e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, inciso VI.

O bem-estar dos habitantes das cidades é assegurado pela política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme determinação das diretrizes gerais fixadas em lei, que têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de acordo com o determinado pelo *caput* do art. 182 e § 2º que estabelece o cumprimento da função social da propriedade urbana pelo atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, bem como o aproveitamento adequado do solo urbano expresso no respectivo § 4º. Garante assim, o art. 182 da Norma Vértice vigente o regramento do desenvolvimento das cidades e da função social destes aglomerados populacionais observando a forma de como cumprir a função social da propriedade urbana, referindo-se ao plano diretor de cada município, respeitando as peculiaridades locais. Outras atividades de função predominantemente sociais foram contempladas pela Carta Magna de 1988, como o prestígio da moradia da população de baixa renda (art. 183); produtividade, aproveitamento racional, preservação ambiental, respeito aos direitos trabalhistas e ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores (arts. 184 a 186); tombamento e desapropriação (art. 216, § 1º) proteção dos bens de natureza material e imaterial; a progressividade do IPTU (art. 156, § 1º), nos termos da lei municipal, assegura o cumprimento da função social da propriedade. Roberto Senise Lisboa²⁹ define usucapião constitucional como sendo a forma de aquisição da propriedade imóvel, pela posse contínua mansa e pacífica do bem, por tempo igual ou superior a cinco anos. Usucapião extraordinário de imóveis rurais, art. 191, e especial urbano, art. 183 e parágrafos, cujo conteúdo diminuam o prazo prescricional, são, indubitavelmente, dispositivos constitucionais reconhecedores do direito explícito de acesso à propriedade.

A Constituição Cidadã de 1988 não permite que o proprietário fique totalmente impedido de exercer seu direito de usar,

dispor, e fruir de seu bem. O ato normativo que deliberar nesse sentido pode não ser considerado inconstitucional, mas certamente garantirá o seu direito à indenização, pois será caracterizada uma desapropriação indireta³⁰. A Constituição Federal de 1988, também prevê, tutelando valores diversos, penas para o proprietário infrator da lei penal, perda de bens e conseqüente extinção da propriedade, (art. 5º, XLV e XLVI, b).

4.2 Instrumentos Infraconstitucionais

Os instrumentos infraconstitucionais da função social da propriedade são condicionamentos ao direito de propriedade, objetivam preservar interesses e valores específicos, integram uma legislação dirigida a impor restrições diretas ao proprietário. A Legislação extravagante, o Estatuto da Terra-Lei n. 4.504 de 30 de novembro de 1964 e o Código Civil estão em vigor no que

não contrariarem o Código Supremo vigente³¹. O Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/64, prevê que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.³² O Dec. Federal n. 95.715/88 regulamenta as desapropriações para efeitos de reforma agrária, relaciona o respeito da propriedade rural aos princípios da ordem econômica e social, na exploração da propriedade rural, ao: 1. cumprimento da legislação trabalhista e de contratos de uso temporário da terra; 2. ao aproveitamento das potencialidades ou obtenção de grau mínimo de produtividade, por meio de métodos e técnicas adequadas; 3. à preservação de recursos ambientais e 4. ao desenvolvimento de atividades compatíveis com a vocação ou utilização econômica (art.3º). Leciona Celso

²⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. p. 52.

³⁰ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *op. cit.* p. 123.

³¹ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 74.

³² GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *op. cit.*, p. 119.

Bandeira de Mello³³ ser o direito de propriedade onerado diretamente em favor de utilidade pública pelo instituto da servidão administrativa, impondo ao proprietário restrição específica sobre seu bem. A Lei Federal n. 6.766/79, de natureza urbanística, impõe ao proprietário de gleba determinados deveres para o parcelamento do solo urbano. A Lei Federal n. 6.803/80 estabelece diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição. A Lei Federal n. 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. As duas últimas criam mecanismos de controle do uso da propriedade por particulares, a fim de preservar o meio ambiente. A Lei Federal n. 6.386/76, art. 34, § 2º e o Código Penal, art. 91, II tratam de legislação considerada repressiva, prevê o confisco de instrumentos do crime, hipótese radical de extinção da propriedade de determinados bens. O Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 5º lista os inúmeros casos de utilidade pública que autorizam a perda da propriedade.

A Lei Federal n. 4.132/62 aponta hipóteses de interesse social que fundamentam a desapropriação, bem como demonstram o objetivo de promover a justa distribuição da propriedade e de condicionar seu uso ao bem-estar social, efetivas ações de política fundiária e de justiça social. O Dec.-Lei Federal n. 25/37 (art. 1º, *caput* e § 2º) protege o patrimônio histórico nacional. Diversos interesses são tutelados por meio de legislação estadual e municipal, especificamente, a lei de uso e ocupação do solo, o código de obras e o código sanitário, condicionam o proprietário a respeitar, respectivamente: a segurança da edificação (fundações e estrutura); o conforto ambiental (ventilação, circulação, iluminação, condições térmicas etc.); o urbanismo (uso e ocupação de solo, permeabilidade do solo; gabarito das edificações, estética, etc.); a segurança de instalações (gás, eletricidade, incêndio); a saúde (água e instalações sanitárias) e o meio ambiente (coletas de esgoto e de lixo)³⁴.

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01, estabelece em seu art. 1º, § 1º, normas de

ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, por meio do *caput* do art. 2º determina que, a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Ainda pelo inciso VI do mesmo art. 2º, referido Estatuto insere a ordenação e controle do uso do solo entre suas diretrizes gerais, a fim de evitar, por exemplo: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não-utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental. Eis a forma clara e inequívoca em promover o adequado aproveitamento do solo urbano, em sintonia direta com o preceito do § 4º, do art. 180, da Constituição Federal de 1988. A regulamentação dos artigos. 182 e 183 do texto constitucional vigente, pelo Estatuto da Cidade, demonstra claramente, o avanço na interferência do Poder Público sobre a propriedade urbana. Tal fato exterioriza-se particularmente na efetiva intenção de impedir a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não-utilização (inciso VI, e). Lei municipal determina o parcelamento, a edificação ou a utilização, compulsórios, do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 5º). Tais dispositivos determinam nova leitura do art. 524 do Código Civil de 1916 (art. 1.228 do novo Código Civil), pois impõem ao proprietário o ônus de dar, necessariamente, alguma destinação a seu imóvel, do qual não poderá dispor com a mesma liberdade sob pena de cobrança do IPTU progressivo e desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública (artigos. 7º e 8º).

A Lei Orgânica Municipal de São Paulo, de 4 de abril, de 1990, demonstra de forma

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 678.

³⁴ GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *ob. cit.* p. 119.

expressa a preocupação do legislador infraconstitucional com o social e a função da propriedade (art. 151, § 1º), impondo para a Administração correspondentes deveres, a fim de “assegurar o cumprimento da função social da propriedade”.

4.3 Do Código Civil de 2002

O Código Civil vigente contempla a função social do contrato na parte do Direito das Obrigações, bem como da propriedade. O legislador infraconstitucional, no art. 2.035, e parágrafo único observou, ainda, a eficácia temporal, fazendo retroagir os efeitos da nova norma a negócios que contrariem os preceitos provenientes da ordem pública voltados a garantir a função social da propriedade. Distinto da Constituição Federal de 1988, que define e descreve a forma para o atendimento da função social da propriedade, nos incisos I a IV do art. 186, o Código Civil define os limites temporais de negócios conforme segue: a) negócios realizados antes de 11.01.2003 são regidos por leis do tempo de sua celebração; b) os efeitos desses negócios seguem a regra do tempo do contrato, até o limite de 10.01.2003; c) os efeitos devem seguir a nova lei (novo Código Civil), a partir de 11.01.2003; d) se o negócio *previu exceção*, podem os efeitos não ser atingidos pelo novo Código Civil, desde 11.01.2003; e) ainda que tenha sido prevista exceção imunizando o contrato das conseqüências de regras de ordem pública relacionadas à função social da propriedade, dos contratos ou outra, sofrerá limitação na autonomia privada, perdendo efeito a exceção e sendo limitada pela nova norma (Código Civil de 2002). Além do art. 187 do Código Civil atual, não há outra referência expressa à função social. Entretanto, mereceu a função social do contrato referência expressa pelo art. 421, ao restringir a liberdade de contratar com a função social. Estabelece o inciso III do art. 1.275 do Código Civil a perda da propriedade pelo abandono de seu proprietário. O § 2º, do art. 1.276 do Código Civil de 2002 trata da arrecadação dos imóveis abandonados e o § 1º prevê a arrecadação dos imóveis rurais, após três anos de desinteresse pelo proprietário, demonstrando outra hialina intenção da

destinação social da propriedade, em face da inação e descaso do proprietário.

Para Silvio Venosa³⁵ a propriedade assume uma nova perspectiva no Código Civil de 2002, qual seja, seu sentido social. Nesse sentido a redação do art. 1.228, § 2º é determinante ao proibir atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, utilidade ou vantagem e sejam motivados pela intenção de prejudicar outrem. O § 1º, do Código Civil estabelece as diretrizes gerais da função social da propriedade, em consonância com os dispositivos constitucionais expressos pelos artigos 5º, XXIII e 170, III. A redação do art. 1.228 da Lei 10.406 de 10.01.2002, estabelece que: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha”. Pouco inovou comparando-se ao art. 524, do Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro, de 1917 cujo texto determinava que: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua”.

A seguir são listados os principais artigos, conexos ao 1.228, e correspondentes disposições: 186 e 187 (abuso de direito); 952 (usucapião ou esbulho, indenização); 1.231 (propriedade presume-se plena e exclusiva); 1.275, V (perda da propriedade, desapropriação); 1.277 (direito de vizinhança); 1.359 (propriedade resolúvel); 1.784 (abertura de sucessão); 2.030 (disposições transitórias, prazos).

5. CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo do presente estudo que o conceito de propriedade evoluiu desde sua antiga definição, originada no direito romano, transformando-se em direito, por convenção jurídica, e atingindo *status* de direito fundamental coincidindo, por fim, com o interesse coletivo tutelado pela função social. Em nosso ordenamento jurídico a denominada Lei de Terras, Lei n. 601 de 1850 foi considerada, em virtude do sistema de regularização de posses que dispunha sobre a efetiva utilização da terra, como dispositivo

³⁵ VENOSA, Silvio. **Direitos Reais**. p. 199.

precursor de sua função social. A Constituição de Weimer, de 1919, foi a primeira a reconhecer a propriedade como dever fundamental.

Reconhecidamente, foi Leon Duguit o idealizador do termo “função social da propriedade”. Criticado em sua época, foi considerado radical por difundir o termo *função social da propriedade* como antônimo do direito subjetivo. Dentre as controvertidas correntes doutrinárias sobre o tema, alguns autores classificam a função social como uma limitação, outros, a interpretam como função e não direito.

A nosso ver, por todo o exposto, a função social da propriedade é um direito condicionado. A Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, atribuiu ao direito de propriedade condição especial equiparando-o aos direitos e garantias individuais, produzidos pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, fruto da marcante Revolução Francesa, marco do constitucionalismo moderno e instrumento catalisador da implantação do Estado Liberal de Direito.

Restou assim, evidente a intenção do legislador constitucional, confirmada pelo correspondente legislador codificador do Código Civil de 2002, em, por um lado afirmar a função social da propriedade como um direito fundamental, uma *cláusula pétrea*, por outro, demonstrar o cuidado em não interferir no anterior e secular direito de propriedade. Nessa dimensão a previsão legal constitucional, sobre o direito à propriedade, disposta juntamente com os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, presentes, já no *caput* do art. 5º do Código Supremo vigente, em franca consonância com os incisos XXII e XXIII do mesmo artigo, não garante direito ilimitado ao proprietário, para usar, gozar e dispor da coisa, previsto pelo art. 1.228 do Código Civil.

Conclui-se sob os influxos das doutrinas analisadas e dos paradigmáticos dispositivos legais que, apesar de exercer papel limitador, em virtude da necessidade de atender o interesse coletivo, sobre o direito à propriedade, considerado *erga omnis*, não deve a função social excedê-lo.

REFERÊNCIAS *

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8. ed. São Paulo: RT, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a função social da propriedade**. In: Revista de direito privado. Coordenação Nelson e Rosa Maria Nery. Ano 2. jul./set. de 2001. RT.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ano 5- nº 10 - jul/dez de 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. Coord. ALVIM, Arruda. CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. ROSAS, Roberto. São Paulo: RT, 2003.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Função social da propriedade**. In: Revista de Direito Ambiental. Ano 8. jan./mar. de 2003. Editora RT.
- LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. Barueri: Manole, 2008.
- _____. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo, RT, 2002, v. 4.
- MÁRIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.IV.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- MUKAI, Toshio. **Plano diretor e função social e ambiental da propriedade**. In: Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental. Ano 1, nº 5, set/out 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PORRU, Paola Maria. **La proprietá fondiaria in Itália e in Brasile**. In: Revista Derecho y Reforma Agrária. nº 22, ago/1990.
- TEPEDINO, Gustavo. **Função social da propriedade e legalidade constitucional**. SCHREIBER, Anderson. In: Revista do Departamento de Direito da PUC do Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, v.9 – n. 17 – p.41 a 57- ago/dez 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. **Código Civil anotado**. São Paulo: Atlas, 2004.

RESUMO

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

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

ABSTRACT

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

Keywords: Information Society; Right to Privacy; Internet.

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

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

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

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

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

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

Segundo Barreto⁴, ao tratar dessa conceituação de Castells:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Idem

⁹ Idem, *ibidem* pág. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ COSTA JUNIOR. Paulo José, op. cit.

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

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

3. DO DIREITO À PRIVACIDADE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Idem, ibidem.

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

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

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

²² Op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem.

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

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

²⁸ Idem.

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

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem.

³² Idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁶ Op. cit., pag. 160.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ Idem.

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

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

Ainda Carlos Alberto Bittar⁴⁹ explica:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Op. cit., pag. 604.

⁵¹ Idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ Op. cit., pág. 24

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

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

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

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

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

⁶⁶ Op. cit., pág. 69.

elemento diretor para o desenvolvimento e interpretação⁶⁷.

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

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

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

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

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

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

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

PARTE III

Artículo 6

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

RESUMO

Discute-se neste artigo o serviço público de saneamento básico e os principais aspectos da Lei nº 11.445/07 editada para regular a prestação deste serviço no país, visando solucionar antigo problema social das cidades brasileiras. Questiona-se, em especial, o artigo 40, inciso V, da nova legislação que trata da possibilidade de corte do fornecimento de água em afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Saneamento básico. Lei nº 11.445/07. Distribuição de água. Inadimplemento. Corte ou Interrupção. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article discusses the utility of basic sanitation and the main aspects of Law No. 11.445/07 issued to regulate the provision of service in the country, aiming to solve the social problem of old cities. It is questionable, in particular, Article 40, paragraph V, the new legislation that deals with the possibility of cutting off the supply of water in violation of the fundamental principle of human dignity.

Keywords: Basic sanitation. Law No. 11.445/07. Water supply. Insolvency. Cut or break. Human dignity

* Professora de Direito Administrativo das FMU- Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada graduada pelas FMU. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES – Universidade Metropolitana de Santos.

1. INTRODUÇÃO

Questão bastante discutida na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao corte de fornecimento de água em razão do inadimplemento do consumidor. É importante destacar que a matéria posta assume antes de mais nada um cunho constitucional, na medida em que os serviços de saneamento básico, dentre os quais se encontra o de distribuição de água, são tidos como essenciais à saúde das pessoas.

De fato, o saneamento básico corresponde a uma série de políticas voltadas à melhoria do meio físico onde a pessoa humana habita, visando criar melhores condições de salubridade a fim de assegurar a vida e a saúde dos habitantes de determinada localidade. Dessa forma, estabelece-se íntima relação entre o saneamento básico e a saúde da pessoa humana.

Modernamente, tem-se entendido como ações integrantes do saneamento básico no Brasil as seguintes: abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza pública, incluindo todas as fases de manejo de resíduos sólidos domésticos, drenagem pluvial e até controle de artrópodes (grupo de invertebrados que compreende os aracnídeos, crustáceos e insetos) e roedores.

Inúmeros são os casos de doenças diretamente ligadas à falta de saneamento básico no Brasil. Dessa forma, há íntima ligação entre a saúde e bem-estar do homem e o direito ao saneamento adequado, de modo a indicar que é impossível falar em saúde sem discorrer a respeito do saneamento básico. Assim, a solução para uma sadia qualidade de vida de nossos habitantes deixou de ser uma questão apenas de saúde pública e ganhou contornos sociais.

Para que essa mudança aconteça, o país deve propor a solução definitiva nas áreas das políticas públicas, especialmente no campo da medicina preventiva e no de saneamento básico adequado. Sem essas medidas sociopreventivas é impossível começar qualquer mudança no país e assegurar um desenvolvimento sustentável das cidades e do meio ambiente nacional.

O artigo 225 da Constituição Federal, marco inovador de proteção ambiental constitucional, refere-se ao bem ambiental como de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida, consagrando-o como um bem de natureza metaindividual, vale dizer, bem que pertence a todos ao mesmo tempo, podendo ser usufruído por toda a coletividade de pessoas, dentro dos limites fixados pela própria Carta Constitucional.

No caso de saneamento básico, a questão não é diferente, dada sua natureza de bem ambiental. De fato, o direito ao saneamento básico assegura não somente a saúde da pessoa, com sua integralidade físico-psíquica, mas também impõe ao Poder Público, em especial o municipal, uma vez que é no Município que a pessoa desenvolve suas atividades cotidianas, o dever de fornecer condições mínimas de sobrevivência e de vida digna, tal como distribuição de água, esgotamento sanitário, coleta e tratamento de resíduos sólidos, habitação regular e adequada, dentre outros serviços.

O descaso e a ausência de investimentos públicos na área de saneamento básico têm contribuído para a situação de caos e de abandono, principalmente nos centros urbanos, em que é possível detectar problemas de contaminação de mananciais, habitações irregulares e ocupações por favelas, enchentes e lixos, dengue, diarreia e morte anuais.

Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 11.445/2007, distribuída em dez capítulos, consagrada como um marco regulatório no direito ambiental brasileiro, pretendendo resolver de forma definitiva os problemas decorrentes do serviço de saneamento básico no Brasil.

2. PRINCÍPIOS DA LEI Nº 11.445/07 PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

A Lei nº 11.445/2007 é federal e cuida de tratar as diretrizes nacionais de saneamento básico – LDNSB – Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico –, e das normas para a política federal de saneamento.

Após longo período de tramitação no Congresso Nacional, a Lei nº 11.445, de 5 de

janeiro de 2007, foi aprovada com fulcro nos artigos 21, inciso XX da Constituição Federal, segundo o qual “compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, bem como nos artigos 200, inciso IV da mesma Carta que dispõe que “ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei participar da formulação e da execução das ações de saneamento básico”, tendo em vista a íntima relação entre a saúde e o tema exposto.

Uma análise das exposições de motivos que acompanham a referida Lei dá conta, dentre outras questões, da necessidade urgente deste marco regulatório, haja vista que o antigo PLANASA – Plano Nacional de Saneamento Básico – mostrou-se insuficiente para resolver definitivamente a questão do saneamento básico no país, bem como em razão de diversos contratos de concessão de serviços públicos nesta área que já se findaram ou que estão na iminência de se extinguirem, levando os Municípios a assumirem diretamente a prestação deste serviço ou contratar com a iniciativa privada, motivo porque a Lei é necessária para dar uma melhor regulação dos serviços que passarão a ser prestados sob esse título.

Preconiza, assim, o artigo 1º da referida norma que “esta Lei estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico”. Em relação ao artigo 1º da referida Lei cabem algumas observações iniciais.

A Lei nº 11.445/2007, com fulcro propriamente no artigo 21, inciso XX da CF, estabelece *diretrizes nacionais*. Ao que tudo indica, a expressão *diretrizes* refere-se à ideia de normas gerais sobre o saneamento básico, a serem seguidas por todos os entes da Federação, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que tais diretrizes são nacionais, aplicáveis a todos os entes federativos, sem exceção.

Assim, à União coube estabelecer apenas normas gerais sobre a matéria, evitando que tal ente federativo disponha sobre minúcias e particularidades cabíveis aos demais entes federados, Estados, DF e Municípios. E não poderia ser diferente, já que a Lei nº

11.445/2007, ao assim agir, somente veio respeitar as disposições constitucionais de repartição de competências previstas entre os entes.

De fato, Luiz Henrique Antunes Alochio, ao comentar a opção legislativa a respeito do termo *diretrizes*, assim se manifestou:

Bem agiu o legislador, pelo menos, ao referir no art. 1º que a nova lei dispõe a respeito de ‘diretrizes nacionais’ sobre o saneamento básico. Agiu bem por duas razões: a primeira, pois a palavra ‘diretrizes’ define o tom dos limites das ‘normas gerais’ federais sobre a questão do saneamento, nível este que preferencialmente deveria ser respeitado pela União, evitando ingressar em minúcias (geralmente competência normativa local). Por outra banda, o uso da expressão ‘nacionais’ nos indica que não se trata de uma Lei Federal, mas, isto sim, de uma Lei Nacional, quanto às diretrizes do saneamento. Evita-se, em tese, uma intervenção legislativa da União em assuntos de interesse local ou estadual (pelas regiões metropolitanas). Mas, é necessário o cuidado na interpretação, pois não basta a lei dizer que dita regras gerais e diretrizes: é preciso que o conteúdo normativo seja, de fato, uma diretriz.¹

Realmente, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 também atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente em matéria de direito urbanístico, dentre a qual se destaca a disciplina de saneamento básico, cabendo à União editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal editar normas específicas. Além disso, lembre-se que a competência da União para editar normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e DF, que poderão esclarecer mais detalhadamente as normas gerais editadas pela União.

¹ **Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007)**, Campinas, SP: Millennium, 2007, p. 3.

Quanto aos Municípios, a Constituição Federal, no artigo 30, atribui a este ente federado competência para legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I); suplementar a legislação federal e a estadual no que couber – entenda-se “dentro de seu interesse local” – (inciso II), bem como organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (inciso V), no qual também se inclui o de saneamento básico.

Paulo José Villela Lomar, em obra coordenada por Toshio Mukai, comenta a questão destacando nesse sentido que:

Por oportuno, importa assinalar que, na aplicação das diretrizes nacionais, deve ser considerada a posição institucional de cada ente federativo no seio da federação, o que implica a observância do princípio da subsidiariedade implícito no sistema federativo brasileiro. Subsidiariedade significa a aplicação efetiva do princípio da descentralização política inerente ao sistema federativo, de modo que se respeite a autonomia municipal para atendimento do interesse local, reservando-se a atuação do Estado Federado para as matérias intermunicipais de interesse público, que afetem ou interessem à população de dois ou mais municípios situados em seu território, e da União para as matérias interestaduais, que afetem ou interessem à população de dois ou mais Estados Federados.²

Além disso, a Lei nº 11.445/2007 ainda cuida de normas para a política federal de saneamento básico, conforme preceitos do próprio artigo 1º, vale dizer, regras que estão a cabo dos órgãos e entidade federais na política de saneamento básico, reunidas no capítulo IX, artigos 48 a 53 da Lei, que deverão, obviamente, respeitar as esferas estaduais e municipais de atuação.

² MUKAI, Toshio (coord.). **Saneamento básico. Diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

Por sua vez, o artigo 2º estabelece os princípios fundamentais a que se sujeitam os serviços de saneamento básico. De fato, como a Lei nº 11.445/2007 traça as diretrizes nacionais do saneamento básico, é fácil perceber que várias dessas diretrizes se apresentam sob a forma principiológica, aplicando-se a todos os entes da Federação no atendimento deste serviço, sem exceção.

Passamos, a seguir, a abordar quais são esses princípios fundamentais.

Estatui o artigo 2º que “os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I – universalização do acesso”. Coloca-se a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico como primeiro princípio fundamental de sua prestação. É o acesso a todos os serviços de saneamento básico por todos os cidadãos, sem exceção.

Na verdade, a consagração do princípio da universalização do acesso é uma decorrência lógico dos próprios princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal.

Em outras palavras, todos têm direito fundamental à cidade que possibilite vida digna. Tal cidade deve ser aquela dotada de infra-estrutura urbana adequada, que abrange a destinada ao saneamento básico, e na qual sejam prestados os serviços públicos compreendidos por este conceito, sem prejuízo da moradia, do trabalho, do transporte urbano e do lazer. A maioria da população vive nas cidades onde exerce a cidadania e os seus direitos fundamentais e, portanto, tem direito à vida digna numa sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da Constituição Brasileira).³

Luiz Henrique Antunes Alochio esclarece de forma bem interessante que a universalidade não se confunde com generalidade, porque não é simplesmente colocar o serviço de saneamento básico à

³ Ibid., p. 17.

disposição dos usuários, mas garantir efetivamente o serviço a todos, comentando o referido autor ainda a respeito das consequências da universalização:

O serviços de saneamento não é um fim em si mesmo. Ele é um vetor para a obtenção da salubridade ambiental, de condições de vidas dignas e outras tantas situações. Somente se o saneamento fosse um fim em si mesmo, bastaria a mera generalidade para colocá-lo à disposição dos usuários. Porém, no caso da universalidade, é preciso que o serviço seja efetivamente acessado e usufruído para que se atinjam objetivos maiores: v.g., a salubridade ambiental e condições de saúde para os cidadãos, como já referido. Digase, ainda, agora observando sob a perspectiva da contributividade, o Princípio da Universalização autorizará os subsídios para que se possam construir tarifas ou taxas sociais e para que se limitem aos casos extremos as possibilidades de suspensão de fornecimento em situações de inadimplência. Decorrerá também desse princípio a regra do art. 30, III, quando faz referência a consumo mínimo, de forma a preservarem-se o interesse da saúde e outros valores inerentes ao saneamento, e às tarifas mínimas para que se possa manter o serviço à disposição dos usuários (art. 30, IV).⁴

O próximo princípio fundamental é o da integralidade (art. 2º, inciso II). Significa dizer que a Lei nº 11.445/2007 pretende que o serviço de saneamento básico seja integral, que sejam empreendidas todas as ações e atividades que compõem o serviço de saneamento para o adequado atendimento da população, com a maior eficiência. Enquanto a universalização diz respeito aos usuários, já que garante o pleno acesso, a integralidade diz

respeito ao próprio serviço de saneamento, cujas ações deverão ser integradas para satisfazer as necessidades dos usuários. Assim, todos os serviços integrantes do saneamento deverão ser integrados para maximizar os resultados.

Dessa forma, os serviços de abastecimento de água deverão ser integrados com o de coleta de esgoto, com o de drenagem de águas pluviais e com o de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana. É integralização de todos os serviços que compõem o chamado direito de saneamento. Na verdade, essa integralidade das ações voltadas à satisfação dos serviços de saneamento levará a outra consequência adotada pela Lei, que é a prestação regionalizada dos serviços.

Além disso, a Lei nº 11.445/2007 ainda estabelece em seu artigo 2º, inciso III, o princípio do abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente. Tal diretriz parece ser óbvia, já que a realização das atividades de saneamento básico não deverá contrariar as regras de saúde pública e de meio ambiente. Da mesma forma e na mesma esteira do raciocínio, os serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais devem ser adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado (art. 2º, inciso IV).

A preocupação do legislador no que tange ao assunto existe porque, conforme explica Luiz Henrique Antunes Alochio, tais serviços de drenagem e manejo de águas pluviais sempre foram destituídos de arrecadação direta por parte do Poder Público ou da empresa concessionária, de modo que

são deixados em segundo plano. Agora, a Legislação Nacional que traz as diretrizes do saneamento elege, enquanto princípio, a necessidade de se tornarem disponíveis, em todas as áreas urbanas, os serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais. E mais, esses serviços devem ser disponibilizados de maneira tal que sejam adequados à

⁴ **Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007)**, p. 6.

saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado.⁵

O artigo 2º, inciso V, por sua vez, fala na adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais. É claro que a intenção do legislador está voltada à prestação das atividades de saneamento, levando-se em conta as particularidades de cada região ou de cada localidade. Isso fica fácil de entender já que pela extensão do território nacional é evidente que o Poder Público irá se deparar com situações que exijam métodos e planejamentos diferenciados, o que deverá ser atendido e não ignorado pelo administrador ou prestador do serviço. Evita-se, com tal princípio, a elaboração de modelos prontos de planejamentos, pois estes serão incapazes de atender as especificidades locais.

O artigo 2º, inciso VI da Lei nº 11.445/2007, ainda estabelece a necessidade de articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante. Assim, o que se pretende é que a prestação dos serviços de saneamento básico seja feita de modo compatível com as demais políticas públicas de desenvolvimento urbano e regional e de toda e qualquer política voltada à melhoria de vida dos habitantes. Vedam-se atitudes isoladas que não poderão contribuir para a melhoria da vida nas cidades.

Por sua vez, também foi consagrado pela lei o princípio da eficiência e sustentabilidade econômica (art. 2º, inciso VII). Eficiência, já que os serviços de saneamento básico deverão ser prestados buscando-se o melhor resultado, a melhor qualidade, o menor tempo e o menor gasto. Todos os aspectos da eficiência deverão ser observados na sua prestação, sem exceção. Economicidade ou sustentabilidade econômica significa que o prestador está autorizado a cobrar tarifas, taxas e tributos capazes de

angariar recursos suficientes para a busca dessa eficiência. Os serviços demandam custos que deverão ser repartidos entre os consumidores. Claro que:

a sustentabilidade econômico-financeira, segundo a lei, deve ser compatível com a adoção de subsídios tarifários e não tarifários, sempre que necessário, para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.⁶

A Lei nº 11.445/2007 ainda prevê no artigo 2º, inciso VIII, a utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas. O legislador então estabelece a necessidade de serem adotadas as técnicas apropriadas aos serviços de saneamento básico, variando tal tecnologia conforme a capacidade contributiva dos seus usuários. Há de se tomar muito cuidado com a interpretação deste princípio, que poderá levar a um equívoco muito perigoso.

Com certeza não foi intenção do legislador estipular que para consumidores ricos as técnicas serão umas e para consumidores pobres as técnicas serão outras, ou nenhuma. Tanto é verdade que o mesmo artigo fala na adoção de soluções graduais e progressivas.

Porém, há uma ponderação principal a ser feita: a falta de condições econômicas dos usuários, por si, não pode ser fator impeditivo ou mesmo inibidor da adoção de melhores tecnologias. Há que se considerar a possibilidade de subsídios diretos, como previsto no art. 3º, VII, no art. 11, § 2º, III, alínea c, no art. 12, § 1º, II, no art. 23, IX, no art. 25, § 2º, no art. 29, § 20, e ainda

⁵ Ibid., p. 5.

⁶ Toshio Mukai (coord.). **Saneamento básico. Diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007**, p. 18.

no art. 31, todos transcritos ao final do livro (Anexo I).⁷

alteração deste paradigma, gerando confiabilidade na área de saneamento.⁸

Outro princípio instituído é a transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados, conforme artigo 2º, inciso IX. Essa transparência é uma exigência necessária para o próprio controle social e decorre do próprio princípio da publicidade aplicável a todos os Poderes Públicos, em qualquer esfera do governo (art. 37, *caput*, da CF). Quanto maior a publicidade, maior o controle social. De fato, com a transparência, a Lei nº 11.445/2007 pretende que os entes federados, aos quais cabem as prestações dos serviços públicos de saneamento básico, mantenham um cadastro de informações sobre dados relevantes a respeito do planejamento e prestação de tais serviços.

Mas a transparência não significa apenas isso. Seguindo exemplo do que foi adotado pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), cuja diretriz fundamental é a participação social democrática na gestão das cidades, pelo princípio da transparência parece que o legislador também intenta que sejam oferecidas todas as possibilidades de participação popular no planejamento e na implantação dos serviços de saneamento básico, tais como consultas à população, acompanhamento na execução dos planos, debates, audiências públicas, que se fizerem necessárias.

O processo decisório deverá ser institucionalizado, aberto, franco, representativo da necessidade de boa-fé e de confiança mútua entre usuários e gestores dos serviços. Hoje, nem mesmo se tem certeza, na maioria das vezes, em que razões se baseiam as políticas de taxas e tarifas. Raramente se divulgam as razões pelas quais foram eleitos os valores das tabelas de cobrança: há um vácuo de informação. O princípio da transparência pretenderá ser um marco na

A Lei nº 11.445/2007 ainda estatui o princípio do controle social (art. 2º, inciso X). Como dito anteriormente, decorrência direta do princípio da transparência. Espera-se, sinceramente, que tal princípio não se torne letra morta da Lei, mas se efetive com ampla participação popular no processo decisório das medidas e dos planos voltados à prestação de um serviço que influenciará frontalmente o desenvolvimento urbano de seus usuários.

A nova legislação ainda se refere aos princípios da segurança, qualidade e regularidade dos serviços de saneamento básico (art. 2º, inciso XI). Quanto à segurança e qualidade dos serviços de saneamento básico não há muito a se dizer. Os serviços de saneamento básico devem ser prestados de maneira segura, sem expor os consumidores e o meio ambiente a riscos. Da mesma forma, os serviços devem atender padrões de qualidade mínimos, sejam prestados direta ou indiretamente.

3. O CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Interessante questão que se coloca é no tocante à regularidade dos serviços de saneamento básico, surgindo dúvida que sempre pairou na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade ou não de cortes no fornecimento destes serviços.

A respeito deste tema é importante destacar que a Lei nº 11.445/2007 tenta pacificar o entendimento trazendo, em seu artigo 40, cinco situações autorizadas de interrupção dos serviços, dentre as quais se encontra aquela que se refere ao corte por inadimplemento do consumidor.

Assim, dispõe o citado artigo 40 da Lei:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;

⁷ Luiz Henrique Antunes Alochio, **Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007)**, p. 13.

⁸ *Ibid.*, p. 14.

II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;

IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e

V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§ 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.

Sobre a possibilidade de corte do fornecimento de água por inadimplemento do consumidor, Alochio comenta a questão nos seguintes termos:

(...)

e) Inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado: não se pode usar o corte de fornecimento com coação para quitação de inadimplências. Se, por ventura, as faturas atuais estejam quitadas, não se pode suspender o fornecimento para coagir os pagamentos dos meses pretéritos. Já decidiu o Superior

Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento n. 676.901 – RS, Rel. Min. José Delgado, que o corte de água potável pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável, pois, a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, em relação aos quais a companhia deve utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC.⁹

Nesse mesmo sentido, cita-se ainda a seguinte decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito:

Processo: AgRg no REsp 1074977
RJ 2008/0158909-7
Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA
Julgamento:01/10/2009
Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA
Publicação: DJe 14/10/2009

Ementa

“ADMINISTRATIVO. ÁGUA. FORNECIMENTO. CORTE. DÉBITO ANTIGO. ILEGALIDADE.

1. É indevido o corte do fornecimento de água nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias por meio das vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir-se o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental não provido.

Por sua vez, Ricardo Kling Donini, em artigo publicado a respeito do tema, defende de maneira bem criteriosa a **inconstitucionalidade** deste dispositivo legal. De fato, a interrupção dos serviços de abastecimento de água, considerados indispensáveis e essenciais à vida dos cidadãos não pode ficar à mercê de eventuais

⁹ **Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007)**, pp. 107-108.

inadimplementos dos usuários, cabendo ao Poder Público Municipal ou ao prestador dos serviços outros mecanismos jurídicos viáveis para a resolução da inadimplência.

Confira-se nesse sentido o trecho do citado artigo:

Ora, embora seja um serviço que pressupõe remuneração do usuário, a ausência de água implica necessariamente na negação ao usuário de elemento essencial à vida, valor que transcende a esfera jurídica e constitucional. Ademais, a previsão constitucional (art. 1º, III) da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito traz a importância que o legislador constitucional deu aos elementos que compõem tal dignidade. Com isso, entendemos que podem o Estado e seus prestadores de serviço se valer de todos os mecanismos legalmente possíveis para buscar o pagamento dos valores, como execução judicial, penhora de bens que não o de família, e busca de fraudes que escondam o patrimônio do usuário. Todavia, não encontrados pelo Estado ou por seu prestador de serviços, bens que possam dar azo ao adimplemento das dívidas, não há suporte constitucional, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, para se interromper o fornecimento de água ao usuário, exatamente por ser ônus do Poder Público a manutenção da vida e dignidade de seus cidadãos, caracterizando-se a inconstitucionalidade. O que consideramos relevante para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços, quando é o caso, é a previsão contratual de mecanismos de compensação ao prestador nos casos de inadimplência sem real capacidade patrimonial de pagamento. Seja por meio de compensações fiscais, seja por meio de recursos orçamentários, há diversos modos de se manter o equilíbrio dos contratos sem

prejudicar o usuário desamparado financeiramente.”¹⁰

Com razão o autor acima a respeito do tema ao defender a inconstitucionalidade do artigo 40, inciso V da Lei nº 11.445/07. Admitir-se o corte do fornecimento de água, ainda que somente no que tange a débitos atuais do consumidor, após sua devida notificação, é consagrar um retrocesso no direito brasileiro violador da dignidade da pessoa humana.

Assim, não se pode admitir que os serviços de distribuição de água potável, diante de sua essencialidade e imprescindibilidade para uma vida digna, cedam em face da inadimplência do consumidor, ainda mais quando se consagra constitucionalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), estando a Lei nº 11.445/07, em flagrante inconstitucionalidade material.

A dignidade da pessoa humana, que, nos termos do postulado de Rizzatto Nunes, é o “primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”, constitui-se em verdadeira linha mestra que deverá ser seguida no estabelecimento dos demais direitos exigidos para que a pessoa viva na sociedade contemporânea, ao menos nos padrões mínimos suficientes para a consecução de suas necessidades básicas e o desenvolvimento de suas potencialidades.¹¹

Enfim, a prestação dos serviços de saneamento básico é um dever do Estado e das concessionárias, que deverão respeitar os princípios da universalidade de acesso e regularidade da prestação, sem qualquer interrupção, cabendo a eles buscar por todas as vias cabíveis judicialmente a cobrança dos débitos em aberto, por se tratar da interpretação mais compatível com os

¹⁰ DONINI, Ricardo Kling. Saneamento básico e a Lei nº 11.445/07 – comentários acerca da nova formatação legal. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, pp. 52-53.

¹¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

fundamentos constitucionais consagrados na República Federativa do Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, então, que os serviços de saneamento básico estão compreendidos pela atual Constituição Federal como de natureza ambiental, dentre os bens de uso comum do povo, considerados essenciais à vida digna dos cidadãos brasileiros.

Haja vista esta essencialidade e imprescindibilidade dos serviços que integram o saneamento básico, o descaso e o abandono com que foram tratados pelo Poder Público, surge a Lei nº 11.445/07 com o fim de solucionar de vez um problema que ainda atinge milhares de cidades do Brasil.

A despeito da adoção de diversos princípios fundamentais e orientadores da prestação destes serviços pelo Poder Público e por concessionárias, consagrou a legislação, em seu art. 40, inciso V, a possibilidade de corte do fornecimento de água, após a notificação do consumidor, por inadimplemento de débito atual, em consonância com algumas decisões adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Mostra-se, assim, inconstitucional o texto do referido artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.445/07, tendo em vista que o corte do fornecimento de um serviço essencial à vida digna está em flagrante afronta aos princípios constitucionais consagrados, mais propriamente, o fundamental da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, da CF.

REFERÊNCIAS

- ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n. 11.445/2007)**. Campinas, SP: Millennium, 2007.
- DONINI, Ricardo Kling. Saneamento básico e a Lei nº 11.445/07 – comentários acerca da nova formatação legal. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 29-67, jul./dez. 2007.
- MUKAI, Toshio (coord.). **Saneamento básico. Diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESUMO

O presente artigo pretende tratar do instituto da arbitragem aplicado às relações de consumo como hipótese de jurisdição privada, fruto dos anseios de uma nova sociedade. Sociedade esta, denominada Sociedade da Informação, que clama por respostas rápidas do poder jurisdicional estatal e que, na maioria das vezes, não consegue obtê-las de forma satisfatória. Desta forma, o presente estudo aborda a possibilidade da aplicação da arbitragem envolvendo o consumidor, realçando a sua hipossuficiência e vulnerabilidade como elementos que, na prática, podem inviabilizar a sua utilização.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Relações de Consumo. Arbitragem.

ABSTRACT

This article seeks to address the concept of arbitration applied to consumer relations hypothesis of private jurisdiction, the result of the desires of a new society. Society is called the Information Society, which calls for quick responses of the power state court and that, in most cases, can not get them satisfactorily. Thus, this study addresses the possibility of applying for arbitration involving consumers, enhancing their vulnerability as element that, in practice, may prevent its use.

Key-words: Information Society. Consumer Relations. Arbitration.

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

** Advogado, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professor Universitário

Arbitragem é uma forma extrajudicial, alternativa, de resolução de conflitos.

Requisito objetivo da arbitragem é que o conflito envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Já o requisito subjetivo da arbitragem é que as pessoas envolvidas no conflito sejam capazes de contratar, predominando o entendimento no sentido de capacidade absoluta, ou seja, que não dependa de assistência ou representação.

Importante traçar algumas questões afetas à aplicação dessa forma alternativa de solução de conflitos nas situações que envolvam relações de consumo, pois sabe-se que há um histórico na nossa sociedade no sentido de supremacia do fornecedor em relação ao consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável da relação consumerista, o que culminou na criação do Código de Defesa do Consumidor, legislação principiológica que estabelece uma série de regras específicas, buscando igualar as partes nessa relação jurídica.

Nos termos da Lei n. 9.307/96, artigo 4º, parágrafo 2º, a chamada lei da arbitragem, *“nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de constituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”*.

Assim, pela leitura do dispositivo legal supracitado, conclui-se que a lei da arbitragem permite que conflitos relativos às relações de consumo sejam submetidos à arbitragem.

Mas, ao permitir a utilização da arbitragem para solução dos conflitos consumeristas originados a partir da celebração de contratos de adesão, a lei toma o cuidado de cercar o aderente de todos os cuidados no sentido de ter conhecimento de que, ao assinar um contrato de adesão onde conste uma cláusula compromissória, eventual conflito oriundo da relação de consumo poderá ser submetido à arbitragem.

Sabe-se que o contrato de adesão é aquele contrato cujas cláusulas são pré-estabelecidas pelo fornecedor, não dando margem ao consumidor para discussão de tais

cláusulas, cabe ao consumidor, apenas e tão-somente, preencher o formulário do contrato de adesão com seus dados pessoais.

Não pode o consumidor, assim, negociar com o fornecedor, buscando a modificação, exclusão ou inclusão de qualquer cláusula que seja. Ou o consumidor concorda e adere ou, em não concordando, deixa de aderir. Porém, por vezes o consumidor tem a necessidade de aderir ao contrato, e acaba fazendo mesmo discordando de alguma cláusula nele inserida.

Desta forma, caso não haja nenhum destaque na cláusula que institui a arbitragem nem o visto específico do consumidor apostado nessa cláusula ou, ainda, não haja um documento anexo ao contrato de adesão prevendo, justamente, a submissão de eventual conflito à arbitragem, esta não poderá ocorrer.

Pois bem. Mas será que basta cercar o consumidor do conhecimento de que eventual conflito será submetido à arbitragem? Sabe-se que o consumidor é, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, hipossuficiente e vulnerável, razão pela qual mencionada legislação procura protegê-lo de todas as formas, já que, na contratação, na relação de consumo, o fornecedor acha-se em posição de superioridade. Isso é indiscutível.

Na relação de consumo o consumidor é tido por vulnerável porque está sujeito às práticas do fornecimento de produtos e serviços. Tal vulnerabilidade acentua-se em razão da não observância, por parte do fornecedor, dos princípios gerais que regem as relações de consumo, além da inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, que são unilaterais (ou o consumidor adere ou não contrata, não lhe cabendo a discussão a respeito das cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor e do poder de sedução da publicidade.

A conseqüência lógica da constatação da vulnerabilidade do consumidor é a de que, nas relações de consumo, jamais pode ser aplicado o princípio da igualdade, já que francamente desiguais são as posições de fornecedor e consumidor.

É em razão dessa situação de desvantagem em que o consumidor se encontra na relação de consumo que adequada se mostra a aplicação do princípio da isonomia, segundo o qual se conferem tratamentos

diferenciados às partes, justamente na tentativa de colocá-las em pé de igualdade, ou seja, é o tratamento diferenciado, na exata medida das desigualdades das partes.

A presunção da vulnerabilidade do consumidor é de direito, é absoluta, pouco importando o grau de conhecimento e instrução do consumidor ou, ainda, sua capacidade econômico-financeira.

A vulnerabilidade indica, portanto, a posição do consumidor de inferioridade em relação ao fornecedor.

Já a hipossuficiência está relacionada ao fato de ser o consumidor a parte mais fraca, mais frágil da relação de consumo, razão pela qual merece especial atenção do legislador. A hipossuficiência pode concernir ao fato da situação socioeconômica do consumidor ser inferior perante o fornecedor, ou, ainda, pelo fato de o consumidor não ter o conhecimento técnico do fornecedor, razão pela qual, inclusive, inverte-se o ônus da prova.

Para o Código de Defesa do Consumidor, considera-se consumidor aquele que recebe o produto ou o serviço na qualidade de destinatário final, pouco importando se trata de pessoa física ou jurídica, o importante é a constatação no sentido de que o produto ou o serviço não será utilizado para revenda, por exemplo.

Por sua vez, fornecedor é aquele sujeito da relação que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, seja pessoa física ou jurídica.

Feitos esses breves comentários, passamos agora a analisar a viabilidade de submissão dos conflitos oriundos de relação de consumo à arbitragem, adiantando existirem posições em ambos os sentidos.

Antes de tudo, vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, datado de 1990, adotou uma postura principiológica.

Significa dizer que as relações de consumo são pautadas por diversos princípios que as orientam, sendo certo que suas disposições são, na sua maioria, exemplificativos, ou seja, é possível uma interpretação principiológica, mas sempre no

sentido de salvaguarda dos direitos do consumidor.

Na legislação consumerista, há apenas a proibição de instituição compulsória da arbitragem (artigo 51, inciso VII), sendo nula eventual cláusula nesse sentido.

Ressalte-se que essa proibição não se confunde com a instituição em contrato de adesão da cláusula compromissória, que, conforme vimos, é possibilitada pela lei da arbitragem, desde que fique claro que o consumidor foi suficientemente informado da existência de tal cláusula em seu contrato.

Vale ressaltar que a cláusula compromissória significa o estabelecimento prévio de que a solução do conflito surgido na relação de consumo, originada do contrato de adesão, ou seja, trata-se da simples previsão no sentido de que, em surgindo o conflito, ele será submetido à arbitragem para a sua solução. Não se trata, pois do estabelecimento da arbitragem após o surgimento do conflito, mas sim da submissão de eventual e futuro conflito surgido será solucionado por essa forma alternativa. Ao aderir a este contrato, em tese, o consumidor concorda com a submissão de eventual conflito à arbitragem, da mesma forma que, em tese, concorda com todas as outras cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor e constantes no contrato de adesão.

Realmente, a Lei de Arbitragem, datada de 1996, prevê a possibilidade de inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão (tipicamente contratos de consumo, contratos de massa, pré-estabelecidos), ressaltando, apenas, que deve haver completo conhecimento por parte do consumidor a respeito dessa cláusula.

Com relação aos demais contratos, a conclusão parece ser no sentido de admissão da submissão do conflito surgido de relações de consumo à arbitragem, já que as cláusulas do contrato são estabelecidas bilateralmente, ou seja, é possível ao consumidor discuti-las.

A princípio, não haveria conflito entre essas disposições, pois a legislação consumerista proíbe a arbitragem compulsória, ou seja, a instituição desta forma alternativa de solução de conflitos sem a concordância do consumidor, e a lei de arbitragem impõe a

concordância específica do consumidor relativa à cláusula compromissória.

Aparentemente, as normas estão em plena sintonia, já que dizem a mesma coisa, com palavras diferentes.

Ambas são leis específicas. O Código de Defesa do Consumidor regula apenas e tão-somente as relações de consumo, ao passo que a Lei da Arbitragem regula uma forma de solução alternativa de conflitos, qual seja, a arbitragem de um modo geral, permitindo seja utilizada para a solução de conflitos que envolvam partes plenamente capazes e tratem de direitos patrimoniais disponíveis.

Há os que afirmam não existir, na legislação consumerista, nenhuma proibição de submeter o conflito à arbitragem, que não pode, portanto, ser afastada, desde que haja concordância do consumidor nesse sentido. Ademais, devem ser estimuladas as soluções extrajudiciais de conflitos, já que mais céleres.

Mas será que a submissão do conflito consumerista à arbitragem, ainda que com a concordância expressa do consumidor nesse sentido, atende aos anseios principiológicos da legislação consumerista? A resposta, ao que nos parece, negativa.

Primeiro porque o consumidor, na qualidade de vulnerável, não teria condições de discutir com o fornecedor a questão referente à utilização da arbitragem.

Ora, sabemos que a grande maioria dos contratos de consumo na atualidade são contratos de massa, são contratos pré-estabelecidos pelo fornecedor, contratos a que o consumidor adere, na sua maioria, porque tem a necessidade de contratar ou porque foi seduzido pela publicidade.

A vulnerabilidade do consumidor não nos permite outra conclusão que não seja no sentido de ser totalmente ignorante o consumidor a respeito da arbitragem.

Não estamos falando de relações de consumo entre pessoas jurídicas, que estão em posição de igualdade econômico-financeira na maioria das vezes, estamos falando de contratos de massa, aos quais o consumidor adere sem maiores conhecimentos técnicos e muitas vezes discordando de muitas das cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor, mas adere por necessidade relativa à prestação daquele serviço.

Ademais, não seria possível na arbitragem a utilização dos mecanismos assegurados pela legislação consumerista ao consumidor, especialmente quando falamos na inversão do ônus da prova, ou na competência pelo domicílio do consumidor (havendo, inclusive, previsão nesse sentido no Código de Processo Civil).

Do consumidor seriam retirados meios de defesa de seus interesses e direitos, assegurados pela legislação consumerista, os quais, evidentemente, não seriam respeitados na arbitragem.

Será que o consumidor estaria protegido na hipótese de solução extrajudicial de seu conflito?

Que a arbitragem é um meio importante, eficiente e eficaz para resolução extrajudicial de conflitos, não estando afastada a possibilidade de submeter eventual questão ao Poder Judiciário, não se nega.

Nega-se, isto sim, que o consumidor tenha condições de saber, efetivamente, do que se trata a arbitragem.

Ademais, a quem caberia arcar com os custos da arbitragem? Ao consumidor, que na maioria das vezes não possui recursos? Estamos falando de relações massificadas, do consumidor na essência, assim considerado pelo Código de Defesa do Consumidor como sendo hipossuficiente e vulnerável.

Ficaria difícil estabelecer se ao consumidor ou ao fornecedor caberia a obrigação de arcar com o custo da arbitragem. Não seria justo que o custo fosse dividido entre eles, pois, na sua grande maioria, os consumidores estão em franca desigualdade socioeconômica com relação ao fornecedor, um dos fatores que o faz hipossuficiente.

Se a legislação consumerista adota princípios e meios justamente na defesa do consumidor diante do fornecedor, conhecendo a realidade das relações de consumo no Brasil, não caberia à lei de arbitragem retirar do consumidor tal possibilidade.

Não basta, de acordo com nosso entendimento, a aposição de visto específico para a cláusula compromissória inserida no contrato de adesão, nem mesmo a existência dessa cláusula em qualquer tipo de contrato de consumo.

E isto porque não é possível saber se o consumidor, ao assinar o contrato, tinha pleno conhecimento do que seria a arbitragem, em que consistiria tal meio de solução de conflito, no mais das vezes sendo iludido pelo fornecedor, fato esse que não se pode negar.

A concordância do consumidor com a instituição futura da arbitragem para a solução de eventual conflito, ou mesmo a convenção de arbitragem, não indica que, ao concordar, tenha tido conhecimento integral acerca do instituto, bem como do que estaria abrindo mão.

Não se pode concluir, simplesmente com isso, que o consumidor tenha aderido à arbitragem porque concorda com ela, porque acha que realmente seria a melhor forma para a resolução do conflito.

Ademais, estaria o consumidor, na arbitragem, assistido por profissional habilitado, capaz de zelar pela satisfação de seus interesses e pelo respeito aos seus direitos? Entendemos que não.

Não podemos negar que a arbitragem possui diversas vantagens, tais como a simplificação que proporciona para a resolução do conflito, além de facilidade, sigilo, tecnicidade e rapidez.

Mas será que o sigilo do procedimento arbitral não prejudica o consumidor? Sim, pois não terá a fiscalização de nenhum outro órgão capaz de zelar pelo respeito aos seus direitos.

Além disso, não podemos esquecer que o árbitro é escolhido pelas partes.

Assim, surge a pergunta: todos os consumidores serão capazes de efetivar tal escolha? Entendemos que não, justamente por, na maioria das vezes e conforme já afirmamos, não saber, sequer, do que se trata a arbitragem. Será que o árbitro não acabaria por ser escolhido pelo fornecedor, acostumado à solução extrajudicial de seus conflitos?

Não negamos que o árbitro deve ser imparcial. Mas, se é possível a corrupção de um membro do Poder Judiciário para que profira decisão favorável a uma das partes, maior razão assiste-nos para a preocupação com eventual parcialidade do árbitro.

A proteção do consumidor é tão importante que foi conferida ao Ministério Público a atribuição de ingressar com ações coletivas, justamente para a defesa dos

interesses dos consumidores, para a defesa de interesses coletivos *strictu sensu*, difusos e individuais homogêneos.

Outra questão de relevância refere-se à possibilidade de concessão de tutela específica (artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor), o que, por uma questão óbvia, não caberia na arbitragem, já que o árbitro não tem o poder de executar suas próprias decisões, devendo o interessado socorrer-se do Judiciário, para a execução da sentença arbitral.

Com isso, a resolução do litígio consumerista pela arbitragem não seria tão eficaz quanto sua resolução pelo Judiciário.

Não podemos esquecer que a legislação consumerista é norma de ordem pública, tratando-se de um microsistema criado justamente para a defesa e proteção do consumidor, o que certamente seria afastado caso o conflito fosse submetido à arbitragem, retirando, pois, todas as normas protetivas à parte mais frágil da relação.

Ao nosso ver, a instituição da arbitragem deveria partir do consumidor, claro que com a concordância do fornecedor nesse sentido. Esta seria a única forma, e, ainda, com ressalvas, de adequar os dispositivos legais das legislações em questão, com o intuito de proteger o consumidor.

A opção pela arbitragem não pode ser imposta ao consumidor pelo fornecedor, não sendo razoável admitir-se a instituição da cláusula arbitral em um contrato de adesão, por exemplo.

Talvez, a arbitragem poderia servir como meio para a solução de conflitos originados de relações de consumo se um órgão especializado na defesa dos consumidores pudesse intervir no procedimento, garantindo o respeito aos princípios que orientam as relações de consumo e os conflitos delas surgidos. A princípio, este órgão poderia ser o IDEC.

Concluimos que, no atual estágio das relações de consumo, nas quais sempre acaba por predominar os interesses dos fornecedores, até o momento em que se submete a questão ao Poder Judiciário, não é possível deixar a solução da questão para o procedimento arbitral, justamente porque o consumidor, pelo menos num primeiro momento, ficaria

afastado de todos os mecanismos que a legislação consumerista lhe assegura para defesa de seus direitos.

Na atual sociedade, em que há um flagrante desencontro de informações, justamente por serem elas transmitidas em

excesso, proporcionando, no mais das vezes, desentendimento, o consumidor não está apto a recorrer à solução extrajudicial de conflitos consumeristas, sob pena de ocorrer a opressão do consumidor por parte do fornecedor.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, ano 3, n. 9, pp. 13-21, abr./jun., 2006.
- BENTO, Leonardo Valles. **Arbitrabilidade dos litígios de consumo**. Disponível em: <<http://www.cj.ufsc.br>>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs51min.
- CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para Consumo**. Disponível em: <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20Para%20Consumo.doc>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs45min.
- FILOMENO, José Geraldoo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 7 ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2004.
- GALARRAGA, Luziane de Freitas. **Arbitragem de Consumo na Espanha**. Disponível em: <<http://www.ucepel.tche.br/direito/revista/vol4/02.doc>>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 12hs30min.
- LEMES, Selma Ferrira. **O uso da arbitragem nas relações de consumo**. Disponível em: <<http://www.mundojuricio.adv.br>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 11hs30min.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15755>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 10hs45min.
- OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. **Relação de Consumo: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Altamira, 2004.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A arbitragem de consumo na Espanha**. Disponível em: <http://www.cbmae.com.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=51774>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs55min.
- ZULIANI, Evandro. **Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4987>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 11hs00min.

RESUMO

O Código Penal adotou a teoria restritiva (formal-objetiva), que não apresenta solução adequada às hipóteses de autoria mediata e no crime organizado. O presente artigo tem a finalidade de analisar a teoria do domínio do fato e sua repercussão no direito penal brasileiro, verificar se a teoria do domínio do fato substitui a teoria formal-objetiva ou se a complementa.

Palavras-chave: Concurso de pessoas. Teoria do domínio do fato.

ABSTRACT

The Penal Code adopted the restrictive theory (formal theory objective), which does not present an adequate solution for the hypothesis of mediate authorship and for the organized crime. This article aims at the analysis of the Dominion of Fact Theory and its impact on Brazilian criminal law, it investigates whether the Dominion of the Fact Theory substitutes the formal theory objective or whether it supplements that.

Keywords: People concurrence (concursum delinquentium), Dominion of fact Theory.

* Mestre em Direito pela USP e professor de Direito Penal na UniFMU.

1. INTRODUÇÃO

A teoria formal-objetiva oriunda da dogmática alemã foi dominante na Alemanha entre 1915 e 1933, mas ainda presente no Brasil e em outros países, como a Espanha. A teoria do domínio do fato, não obstante aceita pela doutrina, recebe de parte dela críticas em vários aspectos. A teoria formal-objetiva não solucionou todos os problemas do concurso de pessoas, daí as tentativas da doutrina, por meio do desenvolvimento de teorias, de dar respostas convincentes e justas às questões trazidas pela deficiência, em alguns aspectos da referida teoria. Desenvolveu-se a teoria do domínio do fato, que o artigo analisa.

2. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE PESSOAS

Pela *teoria unitária (monista)*, adotada no Código Penal de 1940, há pluralidade de agentes e unidade de crime, este é único e indivisível. Da cooperação simultânea ou sucessiva de duas ou mais pessoas, que se conjugam livremente ou mediante adesão de umas das outras, visando um resultado antijurídico, resulta o crime, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, que pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes.¹

Por ser a teoria unitária rigorosa ao cominar a todos concorrentes a mesma pena, sem distinguir a autoria da participação, sendo que, do ponto de vista causal, há condutas mais relevantes e menos relevantes na obra comum dos delinquentes, aquele que efetua os disparos tem conduta mais relevante do que aquele que lhe emprestou a arma de fogo para cometer o homicídio, a doutrina desenvolveu as teorias dualista e pluralista.

A *teoria dualista*² consagra dois planos de conduta, os delitos são diferentes para autores e partícipes, o crime principal é atribuído ao autor e o secundário ao partícipe. Existe o comportamento principal do autor e o secundário do partícipe. Cada participante responde pela pena correspondente ao crime que praticou. Por ex.: aquele que mata realiza a conduta principal e sofre determinada pena; o que colabora emprestando a arma de fogo para o homicida suporta outra pena prevista em tipo penal autônomo. Na *teoria pluralista* cada participante pratica “crime próprio, autônomo e distinto, não existindo vinculação da conduta de um à conduta de outro”.³

No Brasil, salvo as exceções analisadas no item 2.1, prevaleceu a teoria unitária, sustentava Aníbal Bruno⁴ ser a correta porque se os agentes se dirigem a um resultado comum não há que isolar a parte de cada agente, e Nélon Hungria⁵ aduzia sobre as teorias dualista e pluralista que “não pode haver pluralidade ou dualidade de crimes onde há conjugação de vontades e causas para o mesmo e único resultado, para a norma e única lesão ou periclitación do bem jurídico penalmente protegido”.

O rigor da teoria unitária derivado da atribuição do mesmo crime a todos os participante e, por consequência, a mesma pena, foi atenuado pela Reforma da Parte Geral operada pela Lei 7.209, de 11.07.1984, ao incluir na redação do *caput* do art. 29 expressão *na medida da culpabilidade*, inspirada no Código Penal alemão,⁶ de sorte que a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinada segundo a sua própria culpabilidade. Faz-se a determinação da pena de acordo com culpabilidade de cada

¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958, v. I, p. 392. Lembra Nélon Hungria que a noção unitária da codelinquência remonta ao direito romano, em que todos respondiam pelo mesmo crime pouco importando o nível da cota de cooperação de cada um. Na *cognitio extraordinaria* e nas constituições imperiais se esboçou a atenuação da pena dos partícipes em geral. O direito canônico manteve a unidade do delito e atenuou o castigo no caso de cooperação secundária.

² HUNGRIA, Nélon, op. cit., t. II, v. I, p. 401, explica que esta teoria dualista, que distingue a participação primária da participação secundária, foi proposta na Itália por Manzini.

³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 411.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, t. II, p. 261.

⁵ HUNGRIA, Nélon, op. cit., t. II, v. I, p. 402.

⁶ FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 320.

participante. O crime unitariamente considerado é imputado a todos, mas a pena é individualizada na medida da culpabilidade de cada agente. Como anota Álvaro Mayrink da Costa “a dosimetria das penas impostas deve refletir a maior ou menor atuação no planejamento e execução delitiva, na medida da culpabilidade”.⁷

Outros dois acréscimos foram feitos pela Reforma de 1984. A inclusão dos §§ 1º e 2º no art. 29. No § 1º a participação de menor importância, se reconhecida, diminui a pena do partícipe. No § 2º cuidou do desvio subjetivo (ou cooperação dolosamente distinta): “*Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste*”.⁸

2.1. Exceções da teoria unitária

O Código Penal prevê delitos autônomos para punir de forma diferente os participantes. O legislador ao preferir a teoria pluralista rompe com a teoria unitária que ele mesmo adotou. A primeira exceção da teoria unitária encontra-se nas formas diferentes de punição da gestante que consente que terceiro nela provoque o aborto e do provocador do aborto. O abortar consiste em interromper a gravidez e provocar a morte do produto da concepção. Se o Código Penal continuasse fiel à teoria unitária, a gestante que consente que se lhe provoque e o terceiro provocador do aborto incorreriam no mesmo tipo penal. Todavia, por orientação de Política Criminal, a gestante incorre na figura do art. 124, segunda parte, com pena de um a três anos de detenção; enquanto que o provocador do aborto com o consentimento da gestante incorre no art. 126, cuja pena é de reclusão de um a quatro anos, bem superior em quantidade e diferente na qualidade.

A segunda exceção surge no crime de corrupção. O legislador poderia defini-lo em uma única figura delituosa, no entanto, procurando punir de modo independente o corruptor do corrompido, previu a conduta do funcionário que solicitar, receber ou aceitar

promessa de vantagem indevida no art. 317 e do *extraneus*, que oferecer ou prometer vantagem indevida ao funcionário público no art. 333. Desta forma é viável a punição do funcionário público corrupto, ainda que não o seja do corruptor. Não há vinculação entre os crimes.

A terceira exceção ocorre no crime denominado de falso testemunho ou falsa perícia definido no art. 342. A testemunha, perito, tradutor ou intérprete que fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, incorre nas penas de reclusão de 1 a 3 anos de reclusão e multa, porém se o fato ocorrer mediante suborno, as penas são aumentadas de 1/6 até 1/3, de acordo com o parágrafo primeiro. Para aquele que subornar testemunha, perito, tradutor ou intérprete, o Código Penal previu o crime autônomo do art. 343, sem *nomen iuris*, e que a doutrina denominou de corrupção de testemunha. Assim, quem der, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação incide nas penas de 3 a 4 anos de reclusão e multa, sem prejuízo do aumento de pena de 1/6 a 1/3 do parágrafo único.

3. REQUISITOS PARA O CONCURSO DE PESSOAS

Para que haja o reconhecimento de concurso de pessoas é indispensável o preenchimento de requisitos. O primeiro requisito é o da *pluralidade de pessoas*, de haver contribuição de no mínimo duas pessoas para a realização do crime, pois, “é necessário que mais de uma pessoa ofereça contribuição para a violação da norma jurídica. Cada pessoa integrante do concurso deve contribuir para a violação da norma jurídica”.⁹

O segundo requisito é a *pluralidade de condutas relevantes*, conduta relevante é aquela que “empresta contribuição objetiva ao empreendimento criminoso”.¹⁰ A teoria

⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009, p. 332.

⁸ O desvio subjetivo (cooperação dolosamente distinta) será examinado mais adiante.

⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 413.

¹⁰ Idem, p. 414.

unitária é corolário da teoria da equivalência dos antecedentes,¹¹ todo aquele que concorre para o crime é o seu causador. Pela teoria da equivalência dos antecedentes (art. 13) são puníveis as condutas que integram a linha de desdobramento causal determinantes do resultado. Da expressão *de qualquer modo* presente no art. 29 infere-se que cada concorrente contribui, de um modo particular, para a realização do crime. *Concorrer* designa contribuir, participar. São formas de participação a autoria, a coautoria e a participação propriamente dita (partícipe). Estamos a falar em causalidade material, que é a contribuição que cada agente dá para a realização do crime. Essa contribuição somada a de outro agente colima no aperfeiçoamento do crime.

O terceiro requisito é o *liame subjetivo entre os agentes* (causalidade psíquica), o nexó psicológico que cria o vínculo entre eles. Para a perfeita caracterização da participação não basta que o participante tenha contribuído objetivamente com o resultado, é preciso que concorra também subjetivamente. Como bem anota Aníbal Bruno o elemento subjetivo é “representado pela consciência e vontade de cada partícipe de cooperar na obra comum”.¹² Na autoria e na participação é indispensável a consciência individual de colaboração para um resultado delituoso. O liame se estabelece de duas formas: por *acordo prévio*, que é a combinação entre os agentes para a realização do fato criminoso (*pactum sceleris*) ou por *aderência de vontade*, em que não há ajuste prévio, mas os participantes têm consciência que cooperam na ação comum. Exemplo clássico dado pela doutrina é o da empregada doméstica, que para vingar-se da patroa, deixa a porta aberta da casa sabedora de que, com sua atitude, irá contribuir para que o ladrão entre no imóvel e cometa furto. Muito embora o ladrão desconheça essa contribuição da empregada ambos têm participação no crime.

A *homogeneidade do elemento subjetivo* é imprescindível para se estabelecer a unidade

de desígnio. Deve existir dolo comum entre os agentes (dolo de matar, de furtar ou de estuprar) para se atribuir o mesmo crime a todos. A homogeneidade do elemento subjetivo implica não haver concurso de pessoas entre o crime doloso e o crime culposo: 1) *Não há participação dolosa em crime culposo*. “A” quer matar “C”, então “A” entrega a arma de fogo carregada para “B”, a quem faz supor estar descarregada e o induz a apontá-la na direção de “C”, e a título de brincadeira acionar o gatilho para experimentar a qualidade do mecanismo de disparo da arma. “B”, de forma imprudente, sem observar o dever de cuidado, acolhe a sugestão, aciona o gatilho e acaba culposamente matando “C” com o disparo. Não há concurso de pessoas, “A” responde pelo fato a título de dolo e “B” a título de culpa. 2) *Não há participação culposa em crime doloso*. O médico, inadvertidamente (culpa em sentido estrito), receita ao paciente remédio que lhe causa gravíssima reação alérgica. A auxiliar de enfermagem percebendo isso e desejando a morte do paciente ministra-lhe o remédio e causa-lhe dolosamente a morte. O médico não participa do homicídio doloso da enfermeira.

Da necessidade do liame subjetivo resultam três situações: autoria colateral, o desvio subjetivo (cooperação dolosamente distinta) e o excesso de mandado.

Nas exatas palavras de Heleno C. Fragoso se faltar a “consciência de cooperar na ação comum”¹³, por inexistir entre os agentes o liame subjetivo (vínculo psicológico) há *autoria colateral*.¹⁴ Na *autoria colateral* há convergência de ações (contribuição material), todavia, os agentes desconhecem as ações que cada um desenvolve. Ex.: “A” e “B”, um desconhecendo a intenção do outro, postaram-se e aguardaram a passagem de “C”. Quando “C” passa ambos atiram, simultaneamente, matando-o. Se ficar provado pela perícia de qual arma partiu o projétil que causou a morte

¹¹ Informa BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004, p. 275, que na Idade Média desenvolveu-se a teoria *concursum ad delictum alterius* resultante da aplicação dos princípios da causalidade.

¹² BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 262.

¹³ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 315.

¹⁴ Como acentua Nélson Hungria, op. cit., t. II, v. I, p. 392-393, com a ausência do vínculo psicológico que une as atividades em concurso – a vontade consciente de cada copartícipe – se dá a autoria colateral, na qual as atividades convergentes são desconhecidas entre os agentes.

da vítima é possível imputar a um dos atiradores o resultado morte, e ao outro a tentativa de homicídio. Se não ficar provada a autoria da morte, quem efetivamente causou o resultado (autoria incerta), ambos responderão por tentativa de homicídio.

Desvio subjetivo ou cooperação dolosamente distinta sucede se um dos participantes praticar crime mais grave do que aquele inicialmente desejado. Neste caso o art. 29, § 2º, CP, prevê: “*Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave*”. A regra é dividida em duas partes, na primeira manda punir o concorrente com a pena do crime menos grave, isto é, afasta o concurso de pessoas, porque um dos concorrentes é punido com a pena do crime menos grave e o outro ou os demais com a pena do crime mais grave. Tício e Caio decidem furtar a casa de Mévio, que supunham deserta; nela penetra Tício para subtrair valores, enquanto Caio fica à porta, vigiando. No entanto, Tício subtrai valores e aproveita a circunstância de a mulher estar sozinha e a estupra. Tício responde por furto e estupro. Imputável ao Caio apenas pelo furto, porque o estupro não lhe era previsível.¹⁵

A expressão *quis participar de crime menos grave* abrange o partícipe, conforme Heleno C. Fragoso a disposição se aplica ao partícipe que “pretendia concorrer para um crime menos grave do que aquele que efetivamente realizado pelo autor”,¹⁶ jamais ao coautor porque o dispositivo legal refere-se exclusivamente ao concorrente que quis *participar* de crime,¹⁷ na mesma esteira de pensamento, afirma Julio F. Mirabete¹⁸ que o aumento se aplica ao *partícipe* e não ao autor, porque este quer ou assume o risco de produzir o resultado mais grave.

Na segunda parte é previsto o aumento até da metade pena se o resultado mais grave era previsível pelo partícipe. O fundamento é a previsibilidade da ocorrência do resultado.¹⁹ No exemplo de Julio F. Mirabete²⁰ em que “A” fornece a “B” uma gazua para que este pratique um furto em casa cujos moradores saíram em viagem. “B” penetra mediante o emprego da gazua na residência e depara com um imprevisto vigia e pratica violência contra este para subtrair o bem (roubo). “B” é responsável pelo roubo e “A” pelo furto (aplicação da primeira parte); se a presença do vigia era previsível para “A”, a ele é imputado o furto com a pena aumentada até da metade.

No entanto, se o partícipe aceitar a produção do resultado ele responderá pelo crime mais grave a título de colaboração dolosa, vale dizer, não houve colaboração dolosa distinta (desvio subjetivo). Há jurisprudência (STJ, JSTJ 15/233, TJSP, JTJ 161/276) de que em se tratando de *roubo à mão armada*, aqueles que consciente assumiram o risco do resultado mais grave (morte) respondem por latrocínio.

No *excesso de mandado* o executante vai além do que lhe foi determinado pelo mandante. A divergência do elemento subjetivo descaracteriza o concurso de pessoas, não se responsabiliza os concorrentes pelo mesmo crime, cada participante responde por crime distinto.²¹ “A” mandou “B” espancar “C”, entretanto, “B” foi além dos limites e acabou matando “C”. “A” queria apenas que “B” causasse lesão corporal em “C”, não a morte. No *excesso de mandado* “A” responde por lesão corporal e “B” por homicídio consumado. Todavia, se o resultado mais grave for previsível este tem a sua pena aumentada até a metade, por ex., “A” sabe que “B” é violento e anda armado, com isso pode matar “C”. A doutrina pondera que se o partícipe agisse com dolo eventual, se ele previu e consentiu na produção do resultado mais grave, por este resultado mais grave responderá.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 322.

¹⁶ Idem.

¹⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 467.

¹⁸ MIRABETE, Julio F. *Manual de direito penal*. 21. ed., São Paulo: Atlas, v. I, 2004, p. 237. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 475.

¹⁹ Neste sentido: MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 237; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 468.

²⁰ MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 236.

²¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 469.

4. TEORIAS SOBRE A AUTORIA

Se a coautoria é a reunião entre autores, indispensável conhecer a definição de autor. Quem é considerado autor de crime? A identificação no caso concreto de quem é autor e partícipe no concurso de pessoas ficou a cargo da doutrina, que desenvolveu três teorias a respeito.

4.1. Teoria extensiva (subjeto-causal)

O Código Penal de 1940 ao adotar inicialmente a teoria extensiva²² abolia a distinção entre autores e cúmplices, todos que tomam parte no crime são autores. Não havia diferença entre participação principal e acessória, entre auxílio necessário e secundário, o resultado era indivisível e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem.²³ A teoria extensiva, de orientação causalista, não distingue autor de partícipe, porque são autores todos os que cooperam na realização do crime.²⁴ Como diz Aníbal Bruno: “Todo o colaborador é autor”,²⁵ afinal o código diz quem de *qualquer modo* concorrer para o crime incide nas penas a ele cominadas. A teoria extensiva tem por corolário a teoria da equivalência dos antecedentes.²⁶

Explica Damásio E. de Jesus²⁷ que o concurso de pessoas esteve sujeito ao requisito

²² O CP de 1940 adotou a teoria extensiva (subjeto-causal) conforme o item 22 da Exposição de Motivos: “Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade”.

²³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., v.1, p. 285.

²⁴ HUNGRIA, Nélson, op. cit., t. II, v. I, p. 393-395.

²⁵ BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 258.

²⁶ Partindo da teoria da equivalência das condições, HUNGRIA, Nélson, op. cit., t. II, v. I, p. 399-401, sustentava que não se deveria fazer diferenciação entre autor e partícipe, pois, a participação, em qualquer caso, é a “concausação do resultado antijurídico”, de maneira que não há distinção entre causa e concausa, entre causa e condição. O resultado é uno e indivisível. É irrelevante indagar se o executor é ou não punível: o partícipe é sempre um coautor e responde integralmente pelo resultado.

²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6-8. Sobre a influência

da causalidade na Parte Geral do CP até a Reforma de 1984, de modo que a orientação da doutrina nacional, seguindo especialmente a italiana, era para aplicar a teoria extensiva e observar a relevância causal. Frederico Marques, com apoio em Maggiore, afirma a causalidade, base principal da construção dogmática da codelinquência, é o “vínculo que estreita todas as condutas e as engloba na estruturação de um único delito”.²⁸

A dificuldade trazida pela adoção da teoria extensiva é que aquele “que presta uma colaboração pouco ou nada significativa, que pode ser até atípica, é abrangido pela concepção extensiva”.²⁹ A doutrina³⁰ adverte ser óbvio, nesse caso, que a colaboração, por menos significativa que fosse, e até mesmo atípica, seria abarcada pelo conceito, de forma que autores são todos os que, de algum modo, contribuem na produção do resultado. Tal entendimento, além de alargar ao infinito o conceito de autor, empobrece o de partícipe. Se há plena equivalência de todas as condições causadoras do resultado, não é possível determinar um critério objetivo para distinguir a relevância das diversas contribuições para execução do delito. Do ponto de vista objetivo, as atividades de autor e do partícipe são condições do resultado. Se Caio entrega o revólver para Tício matar outra pessoa, a atividade de Caio e a de Tício (autor direto) são condições do resultado deste modo não há diferenças objetivas.³¹ Como ensina José H. Pierangeli,³² a teoria subjeto-causal, na realidade, é criação do legislador, que rompe com o conceito ôntico da relação de autor e partícipe, para transportá-lo para o campo exclusivamente normativo. Para tanto, faz o

da doutrina italiana em nosso CP de 1940 conferir em BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 263, nota 6, as referências a Bettiol, Antolisei, Manzini e Ranieri.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 2, p. 313-314.

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos juridico-penais*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 45. No mesmo sentido observam a insuficiência do nexo de causalidade para justificar o concurso de pessoas: REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 314-315, JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 11.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

³¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. op. cit., p. 347-348.

³² PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 46.

conceito de autor e de partícipe, fugindo da realidade, depender exclusivamente de um componente subjetivo.

O componente subjetivo que estabelece a diferença entre autor e partícipe nem sempre é de fácil identificação. Autor seria aquele que tivesse interesse no resultado, enquanto partícipe seria o que viesse atuar no interesse alheio, o autor quer o fato “no seu próprio interesse”,³³ enquanto o cúmplice o quer “no interesse alheio”,³⁴ não faltaram críticas a esta construção doutrinária pela dificuldade “de precisar em que consiste essa vontade de autor e partícipe”,³⁵ o que gera insegurança incompatível no direito penal de garantia.

4.2. Teoria restritiva (formal-objetiva).

A teoria restritiva, construída para se contrapor à teoria extensiva, distingue autoria de participação, aquele que executa o crime é o autor. *Autor* é quem realiza, no todo ou em parte, a conduta típica, aquele que induz, instiga ou auxilia outrem é o *partícipe*; em princípio, a conduta do partícipe não se amolda à figura penal. A “solução deve ser encontrada dentro da tipicidade. Assim, consoante Beling, autor é aquele que realiza uma parte qualquer do tipo”.³⁶ O conceito restritivo de autor “parte da idéia de que os tipos da Parte Especial apenas descrevem o comportamento do autor”.³⁷ Os partícipes praticam ações “que seriam impunes, caso não houvesse uma norma de extensão que os atingisse, ampliando, dessa forma, o raio da punibilidade. Sob a ótica da teoria formal-objetiva, não há zonas cinzentas entre autoria e

participação: os conceitos mostram-se radicalmente distintos”.³⁸

Reconheço a figura de autor examinando o tipo penal. Ainda, assim, haveria dúvida sobre autoria de certos crimes. Autor é o agente que executa um elemento do tipo (ex. no roubo é autor aquele que intimida, a grave ameaça é elemento do tipo) ou autor é quem realizar toda a conduta típica (ex. o autor do roubo é aquele que intimida e subtrai)? No delito de estupro, o sujeito que aponta arma é o autor uma vez que o verbo típico é *constranger*, enquanto que aquele que mantém conjunção carnal com a vítima é partícipe, a conjunção carnal isoladamente considerada é atípica? Álvaro Mayrink da Costa³⁹ assinala, todavia, que no sentido objetivo-formal autor é todo aquele que realiza ato executivo, não unicamente quem realiza todo o tipo ou que realiza um elemento do tipo.

A teoria restritiva (formal-objetiva) não conduz a resultados satisfatórios em relação ao *chefe de quadrilha* e ao *autor mediato* “porque prescinde por completo de elementos subjetivos”.⁴⁰ O conceito restritivo, por ex., acaba por considerar mero partícipe o *chefe da quadrilha* de assaltantes, porque não participa diretamente dos roubos, quando, inegavelmente, o *chefe da quadrilha* tem o controle das ações de seus componentes e pela teoria restritiva é partícipe.⁴¹

Na realização da ação típica, o *autor mediato* se serve do autor imediato, que atua sem culpabilidade. O executor material do fato não é culpável. Álvaro Mayrink da Costa define o autor mediato como sendo aquele que realiza um fato punível doloso, empregando para tanto um homem que se denomina de *instrumento*.⁴² Como exemplo deste resultado

³³ HUNGRIA, Nelson, op. cit., v. I, t. 2, p. 396.

³⁴ Idem. Critica COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 348, a fórmula “*autor é quem quer o ato como próprio; cúmplice é que o quer como alheio*”, porque a jurisprudência alemã mostra que o juiz penal não parte desta fórmula, o juiz penal decide intuitivamente quem é autor e quem é cúmplice. Informa Álvaro Mayrink da Costa que Roxin fala em “*fórmula vazia*”; “*mera etiqueta que não corresponde a nada em realidade*”; Jescheck diz ser “*fórmula cômoda*”, enquanto Welzel a qualifica de “*artifício*”.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 48.

³⁶ Idem.

³⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 445.

³⁸ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

³⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 346.

⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 49. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

⁴¹ Assinala COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 338, que a teoria formal-objetiva ao advogar que o autor é aquele que realiza uma parte do tipo, peca porque em várias oportunidades um único indivíduo dirige e controle toda a operação criminosa, embora não execute qualquer parte da ação típica.

⁴² COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 380. A doutrina no Brasil aceita o emprego do vocábulo *instrumento* sem oposição. Neste sentido ver ainda

insatisfatório, José Henrique Pierangeli⁴³ supõe a situação em que o diretor da peça de teatro se vale de ator sem dolo, e ao invés de colocar bala de festim, coloca munição real no tambor da arma a ser utilizada na representação teatral para eliminar o desafeto, que é outro ator. Pela teoria restritiva o referido diretor é partícipe, quando existe autoria.

Há autoria mediata nas seguintes hipóteses: a) o autor mediato induz, instiga ou auxilia o menor inimputável a cometer crime; b) o autor mediato emprega na execução do crime o inimputável por doença mental; c) o autor mediato é o coator na coação moral irresistível, pois, o “coator domina a vontade do coato por meio da coação que sobre ele exerce, transformando-o em mero instrumento para a realização de seus objetivos”,⁴⁴ coage moralmente, de forma irresistível, o terceiro (executor) obrigando-o a praticar o crime, que por atuar sem vontade própria é isento de pena; é autor mediato aquele que emitiu a ordem no caso de obediência hierárquica, o executor (subordinado) não percebe a ilegalidade da ordem e a cumpre, responde o mandante como autor mediato pelo fato praticado pelo inferior hierárquico; o subordinado é o *instrumento*; d) a quarta hipótese de autoria mediata surge quando houver erro de tipo escusável determinado por terceiro (art. 20, § 2º, CP), “o autor mediato conduz o instrumento humano a incidir em erro de tipo invencível”,⁴⁵ por exemplo, mediante comunicação falsa de crime, provoca erro da autoridade policial, que efetua a prisão de um inocente; o médico, com a intenção de matar o paciente, induz a erro a atendente a lhe

aplicar uma injeção com dose letal; a atendente incorre em erro que exclui o dolo, a enfermeira não tem culpa *stricto sensu*, porque seu erro era invencível;⁴⁶ a enfermeira foi mero instrumento da vontade do autor mediato (o médico).

Há diferença entre autoria mediata e autoria intelectual. Na autoria intelectual o autor é partícipe e o executor é imputável; na autoria mediata o autor mediato se serve de terceiro (autor imediato), que não é culpável.⁴⁷ A autoria mediata não é admissível em crimes de mão própria, v. g., falso testemunho, porque é indispensável que o sujeito ativo pratique a conduta proibida pessoalmente.⁴⁸ A teoria formal-objetiva, que provém da dogmática alemã e teve numerosos desde o século XIX, foi dominante na Alemanha entre 1915 e 1933, mas abandonada nos dias de hoje, contudo, ainda presente na Espanha.⁴⁹

4.3. Teoria do domínio do fato (objetivo-subjetiva ou final-objetiva)

A teoria foi empreendida, em primeiro lugar, por Roxin, de acordo com sua formulação, o domínio do fato manifesta-se no domínio da própria conduta típica.⁵⁰ Para Hans Welzel, que desenvolveu a teoria do domínio do fato⁵¹, autor é quem, consciente do fim, tem o *domínio sobre o fato*, tem o poder sobre a realização do fato. Hans Welzel⁵² leciona que

⁴⁶ Conforme a lição de ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 436, a “impossibilidade de vencer o erro significa a inexistência de cuidado que possa evitar a lesão ao bem jurídico”.

⁴⁷ BRUNO, Anibal, op. cit., t. II, p. 272, também anota que na instigação o executor atua com vontade e consciência.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, v. I, p. 493.

⁴⁹ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 446.

⁵⁰ Idem, op. cit., p. 451.

⁵¹ Anibal Bruno quando publicou a 3ª edição da sua obra em 1967 já assinala, op. cit., t. II, p. 266, que, “Welzel, dentro da sua teoria finalista da ação, considerou autor quem, consciente do fim, tem o domínio sobre o fato, negando quem seja o autor quem simplesmente deu causa ao resultado”. No mesmo sentido de Welzel, segundo Anibal Bruno, pensavam Sauer e Maurach.

⁵² *Apud* COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 353. Define Welzel que o autor do injusto doloso é aquele que tem o atuar consciente do fim, do acontecer causal na direção ao resultado tipo, enquanto que um autor do

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 432. No entanto, critica Nelson Hungria, p. 397-398, o emprego da expressão *instrumento passivo*, que não passa de uma ficção ou metáfora, nem sempre tolerável, porque se é aceitável a qualificação de *instrumento passivo* para o penalmente incapaz, o irresistivelmente coagido, o induzido a erro essencial ou o que obedece à ordem do superior hierárquico, todavia, já não é possível reconhecer-se a passividade do executor nos casos de isenção de pena do executor por mera conveniência política ou de não-punibilidade (eximentes, escusas absolutórias), como o furto doméstico.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 49.

⁴⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 437.

⁴⁵ JESUS, Damásio E, op. cit., p. 17-19.

a autoria de um injusto doloso pertence, em geral, àquele que tem o domínio final sobre o fato, de maneira que o domínio da ação só pode existir com a consciência e vontade do autor do fato punível, não existe domínio do fato sem a presença do atuar doloso. Ensina Álvaro Mayrink da Costa que é a teoria do domínio do fato identifica-se com o finalismo, pois, autor é “quem obra com vontade e possui o domínio final da ação. É imperioso que o autor tenha o domínio subjetivo do fato e obre como tal”.⁵³ O conceito de autor não é um critério causal ou formal, porque o “autor do crime é o participante que, possuindo o controle de todo o processo causal, do começo ao fim, determina a sua ocorrência, bem como o modo pelo qual o tipo se concretizará,” enquanto o partícipe “desenvolve um papel coadjuvante, é figura lateral”.⁵⁴ O partícipe não tem o domínio do fato. Em outras palavras, o partícipe é aquele que não tem o controle final dos acontecimentos.

A teoria do domínio do fato tem relevância na criminalidade organizada. O autor é aquele que tem o domínio do fato, de cuja vontade depende a efetiva verificação do delito, enquanto os demais que participam do crime, sem que tenham o domínio do fato, são partícipes.

4.3.1. Espécies de autoria na teoria de domínio do fato.

1) *Autoria propriamente dita* ou autoria direta, imediata, também denominada de individual, é aquela em que o autor (executor) realiza materialmente a conduta típica, sem a participação de outros. 2) *Autoria intelectual* é aquela em que o sujeito planeja a ação delituosa. O “autor não se confunde obrigatoriamente com o executor material. Assim, o chefe de uma quadrilha de roubos a estabelecimentos bancários, que planeja a ação

injusto negligente é aquele que, mediante uma ação, lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não-doloso um resultado tipo.

⁵³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 353. Álvaro Mayrink da Costa, idem, dá como exemplo, o chefe da quadrilha de estelionatários, que tem o domínio final da ação na medida em que planeja, dá a ordem de execução e conta com o atuar de seus comandados.

⁵⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 429-430.

delituosa, escolhe as pessoas que devem realizá-las, distribuindo as respectivas tarefas, e ordena a concretização do crime, contando com a fidelidade de seus comandados, não é um mero participante, mas, sim autor porque possui o ‘domínio final da ação’, ainda que não tome parte na execução material do fato criminoso”.⁵⁵ O art. 62 do CP agrava a pena daquele que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”. 3) *Autoria mediata*, sob a ótica da teoria do domínio do fato, existe se “o agente domina os acontecimentos, impondo sua vontade sobre a vontade e conduta do instrumento, mantendo a distância do imediatismo da execução da conduta proibida”.⁵⁶

Resume Álvaro Mayrink da Costa⁵⁷ que pelo conceito unitário é autor todo aquele que contribui de causalmente para realização do fato típico, que não atende à função de garantia da lei penal; já pelo conceito restritivo, autor é quem realiza a ação típica; o que não explica autoria mediata, bem como nos casos de coautoria em que o coautor não chega a praticar os atos de execução em sentido objetivo-formal, em razão disso, a melhor das teorias é a do domínio do fato.

Para Fernando Galvão a teoria do domínio do fato é “a opção teórica que melhor identifica a contribuição penalmente relevante e, por consequência, aquela que justifica a qualidade do autor. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico. Embora estabeleça um critério restritivo de autor, na medida em que não reconhece a qualidade naquele participante que não domina o fato, não é mero complemento às teorias formal-objetiva e material-objetiva, mas sim verdadeira alternativa a estas”.⁵⁸ Enquanto Damásio E. de Jesus⁵⁹ ensina ser a teoria do domínio do fato a que complementa a teoria restritiva formal-objetiva.

⁵⁵ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 12-14.

⁵⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 433-434. No mesmo sentido: JESUS, Damásio E., op. cit., p. 17-19.

⁵⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 371-372 e 339.

⁵⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 430.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 17.

Pondera, no entanto, Enrique Bacigalupo que nos “últimos decênios comprovou-se que nem todos os tipos penais têm estrutura que permite explicar as questões sobre a autoria por meio da teoria do domínio do fato. Em 1963, Roxin propôs, nesse sentido, distinguir os delitos de domínio do fato dos delitos de infração de dever. Em sua versão original, os crimes de infração de dever se caracterizam pelo fato de que a autoria da realização do tipo penal não depende do domínio do fato, mas da infração de um dever que incumbe o ao agente”.⁶⁰

Entre os crimes de infração de dever encontram-se os crimes próprios, os delitos societários e os crimes omissivos. O dever que constitui a matéria da lesão jurídica nesses tipos penais não é o dever genérico que surge de toda norma e alcança também os partícipes. Trata-se de um dever extrapenal, que não alcança os partícipes, mas somente aquele que têm uma determinada posição a respeito da inviabilidade do bem jurídico, como funcionários, administradores e os garantes nos crimes omissivos. Nesses crimes o critério dominante é a infração do dever especial que incumbe ao agente, independentemente se teve ou não o domínio do fato. Na coautoria há violação conjunta do dever especial, sem levar conta a contribuição que cada um dos agentes deu ao fato delituoso.⁶¹

O Código Penal com a reforma de 1984 adotou a teoria do domínio do fato?

José Henrique Pierangeli⁶² sustenta que a nova Parte Geral inclinou-se, decisivamente pela teoria do domínio do fato, de concepção finalista. De igual sentir Manuel Pedro Pimentel⁶³ pontifica que recebendo o Código Penal inspiração da teoria finalista não poderia fugir da consequência de adotar a teoria do domínio do fato. Enfatiza também Alberto Silva Franco que, muito embora o legislador de 1984 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas, “abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo

concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato”.⁶⁴

Advoga-se que a teoria do domínio do fato foi adotada pela Reforma de 1984 ao permitir formas diferentes de punição de acordo com a culpabilidade de cada autor o juiz procede “à individualização da pena diante da situação típica, observará aquele que ao obrar tinha o domínio do fato em suas múltiplas variantes diferenciado dos demais atores no planejamento e execução delitiva (autoria e participação)”.⁶⁵

5. COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA TEORIA RESTRITIVA

Na teoria restritiva os coautores realizam atos típicos de execução, há divisão de tarefas e os agentes cooperam, conscientemente, na produção do resultado, com idêntico nexos subjetivo. O coautor é aquele que contribui para o evento final realizando parte do delito, mediante atuação consciente e resultado desejado. Nesta divisão de tarefas entre os coautores, por exemplo no crime de roubo, um dos agentes mantém a vítima sob ameaça de arma de fogo, enquanto o outro a despoja dos bens.

Na *coautoria sucessiva* a ação iniciada sofre a intervenção posterior de outra ou de outras pessoas.⁶⁶ A dúvida que permeia é até que momento do *inter criminis* o terceiro pode cooperar na realização da conduta proibida? Fernando Galvão⁶⁷ informa que Maurach aceita o ingresso do terceiro na ação criminosa até a consumação, assinala que a responsabilidade penal no concurso de pessoas pressupõe a tipicidade de cada participante e afirma que na coautoria sucessiva cada interveniente só responde pelos atos praticados após o seu ingresso na empreitada delitiva. Outra situação enfrentada é a responsabilidade

⁶⁴ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164-165.

⁶⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 342.

⁶⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 443-444, que se apoia nos ensinamentos de Reinhart Maurach.

⁶⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 443-445.

⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 452-453.

⁶¹ Idem.

⁶² PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 53-54.

⁶³ PIMENTEL, Manuel Pedro. *A teoria do crime na reforma penal*. RT 591/294.

do interveniente em relação aos fatos praticados antes de seu ingresso pelos demais autores. Por ex., o interveniente ingressa na dinâmica do roubo, quando uma das vítimas já tinha sido morta pelos demais. O ingresso na fase do exaurimento, depois de consumado o delito, configura crime autônomo.

5. 1. Participação na teoria restritiva

A participação é uma atividade acessória. O partícipe não pratica atos típicos de execução, realiza conscientemente atividade secundária ou não e sabe que com ela contribui para o resultado final e ilícito. A participação exige o autor imediato, aquele que executa a ação típica, pois, o partícipe colabora, mas não realiza atos típicos de execução. A expressão de *qualquer modo* da cabeça do art. 29 do CP implica dizer ser partícipe aquele que de qualquer maneira, não praticando atos típicos de execução, contribui para o resultado final. A determinação, a instigação ou o auxílio devem ser *causalmente eficazes*. Não há participação punível se a pessoa a quem é dirigida a determinação ou a instigação já está decidida à prática do crime.⁶⁸

5.2. Natureza jurídica da participação.

Sobre a natureza jurídica da participação dependente da ação principal temos as seguintes teorias: a) Para a *teoria da acessoriedade mínima* basta que o autor principal pratique o fato típico, pouco importando que seja ilícito, para que exista a responsabilidade do partícipe. Não é aceita essa teoria porque se há licitude no comportamento do autor, há também na conduta daquele que colabora. O exemplo que segue mostra a inconsistência desta doutrina. Se “A” induzir “B” a agir em legítima defesa, e se “B” matar o agressor em legítima defesa será absolvido, enquanto que “A” (partícipe) responde pelo crime de homicídio.⁶⁹ b) Na *teoria da acessoriedade extremada* (ou máxima) o partícipe somente será punido se o fato principal for típico, antijurídico e culpável.

⁶⁸ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406.

⁶⁹ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 398. No mesmo sentido: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 456.

Desta forma, o partícipe não responderá por crime se o autor for inimputável, por exemplo, daí a advertência oportuna de José Henrique Pierangeli⁷⁰ que não deve a falta de culpabilidade do inimputável beneficiar o partícipe; no mesmo sentido assinala Fernando Galvão⁷¹ que a culpabilidade do autor é desvinculada da culpabilidade do partícipe, não se pune o partícipe se o autor for inculpável; a teoria não é compatível com o Código Penal, que no art. 62, III, permite a punição do partícipe quando o autor for inculpável; c) na *teoria da acessoriedade limitada* o partícipe só responde se o fato for típico e ilícito, não se exigindo que o autor seja culpável. Aquela “que auxilia materialmente o autor a praticar um injusto típico, mesmo que não culpável, responderá, de acordo com a teoria limitada, pelo resultado advindo da conduta do autor”;⁷² é a teoria mais aceita; d) na *teoria da hiperacessoriedade* a punição do partícipe ocorrerá se o autor tiver praticando um fato típico, ilícito, culpável e punível; se a punibilidade do autor principal for extinta, o partícipe não poderá ser punido; por ex., no decorrer do processo o autor falece e a sua punibilidade é declarada extinta, neste caso, o partícipe não é punido.

5. 3. Formas de participação na teoria restritiva.

A participação pode ser material ou moral. Na *participação material* o partícipe auxilia o autor fornecendo-lhe os meios adequados à realização do crime, por ex., entrega ao executante do homicídio a arma de fogo; ao ladrão a chave do cofre ou leva o agente de carro até o local do crime.⁷³ Na *participação moral*, o agente induz ou instiga o autor a cometer o crime. A ação de induzir significa que o partícipe cria a idéia criminosa na mente do autor. Na ação de instigar o partícipe reforça a idéia criminosa existente na

⁷⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 62.

⁷¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 458.

⁷² GRECO, Rogério, op. cit., p. 485.

⁷³ Auxílio, segundo HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406, é “a prestação de serviço, ministração de instruções ou fornecimento de meios para a execução do crime, mas sem participação direta ou imediata nesta”.

mente do autor.⁷⁴ Instigar é estimular, animar, há influência no processo de formação de vontade, entretanto, para Aníbal Bruno⁷⁵ instigar designa determinar e não influir, o instigador determina a outrem praticar o crime. Acrescenta José Henrique Pierangeli⁷⁶ que “só é admissível a instigação dolosa”, e segue que “o dolo do instigador necessariamente está jungido ao dolo do autor”. A instigação deve sempre ser efetuada sobre pessoa determinada ou pessoas determinadas, porque, do contrário, pode configurar o delito de incitação ao crime (art. 286, CP).⁷⁷

Surgem duas questões. Se a instigação é sempre dolosa, qual é a responsabilidade do instigador se o instigado for além do resultado desejado pelo instigador? Álvaro Mayrink da Costa afirma que: “O instigador só responde na proporção em que o autor do fato principal concorda com o seu dolo, porém se o autor principal, pelo contrário, extrapola o que é querido pelo *instigador*, responderá o autor direto pelo excesso, e o instigador até o limite de seu dolo de instigação”.⁷⁸

A segunda questão recai em que a instigação “só pode assumir relevância penal quando leva o autor a realizar o ato, ou seja, a participação exige do autor pelo menos o início da execução do crime, exatamente uma tentativa punível”.⁷⁹ O ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio não são puníveis *se o*

crime não chega pelo menos a ser tentado, é a regra do art. 31 do CP. A participação é impunível se o autor não iniciou a execução do crime. Há tentativa de crime com o *início da execução* (art. 14, II, CP), é indispensável, pois, que o agente tenha ultrapassado as fases da cogitação e da preparação do *inter criminis* e ingressado na fase de execução para que o fato seja punível. Consumado o crime não há falar em participação, mas sim em crimes autônomos como receptação (art. 180, CP), favorecimento pessoal (art. 348, CP) ou favorecimento real (art. 349, CP).

A expressão *salvo disposição em contrário* (art. 31, CP) autoriza, em certos casos, a punição do ajuste, da determinação, da instigação ou do auxílio, ainda que não iniciada a execução do crime. O crime de bando ou quadrilha (art. 288) configura-se com a simples associação (ajuste) para o fim de cometer crimes, vale dizer, permite a punição daqueles que se associaram para cometer os delitos ajustados. O crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291) ocorre, por ex., na ação de guardar aparelho destinado à falsificação de moeda. Não se espera que haja a falsificação da moeda (art. 289) para punir.

Pode acontecer, ainda, de o partícipe se arrepender e o executor continuar na empresa criminosa. Leciona Néelson Hungria⁸⁰ que não há conduta punível se o arrependido não iniciar a execução do crime ou sendo o partícipe que impede o executor de iniciar a execução; se o arrependido for o executor que voluntariamente desiste da execução ou impede que o resultado se produza, ou se o partícipe evitar que o executor atinja a sua meta, operam-se a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, comunicáveis entre os agentes; por fim, se o arrependido for o partícipe e resultar inútil o seu esforço para impedir a execução ou consumação.

De outro lado, Fernando Galvão⁸¹ exemplifica que se “A” contratar “B” para matar “C”, porém, “B”, livre e conscientemente, decide apenas lesionar “C”, há *desistência do executor*. Neste caso, se a desistência do executor for *anterior ao início*

⁷⁴ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 406.

⁷⁵ BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 272-274. Aníbal Bruno classifica os vários modos de instigação: a) no *mandato*: o instigador encomenda o crime no seu próprio interesse, incumbe outrem da execução; b) por *comando*: há entre o instigador e o instigado relação de superior e inferior, o instigador abusa do poder; c) mediante *conselho*, o executor pratica o crime no seu próprio interesse e o instigador apenas o convence da conveniência de praticá-lo; d) por *ameaça*, o motivo determinante é o temor que o instigador provoca no ameaçado, ameaça séria suficiente para instigá-lo a cometer o crime, mas que não chega a configurar a autoria mediata.

⁷⁶ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 66. No dizer de COSTA, Álvaro Mayrink, op. cit., p. 368, o dolo da instigação é o querer que outrem realize dolosamente o tipo.

⁷⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 68. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 318.

⁷⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 365-366. Nesta afirmação o autor se apoia na doutrina alemã formulada por Baumann, Maurach e Schönke-Schröder.

⁷⁹ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 65.

⁸⁰ HUNGRIA, Néelson, op. cit., t. II, v. I, p. 427-428.

⁸¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 470.

da execução do homicídio, o homicídio sequer chegou a ser tentado, ambos, executante e mandante, não respondem. Por outro lado, se a desistência for *posterior ao início da execução* do homicídio, o impedimento da consumação decorreu pela desistência do executante – circunstância alheia à vontade do agente (mandante) – então o mandante responde por tentativa de homicídio e o executor por lesão corporal consumada.

A doutrina nacional, com exceções,⁸² admite a *participação mediante omissão*⁸³: “Na participação mediante omissão, basta, sob o prisma causal, que se não tenha impedido o crime faltando a um dever jurídico”,⁸⁴ assim o dever jurídico de impedir o resultado é indispensável, pois, se “inexiste o dever jurídico de atuar não há cumplicidade, mas simples *conivência*, impunível”.⁸⁵ O sujeito que toma conhecimento de que será praticado um furto e não comunica à autoridade não é partícipe do furto, porque não tinha o dever de agir para impedir o resultado, mas sua omissão constitui a infração autônoma de contravenção penal (art. 66, LCP). Além do dever jurídico de impedir o resultado, o omitente deve aderir à prática do crime (vínculo psicológico).⁸⁶ O policial, que faltando ao seu dever de agir

⁸² FRAGOSO Heleno C., op. cit., p. 318-319, faz importante ressalva de ser inconcebível a instigação por omissão, porque a instigação requer um comportamento ativo.

⁸³ BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 278-279, ressalta “é necessário que a omissão funcione como elemento causal da realização do fato”; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 464, nota de rodapé n. 85, dá como exemplo de participação por omissão em crime comissivo o caso em que o pai percebe que o filho vem praticando furtos na vizinhança e não impede. Apesar de o pai violar o dever especial de agir, quem possui o domínio do fato é o filho que realiza as subtrações. HUNGRIA, Nélon, op. cit., p. 407, diz que o silêncio pode importar aprovação de quem tinha o dever jurídico de falar para dissuadir ou de quem exerce grande ascendência moral sobre o executor.

⁸⁴ HUNGRIA, Nélon, op. cit., t. II, v. I, p. 415-416.

⁸⁵ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 319. A *conivência*, segundo DOTTI, René A. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 354, “se caracteriza pela presença física de alguém no ato de execução de um crime ou a omissão em denunciar a à autoridade pública de um fato delituoso de que tenha conhecimento”.

⁸⁶ No mesmo sentido FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 319, assinala que deve haver dolo do partícipe em relação cometido pelo autor.

assiste inerte, por mera covardia, à prática de um assalto à mão armada, incorre em falta disciplinar, mas não lhe pode ser imputada a participação no crime de roubo, pela falta do vínculo subjetivo. Mas, neste mesmo exemplo, haverá participação por omissão se o policial aderir à vontade do ladrão.

6. COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO NA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Pela teoria domínio funcional do fato tem o coautor “capacidade para interferir sobre o *se* e o *como* do delito”.⁸⁷ O elemento essencial é o codomínio do fato, segundo Roxin.⁸⁸ O codomínio do fato exige uma decisão conjunta de modo que cada conduta está conectada à outra mediante a divisão de tarefas acordada na decisão conjunta ou comum.⁸⁹

O coautor “é aquele que intervém na execução do delito como co-titular da decisão comum, porque só assim pode participar do domínio do fato”.⁹⁰ O “co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso não seja típica a conduta perante o verbo”.⁹¹ Segundo Maurach: “Autor e co-autor, numa análise objetiva possuem no sentido de dirigir o curso determinante da realização do fato”.⁹² No aspecto subjetivo, o coautor “deve ser um co-portador da decisão comum acerca do fato”⁹³ e no aspecto objetivo o coautor será “aquele que executa a parcela que lhe cabe, de acordo com o plano em comum”.⁹⁴ Na teoria do domínio funcional do fato para a caracterização da coautoria, diz Jescheck que a atuação do coautor é “uma parte necessária à execução do plano global”.⁹⁵

Na coautoria *direta* “todos os sujeitos realizam a conduta típica”, ex., agridem a vítima produzindo lesões corporais. Na coautoria *parcial* ou *funcional* temos domínio

⁸⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 50.

⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 456

⁸⁹ Idem, p. 457.

⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 54.

⁹¹ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 21-24.

⁹² Apud, PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 55.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Apud, PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 56.

funcional do fato⁹⁶ e há “repartição de atividades (funções) entre os sujeitos”.⁹⁷ São distribuídos entre os diversos autores atos executórios, de modo que cada um é responsável por parte do fato, desde a execução até o momento consumativo, por isso “cada um mantém o domínio funcional do fato”.⁹⁸ Na coautoria *parcial* ou *funcional* a conduta de cada um dos autores é necessária de modo que sem ela o crime não teria cometido. Damásio E. de Jesus dá como exemplo o crime de roubo no qual as ações são divididas entre o apoderamento de dinheiro, constrangimento das vítimas mediante ameaça, vigilância e direção do veículo.

O partícipe no domínio final da ação “é quem contribui para um delito alheio, sem realizar conduta que se ajuste ao tipo e sem ter condições de decidir sobre a consumação do fato típico”.⁹⁹ O partícipe não tem poder de decisão sobre a execução ou a consumação do crime, o partícipe não tem o domínio finalista do crime, o delito não lhe pertence, ele colabora no crime alheio, enquanto o autor detém o domínio do fato e o coautor o domínio funcional do fato.¹⁰⁰

7. Concurso de pessoas em crime culposo

Pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 ficava solucionada “a questão sobre o concurso em crime culposo, pois neste tanto é possível a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação”. Dissertava, neste diapasão, Nélon Hungria¹⁰¹ ser possível tanto a coautoria como a participação no crime

culposo, porque no crime culposo pode haver cooperação de atividades simultâneas ou sucessivas, desde que se apresentem subjetivamente coligadas ou coordenadas, ou desde que um dos agentes saiba que contribui para o outro: o passageiro do automóvel que induz o motorista a empregar velocidade excessiva, de forma imprudente, e com isso vem ocorrer um atropelamento; dois operários da construção civil que lançam a tábua no leito da rua e atinge um passante; o agente amontoa lenha para fazer a fogueira e o outro deita-lhe fogo, sem atentarem para a proximidade de uma casa, que vem a incendiar-se. No clássico exemplo utilizado pelos causalistas (Hungria, Aníbal Bruno e Noronha) para explicar a coautoria em crime culposo, os operários compartilhavam o mesmo dever objetivo de cuidado (conduzir a tábua com segurança ao local de depósito) e em cooperação praticaram condutas descuidadas. É minoritária a doutrina causalista quanto à impossibilidade de coautoria e a participação em crime culposo.¹⁰² Com o finalismo as linhas de pensamento sobre o concurso de pessoas no crime culposo tornaram-se divergentes.

Sustenta Álvaro Mayrink da Costa¹⁰³ que nos injustos negligentes não há participação e nem coautoria, pontifica a “participação é impossível nos injustos negligentes. O autor de um injusto negligente atua inconscientemente e com limitada e insuficiente capacidade de direção”¹⁰⁴; nos “injustos negligentes o autor é único, devendo ser valorado diante da realização do resultado típico, ainda que se possa imaginar qualquer indução”,¹⁰⁵ enfatiza, por fim, a impossibilidade participação em crime culposo quando assevera que a participação moral, nas modalidades de instigação e indução, é sempre dolosa.¹⁰⁶ No exemplo em que há instigação do motorista para exceder a velocidade permitida e perigosa, vindo assim colidir e

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. 21-24.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem, p. 23.

⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva et al, op. cit., p. 164.

¹⁰⁰ JESUS, Damásio E., op. cit., p. 25.

¹⁰¹ HUNGRIA, Nélon, op. cit, t. II, v. I, p. 413-414. De igual sentir, BRUNO, Aníbal, op. cit., t. II, p. 277, assinala que na culpa os agentes são cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros; NORONHA, Magalhães. *Curso de direito penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 216, que aduz há “cooperação no crime culposo, visto existir neste vontade na ação causal e previsibilidade do evento”.

¹⁰² COSTA E SILVA, Antônio José da. *Comentários ao código penal brasileiro: parte geral*, 2. ed., rev. e atualizada por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, v. 1, p. 97-98, diz que se o crime culposo for resultante da cooperação de duas ou mais pessoas cada uma delas responde como autora.

¹⁰³ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 354.

¹⁰⁴ Idem, p. 340-341.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem, p. 365.

causar a morte de terceiro, ambos, motorista e o instigador, são autores de homicídio culposo.

A majoritária doutrina divide-se entre os que defendem a possibilidade de participação e aqueles que admitem apenas coautoria no crime culposo. Com argumentos diferentes parcela da doutrina aceita a participação em crime culposo. Luiz Regis Prado¹⁰⁷ sustenta ser admissível a participação em crime culposo na modalidade de instigação, afirma que se a coautoria exige o ajuste prévio para realização do resultado, inviável a coautoria, pois, não há liame subjetivo. Ex.: “A” incita “B” dirigir em alta velocidade sem observar cuidado objetivo. “A” é partícipe do crime culposo causado por “B”. Ainda no exemplo do passageiro instigador do motorista, ressalta Rogério Greco¹⁰⁸ que o motorista detinha o controle do automóvel, que não foram as condutas conjugadas simultaneamente que levaram à eclosão do acidente, tal como no exemplo dos operários que arremessam a tábua, e por fim arremata que o autor é aquele que pratica a conduta contrária ao dever de cuidado; partícipe é aquele que induz ou estimula alguém a realizar a conduta contrária ao dever de cuidado.

Fernando Galvão remete a questão à teoria objetivo-final (teoria do domínio do fato) pela qual “é possível reconhecer que nem todos os concorrentes de um crime culposo têm o domínio do fato, o que viabiliza a distinção entre autores e partícipes”,¹⁰⁹ assim no caso do passageiro (carona) que instiga o motorista a empreender velocidade, quem domina o fato é o motorista, o passageiro (carona) que o instiga é o partícipe. O dever objetivo de cuidado é do motorista, nos “termos da teoria objetivo-final, todos os autores devem dominar finalisticamente a realização da conduta descuidada”.¹¹⁰ No mesmo sentido, Miguel Reale Júnior sustenta a

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed., São Paulo: RT, v. 1, 2002, p. 398

¹⁰⁸ GRECO, Rogério, op. cit., v. I, p. 517,

¹⁰⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 463-464.

¹¹⁰ Idem, p. 447-448. No segundo exemplo (do motorista induzido pelo passageiro a exceder a velocidade) o fundamento legal da comunicabilidade da circunstância de caráter pessoal (ser o motorista) é o art. 30 do CP.

possibilidade de participação no crime culposo porque “há um autor principal que tem o domínio do fato, e pode não cumprir a ação para a qual instigou ou prestou auxílio, exatamente por exercer um poder sobre o fato”.¹¹¹

Outra vertente jurisprudencial¹¹² e doutrinária.¹¹³ admite coautoria em crime culposo. Explica Cezar R. Bitencourt¹¹⁴ que o vínculo subjetivo entre os agentes se estabelece na realização da conduta voluntária. Os que cooperam na causa, na falta do dever objetivo de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores. Guilherme de Souza Nucci¹¹⁵ justifica ser admissível somente a coautoria e não a participação, por ser o crime culposo de tipo aberto, quem instiga outro a ter atitude imprudente é igualmente imprudente. Heleno C. Fragoso¹¹⁶ também admite a coautoria pela contribuição causal dos autores a partir da tipicidade do crime culposo ser a violação do dever objetivo de cuidado, de modo que são coautores aqueles que desatendem aquele dever.

8. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIME OMISSIVO.

Tormentosa é a divergência doutrinária no tocante ao concurso de pessoas no crime omissivo. Defende-se a impossibilidade de coautoria nos crimes omissivos, porque o dever de agir é pessoal e intransferível. Conhecido o exemplo de A. Kaufmann em que se cinquenta nadadores assistem impassíveis o afogamento de uma criança, cada um será autor direto da omissão de socorro.

¹¹¹ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 324,

¹¹² JUTACRIM 88/283; 91/412; 86/124; 84/372; 92/293 e 89/465; 30/383; RTJ 120/1136; RT 496/289; 444/370; 454/439; 447/472 e 500/325.

¹¹³ MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 234-236; DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114, admite excepcionalmente a coautoria em crime culposo” desde que demonstrada a existência do vínculo subjetivo voltado à realização da conduta imprudente comum”.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 450.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 297.

¹¹⁶ FRAGOSO, Heleno C., op. cit., p. 313.

8. 1. Concurso de pessoas em crime omissivo próprio

Rogério Greco e Miguel Reale Jr.¹¹⁷ advogam as duas formas de participação. A coautoria, segundo Miguel Reale Jr., por um acordo de vontades entre os agentes para deixar de cumprir com a ação esperada, por ex., duas pessoas decidem não prestar socorro a pessoa ferida em acidente de carro. Rogério Greco¹¹⁸ reconhece participação se o “partícipe dirige a sua conduta no sentido de fazer com que o autor não pratique a conduta a que estava obrigado”, e dá como exemplo o crime de omissão de socorro (art. 135, CP) em que “A”, paraplégico, induz “B”, surfista profissional, a não socorrer “C”, que está se afogando. “A” não pode ser autor do delito de omissão de socorro pelo fato de ser paraplégico, uma vez que se entrasse no mar correria risco pessoal. B, entretanto, por ser surfista profissional, poderia ter socorrido “C” sem qualquer risco pessoal. Neste caso, “A” só pode ser partícipe o crime de omissão de socorro praticado por “B”.

Admite a coautoria no crime omissivo próprio Cezar R. Bitencourt,¹¹⁹ desde que os agentes tenham obrigação de agir e anuem à omissão de outrem, vale dizer, consciência e vontade conjuntas de não realizar a conduta esperada. Fernando Galvão igualmente assinala: “Presentes os requisitos do concurso de pessoas, em especial o domínio compartilhado do fato, e havendo para ambos os concorrentes o dever de agir em conjunto, será possível a co-autoria em crime omissivo”,¹²⁰ e Guilherme de Souza Nucci acentua que deve ser verificado se os agentes estão “vinculados psicologicamente ao mesmo

resultado, a este prestaram sua contribuição, ingressando no tipo penal e perfazendo o necessário à configuração da co-autoria”.¹²¹

Damásio E. de Jesus sustenta não ser admissível coautoria em crime omissivo próprio, porque a coautoria se baseia na divisão de tarefas e no delitos omissivos próprios “não se pode dizer que a omissão de um sujeito constitui parte do todo, que a conduta omissiva de um completa a do outro”,¹²² de maneira que todos os omitentes são autores diretos, mas é viável a participação por ação (não por omissão), se o agente induz o autor a se omitir, a não socorrer a vítima.

8. 2. Concurso de pessoas em crime omissivo impróprio

Miguel Reale Júnior aceita as duas formas de participação, a coautoria porque “o dever de agir pode incumbir a ambos os co-autores, como na hipótese de pai e mãe deixarem de alimentar o filho para lhe causar a morte por inanição”,¹²³ e a participação propriamente dita ainda que incumba a um dos agentes o dever de agir, esta circunstância (dever de agir para impedir o resultado), por ser elementar do crime comissivo por omissão, comunica-se ao outro concorrente (art. 30 do CP). De outro vértice, Damásio E. de Jesus¹²⁴ assevera não existir coautoria, assim o pai e mãe, que de comum acordo, venham matar a criança por falta de aleitamento, são autores de homicídio doloso, entretanto, é admissível a participação mediante ação, por ex., terceiro induz a mãe a matar o própria filho mediante inanição.

Se aplicada a teoria do domínio do fato há solução? Há divergência quanto à aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes

¹¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 325. GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 511, filia-se ao pensamento de que nada impede o reconhecimento da coautoria em crime omissivo “quando todos os agentes, unidos pelo vínculo psicológico, resolvem deixar de agir em determinado caso concreto, quando a lei lhes impunha, individualmente, que agissem ou conforme o comando abstrato, sendo o caso de delitos omissivos próprios, ou com a finalidade de evitar o resultado, na hipótese de crimes omissivos impróprios”.

¹¹⁸ GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 512.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 451,

¹²⁰ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 448-449.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 300,

¹²² JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434-438. Damásio E. de Jesus dá o exemplo de dois médicos, que combinam silenciar a respeito de doença de notificação compulsória, assim cada um deles será autor direto do crime previsto no art. 269, CP. No exemplo dos nadadores que se omitem em socorrer o afogado haverá tantos crimes de omissão de socorro quantos sejam os omitentes.

¹²³ REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., v. I, p. 325.

¹²⁴ JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434-438.

omissivos.¹²⁵ Entretanto, Cezar R. Bitencourt¹²⁶ defende a participação no crime omissivo impróprio, porque se o partícipe não tem o dever jurídico de agir, sua atividade é acessória, o autor tem domínio da ação final. Nesta mesma linha de pensamento Fernando Galvão argumenta ser possível a participação em crime omissivo impróprio se o outro interveniente do fato não possuir dever especial de agir e não possuir o domínio do fato, e ressalta que a “participação em crime omissivo impróprio ocorre por conduta comissiva, na qual o partícipe *instiga* ou *determina* aquele que possui o dever de agir a não cumprir sua obrigação”.¹²⁷

9. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIME DE MÃO PRÓPRIA

Crime de mão própria é aquele que só pode ser cometido pelo autor, daí ser denominado crime de atuação pessoal, cujo exemplo é o delito de falso testemunho (art. 342, CP). Informa Celso Delmanto¹²⁸ que a doutrina é pacífica que não cabe coautoria em crime de mão própria, porém é possível a participação moral (instigação) ou a material. Esse é o entendimento de Rogério Greco, que justifica não haver possibilidade de divisão de tarefas no crime de mão própria, mas os “partícipes, mesmo não possuindo o domínio sobre o fato, podem, de alguma forma,

concorrer para infração penal, induzindo, instigando o auxiliado materialmente o autor”.¹²⁹

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do domínio do fato é aplicável no direito penal brasileiro e soluciona os problemas atinentes à autoria nos crimes de autoria mediata e no crime organizado, também resolve, satisfatoriamente, as questões do concurso de pessoas no crime culposo. Porém, a nosso aviso, a teoria do domínio do fato é complementar á teoria formal-objetiva, pois, encontra certa dificuldade de aplicação diante de certas estruturas típicas de crime omissivo, de mão própria ou de infração de dever.

¹²⁵ A teoria do domínio do fato não teria aplicação aos delitos omissivos próprios e impróprios, devendo ser substituída pelo critério da infringência do dever de agir. Neste sentido: JESUS, Damásio E., op. cit., v. 1, p. 434.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar R., op. cit., v. 1, p. 451.

¹²⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 448-449.

¹²⁸ DELMANTO, Celso et al, op. cit., p. 115. Majoritária é a doutrina no sentido de ser impossível coautoria em crime de mão própria. Neste diapasão tem relevo a conduta do advogado que orienta ou aconselha a testemunha a prestar depoimento em favor de seu constituinte. Vários julgados firmando que não falar em co-autoria no crime de *falso testemunho*: RT 484/292; 508/324; RJTJSP 89/356; 90/541, há julgados em sentido contrário dos Tribunais Superiores negando ordem de habeas corpus, porque, que pelo menos em tese, há possibilidade de co-autoria do *advogado* no crime de falso testemunho: STJ, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 9.04.1996, DJ 3.02.1997, p. 783; STF, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10.12.1996, DJ 7.03.1997, p. 5.421.

¹²⁹ GRECO, Rogério, op. cit., v. 1, p. 473-474. No mesmo sentido: DOTTI, René A., op. cit., p. 362-363; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 462, que salienta que o tema não oferece dificuldade porque, sobretudo na participação oral, não há dúvida de que o partícipe pode instigar, por conselhos, a testemunha a prestar informações falsas. Colhem-se de nossos tribunais decisões que perfilham este entendimento doutrinário: RT 635/365, TJSP, que decidiu que no crime de falso testemunho é punível a participação daquele que convence outrem a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, como testemunha. Outras decisões do TJSP reconhecendo o advogado como partícipe no crime de falso testemunho: RT 492/271; 453/338.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, t. I e II.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009
- COSTA e SILVA, Antônio José da. **Comentários ao código penal brasileiro**: parte geral, 2. ed., rev. e atualizada por Luiz Fernando da Costa e Silva, São Paulo: Contasa, 1967, v. 1.
- DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- FREDERICO MARQUES, José. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1 e 2.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, v. I.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958, v. I.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Teoria do domínio do fato**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000
- LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed., São Paulo: Atlas, v. I, 2004
- NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed., São Paulo: Ed. RT, v. 1, 2002
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DO MONITORAMENTO DE E-MAILS DOS EMPREGADOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS ATIVOS IMATERIAIS DO EMPRESÁRIO

Frederico Antonio Oliveira de Rezende*

RESUMO

Os ativos imateriais do empresário podem constantemente ser usurpados e violados pelos empregados por meio do envio de correspondências eletrônicas. Os objetivos desse estudo cingem-se especialmente à demonstração de quais as hipóteses em que será possível o monitoramento do e-mail corporativo, sem que haja violação aos direitos da personalidade dos empregados da empresa, analisando-se as formas em que o monitoramento do e-mail vem sendo admitido pela doutrina e pela jurisprudência.

Palavras-chave: Correio eletrônico; Sociedade da Informação; Informática jurídica; correspondência – inviolabilidade; e-mail corporativo; ativos imateriais - proteção

ABSTRACT

The intangible assets of the Company may be usurped and constantly violated by employees through the sending of electronic correspondence. The objectives of this study is confined to particular demonstration of the assumptions on which it is possible the monitoring of corporate e-mail, without any infringement on the rights of the personality of employees of the company. In addition, we will examine in which ways the tracking of the email has been admitted by doctrine and the case law.

* Advogado; membro do Comitê Penal do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA; Professor do Curso de Direito da UniFMU; mestrando em Direito pela UniFMU; membro efetivo da Comissão de Direito na Sociedade da Informação da OAB SP;.

1. INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação, notadamente com o advento dos computadores e da Internet, implicou numa verdadeira revolução sobre os comportamentos e atividades dos seres humanos, cujos reflexos impõem uma preocupação constante aos empresários com a proteção de seu banco de dados e correspondência eletrônica da empresa, uma vez que estes compõem elemento importante de tutela aos seus ativos imateriais.

De fato, é relevante ponderar que não apenas informações sigilosas, de cunho íntimo e privado, são circuladas por meio do correio eletrônico, mas principalmente ativos intangíveis do empresário, que podem ser usurpados indevidamente, de modo que o monitoramento de e-mails corporativos no ambiente laboral é medida imperiosa de proteção aos ativos imateriais da empresa. Acresça-se que o capital intelectual assume um papel cada vez mais expressivo no cenário empresarial, de modo que sua proteção deve representar uma meta ao empresariado.

Como afirma Roberto Senise Lisboa,

o capital intelectual se constitui em um dos tópicos mais importantes do mundo negocial da atualidade, ao lado da gestão do conhecimento. Percebeu-se, afinal, que os ativos tangíveis das organizações – dinheiro, terrenos, prédios, instalações, equipamentos e outros itens do balanço patrimonial – são muito menos valiosos que os ativos intangíveis – patentes, direitos autorais, bens da era da informação (como bancos de dados e softwares), e, ainda, capacidades, culturas, habilidades etc.¹

Com efeito, no presente artigo, caberá uma análise acerca das modalidades e possibilidades da quebra do direito à privacidade e intimidade e o monitoramento de computadores e de e-mails, sem, contudo, descuidar do fato de que eventual devassa indevida de tais conteúdos gerará responsabilidade civil àquele que devassar indevidamente o sigilo das comunicações por meio de correspondência eletrônica.

Diante de tal quadro, iremos tentar delinear as razões que possibilitam o monitoramento dos e-mails corporativos, em cotejo com a proteção aos direitos da personalidade – intimidade e privacidade, a fim de demonstrar, justamente, que deve haver o equilíbrio entre os direitos envolvidos, com vistas à manutenção e tutela dos ativos intangíveis do empresário.

2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E CORRESPONDÊNCIAS

Iniciaremos pela análise dos preceitos dispostos na Constituição Federal de 1988, que em seu Título II, previu os direitos e garantias fundamentais do homem, constando deste relevante rol os direitos individuais e coletivos, ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria existência.

Em primeiro plano, o sigilo das comunicações pessoais protegido pela Constituição Federal, assumiu um espectro muito mais amplo, desde o final do século XX, uma vez que as mensagens eletrônicas veiculadas pela rede mundial de computadores, vêm, rapidamente, substituindo as correspondências epistolares.

Do mesmo modo que, os bancos de dados, no cenário empresarial, se tornaram indispensáveis para o bom andamento dos negócios empresariais, uma vez que reúnem praticamente tudo que o empresário necessita para o bom andamento de seus negócios, tornando-se um relevante e vultoso ativo intangível em termos econômicos.

Impende destacar que, a Constituição Federal de 1988 previu em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais do homem,

¹ in O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129.

constando deste relevante rol os direitos individuais e coletivos, umbilicalmente adstritos ao conceito de pessoa humana e sua própria existência.

Dentre eles, a Constituição Federal tutelou o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e de dados, consoante dispõe o artigo 5º, inciso XII, *in verbis*:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal;

Vê-se, pois, que o legislador constituinte procurou de sobremaneira resguardar o direito de comunicação dos seres humanos e dos dados por estes mantidos, sem que houvesse qualquer sorte de ingerências, com vistas a preservar, em última análise, o próprio direito do indivíduo em relação a sua privacidade e intimidade.

Entretanto, há que se salientar que a despeito dos direitos ora em tela terem sido alçados à categoria de direitos e garantias constitucionais, não se tratam de direitos absolutos.

Assim, afora a exceção explícita à regra da inviolabilidade de correspondência, relativamente à interceptação telefônica, a lei ou a decisão judicial poderão, em hipóteses excepcionais, promover a quebra da inviolabilidade de dados e das correspondências, com o objetivo de salvaguardar o interesse público e impedir a propagação de práticas ilícitas.

Nesse contexto, emerge necessário destacar que no cenário empresarial do século XXI, os ativos imateriais do empresário representam, por vezes, a porção mais significativa de sua propriedade e capital. Os exemplos de tais ativos imateriais se avultam ao infinito, *verbi gratia*, o *know how*, as estratégias de mercado, o banco de dados de clientes, os *softwares*, bem como o real estado econômico da empresa, razão pela qual o empresário deve gozar de mecanismos hábeis à sua tutela e proteção.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A noção a respeito da conceituação do direito de intimidade e de privacidade nos moldes hodiernos, é relativamente recente. No início, as duas noções se confundiam, podendo-se dizer que havia tão-somente uma diferenciação entre a esfera pública e a esfera privada.

Todavia, hoje, podemos claramente dividir a vida social do indivíduo em duas esferas, quais sejam, a pública e a privada. Dentro da vida privada, podemos dividi-la em dois campos distintos e ambos tutelados constitucionalmente, que seria a privacidade e a intimidade.

Nesse sentido, com muita propriedade se apresenta a lapidar distinção delineada por Luis Alberto David Araújo, ao diferenciar os direitos fundamentais da privacidade e intimidade, *in verbis*:

Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o 'eu' e os 'outros', de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpersoalidade da vida privada.

Os exemplos poderão elucidar as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a

orientação sexual compõem o universo da intimidade.²

Portanto, constata-se que tanto a privacidade, como a intimidade, embora distintas entre si, constituem direitos da personalidade dos cidadãos e que deverão ser tutelados em face de ingerências indevidas em seu correio eletrônico e informações constantes de seu computador.

Todavia, emerge consignar que não se tratam de direitos absolutos, devendo haver a aplicação do princípio da proporcionalidade nas hipóteses em que estejam em confronto com outros direitos igualmente fundamentais, tal como o direito de propriedade do empresário, bem como quando estiverem sendo utilizados para propagar práticas ilícitas em face dos ativos imateriais da empresa.

4. DO MONITORAMENTO DE *E-MAILS* (CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA), COMO MEIO DE TUTELA E PROTEÇÃO DOS ATIVOS IMATERIAIS DO EMPRESÁRIO

A comunidade jurídica tem discutido amplamente a questão atinente à inviolabilidade da informação contida nas mensagens eletrônicas – *e-mails* – e inúmeras indagações têm surgido, bem como reflexões acerca da falta de legislação no que tange ao tema no Brasil.

Aliado à questão em testilha, impende-nos destacar que o monitoramento das mensagens eletrônicas enviadas pelos empregados, no ambiente laborativo, além de ser um importante mecanismo para aferir a sua produtividade, tem o condão de evitar práticas ilícitas perpetradas pelo trabalhador, que poderiam não só prejudicar e violar a honra e imagem do empresário, mas também usurpar os ativos imateriais deste, tais como, *know how*, estratégias de mercado, banco de dados de clientes, *softwares*, dentre outros.

Nesse desiderato, discute-se acerca da possibilidade da interceptação da comunicação eletrônica, tal como ocorre nas comunicações

telefônicas, ou seja, desde que atendido o disposto no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna.

O dispositivo normativo em questão preconiza ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal.*”

Todavia, com a devida vênia, discordamos do entendimento de que o trabalhador goza de privacidade e intimidade no ambiente laboral, máxime, em se tratando de troca de correspondências eletrônicas por meio de e-mail corporativo, haja vista que tal instrumento é de titularidade da própria empresa e deve ser tutelado como meio de proteção aos seus ativos imateriais.

A questão relativa à intervenção no correio eletrônico da empresa têm gerado acalorados debates no meio jurídico, discutindo a polêmica no que tange à possibilidade ou não do empregador monitorar os *e-mails* enviados pelos empregados por meio dos equipamentos informáticos da empresa e do correio eletrônico desta.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão no sentido de admitir suscitado monitoramento, consoante se vê da ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: RESOLUÇÃO CONTRATUAL. SISTEMA DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENVIO DE FOTOS PRONOGRÁFICAS. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no artigo 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do

² ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 110;

poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). (TRT-DF-RO 0504/2002)- Acórdão 3ª Turma.”

Não é outro o recente entendimento firmado pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que rejeitou o recurso de um trabalhador, mantendo sua demissão por justa causa, ao entender que se o empregado utiliza o e-mail corporativo para assuntos particulares, seu acesso pelo empregador não representa violação de correspondência pessoal, nem tampouco de privacidade ou intimidade, uma vez que se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pela empresa para utilização no trabalho, consoante se vê do aresto infratranscrito, *in verbis*:

O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se,

pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada, respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à Internet, a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei.

Por tais razões, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.” (AAIR – 1542/2005-055-02-40; Publicação: DJ – 06/06/2008; 7ª Turma TST; Rel. IVES GANDRA MARTINS FILHO)

Por outro vértice, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, já prolatou decisão com entendimento contrário, no sentido de que, ainda que a correspondência eletrônica seja enviada por computador da empresa, isso não lhe retira a qualidade de correspondência pessoal e sigilosa, consoante acórdão e excertos do voto abaixo transcritos:

Justa Causa. E-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII). Um único e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.

E-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa

qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inciso VIII).

Entendemos que o empregador poderá exercer o controle tecnológico sobre seus trabalhadores, desde que seja analisado caso a caso e atendendo a estritos critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins a que se pretendam causando o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade do trabalhador, mas não vetando esse controle em todos os casos. Vale ressaltar que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito”.(Acórdão nº 2000000387414 - Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região - Acórdão publicado no DO. SP de 08.08.2000.Processo TRT/SP nº 2000034734-0)

Destarte, podemos notar que a solução mais justa e coerente para o caso foi a de que o *e-mail* se trata de uma ferramenta de trabalho, as mensagens enviadas por meio deste não se qualificarão como um espaço privado, habilitando os empregadores a promover ao rastreamento de tais comunicações.

Ademais, é mister repisar que o e-mail corporativo nada mais é do que aquele cedido aos trabalhadores da empresa para o fiel desempenho de suas atividades laborais. Tal ferramenta é criada pela própria empresa, valendo-se de seus servidores, agregando-se o nome de domínio à extensão da correspondência eletrônica. Assim, a título exemplificativo, uma empresa cujo nome empresarial seja “XYZ Ltda.”, fornecerá como ferramenta de trabalho aos seus funcionários, o endereço eletrônico “nome do funcionário@xyzltda.com.br”.

Portanto, o empregado somente terá acesso a tais correspondências eletrônicas enquanto figurar como funcionário da empresa, sendo certo que na hipótese de ocorrer o fim da relação de trabalho, o endereço de e-mail fornecido ao funcionário será sumariamente apagado do servidor da empregadora.

Não obstante, é vital salientar que a vinculação do nome da empresa ao e-mail corporativo poderá ensejar prejuízos de ordem material e moral à empregadora na hipótese do mau uso pelos seus funcionários. Não podemos olvidar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência epistolar em papel timbrado da empresa.

Desta feita, posicionamo-nos no sentido de que o monitoramento de e-mail corporativo não representa ingerência na intimidade ou vida privada do empregado, uma vez que é uma ferramenta de uso exclusivo para o trabalho, de propriedade da empresa empregadora e, portanto, o empregado deve restringir o seu uso às matérias afetas às atividades laborais, como envio de propostas de negócios, respostas às solicitações de superiores hierárquicos, consumidores, dentre outros assuntos vinculados ao empreendimento.

De qualquer forma, impende alertar que o empregador deve consignar de forma clara e expressa, no contrato de trabalho, que as correspondências eletrônicas enviadas por meio dos equipamentos e *email* da empresa, poderão ser objeto de rastreamento e monitoramento, para fins de aferição de produtividade, dentre outras formas de controle.

Conclusivamente, podemos perceber que a análise da questão é causuística, não havendo, até o presente momento, um entendimento jurisprudencial pacífico acerca do tema. Porém, é certo que o advento das novas tecnologias da informação devem implicar em fomento constante à atividade empresarial e devem viabilizar a proteção dos ativos imateriais do empresário, sem contudo, implicar na supressão de direitos da personalidade do empregado, ou ainda, de qualquer cidadão.

5. CONCLUSÃO

A Sociedade da Informação, aliada às novas tecnologias de comunicação, culminaram em mudanças drásticas no cotidiano dos indivíduos. Podemos verificar diuturnamente que os ativos imateriais, nos mais diversos ramos da empresarialidade, assumiram um papel de extrema relevância e magnitude em termos pecuniários, que demandam constante tutela e proteção.

Assim ao focar a questão do monitoramento de e-mails corporativos, como forma de proteção dos ativos empresariais, não podemos mais adotar uma visão tradicional ou absoluta dos conceitos de intimidade e privacidade. Com o advento dos novos meios de comunicação, é fundamental reavaliar tais conceitos. A questão deverá sempre ser avaliada causuisticamente, sem, contudo, se ceifar o direito de intimidade e privacidade do usuário, que devem permanecer sendo tutelados como direitos e garantias fundamentais encartados em nosso Constituição Federal.

Com efeito, o correto entendimento acerca da matéria é no sentido de que no ambiente do trabalho o trabalhador não está no ambiente privado e íntimo de seu lar, valendo-se de ferramentas de trabalho de propriedade do empregador, razão pela qual não há se falar

em violação de sua privacidade ou intimidade ao se monitorar os e-mails enviados. Trata-se, na verdade, de corolário da subordinação existente na relação de emprego aliada à proteção ao nome e honra da própria empresa.

Isto posto, é plenamente viável o monitoramento dos e-mails corporativos dos funcionários de uma empresa, justamente como forma de tutela dos ativos imateriais desta, uma vez que o uso indiscriminado desta ferramenta de trabalho pelos funcionários, pode implicar na perpetuação de prejuízos manifestos ao empresário, consoante já exemplificado no presente artigo,

É necessário que a sociedade seja colocada a par do tema, para que todos os indivíduos se tornem protagonistas dos efeitos sentidos em seu cotidiano, sendo posicionados e informados. Até mesmo porque, somente assim terão a possibilidade de manifestar sua vontade perante o legislativo e gozar da segurança e credibilidade que deve emergir de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, deve-se buscar o controle e o regramento relativamente ao monitoramento comunicações eletrônicas e bancos de dados constantes de equipamentos informáticos, porém, com o devido cuidado e debate, afim de se evitar e obstaculizar uma forma de desenvolvimento intelectual, social e tecnológico.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet**. Coimbra: Livraria Almedina.
- LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) e outros. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. **Direito & Internet vol. II – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e Informática: Uma Abordagem Jurídica sobre Criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PAESANI, Liliana Minardi (coordenadora) e outros. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação**. Lisboa: Quid Juris?, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck, **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SHAW, Paul, **E-Business Privacy and Trust**, Ed. John Wuley & Sons, Inc., 2001.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet: um Enfoque Jurídico**. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coordenadores). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto e LUCCA, Newton de. **Direito Empresarial Contemporâneo**. 2ª. edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto apontar, de modo breve e sucinto, o sistema de propriedade adotado no Brasil, desde a implantação do regime de sesmarias, no século XVI, até o Código Civil de 2002, com especial destaque à Lei de Terras de 1850, ao Código Civil de 1916, às Constituições Brasileiras, ao Decreto-lei n. 58 de 1937, ao Decreto-lei n. 311 de 1938, ao Estatuto da Cidade e ao Código Civil de 2002, procurando destacar, nos citados diplomas, as normas que, direta ou indiretamente, regulamentam as cidades e a propriedade imobiliária urbana no país.

Palavras-chave: propriedade; imobiliária; urbana; rural; sesmarias.

ABSTRACT

The study herein aims to point out, in a brief and summary way, the system of property adopted in Brazil, from the implantation of allotment regimen, XVI century, to the Civil Code of 2002, with a special highlight in the Law of Land of 1850, to Civil Code of 1916, Brazilian Constitutions, Decree nº 58/1937, Decree nº 311/1938, City Statute and Civil Code of 2002, seeking for highlighting, in the legal statutes above, the laws that, direct or indirectly, regulate cities and urban real estate in the country.

Keywords: property; real estate; urban, rural; allotment.

* 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. ASPECTOS GERAIS

A história da propriedade imobiliária no Brasil remonta ao ano de 1530, com a instituição do regime das capitanias hereditárias pelo então rei de Portugal, D. João III. Referido regime que, à época do descobrimento era regulamentado pelas Ordenações Manuelinas, tinha por objetivo efetuar o povoamento do território recém-descoberto.

Com o regime das capitanias foi também introduzido no Brasil o sistema das sesmarias, que, segundo a opinião majoritária dos historiadores que se ocuparam do tema, tornou-se a chave do sistema de propriedade no Brasil, tendo em vista que permaneceu em vigor até a edição da Lei n. 601, de 1850, em que pese o fato de que, em 1822, a concessão das sesmarias havia sido suspensa.

Vê-se, portanto, que o sistema de propriedade, no Brasil, permaneceu ligado ao sistema português até meados do século XIX, quando começam as primeiras tentativas do legislador pátrio em implantar um regime específico.

2. O REGIME DAS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS E AS SESMARIAS

O regime das capitanias hereditárias, conforme a lição de Prado Junior,¹ dividiu o Brasil, mais especificamente, a costa brasileira (o interior era ainda desconhecido), em pequenas porções de terras denominadas capitanias, as quais foram doadas a titulares que gozavam “de grandes regalias e poderes soberanos”. A esses donatários, que passaram a ser proprietários da quase totalidade da costa brasileira, foram outorgados, pelo rei, “poderes para nomear autoridades administrativas e juízes em seus respectivos territórios, receber taxas e impostos, distribuir terras etc”.

Essa forma de distribuição de terras públicas a particulares, que se denomina sesmarias, estava amparada na norma do título LXVII do Livro IV das Ordenações

Manuelinas e foi mantida no título XLIII do Livro IV das Ordenações Filipinas, com a seguinte redação: “sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são”.

Vale mencionar, por oportuno, que Cândido Mendes de Almeida,² ao comentar o citado título XLIII das Ordenações Filipinas lembra, citando Viterbo, que embora exista alguma controvérsia sobre a origem do termo sesmaria, é mais comumente aceito que referido termo derive da palavra latina *sesma(o)*, que significa “a sexta parte de qualquer coisa”. Sendo assim, afirma o citado autor, “as dadas das terras virgens do Brazil não se poderia chamar Sesmarias, mas como se achavão desaproveitadas, assim também foram denominadas”.

O regime das sesmarias foi, segundo Wehling,³ “a chave do regime de propriedade no Brasil até o século XIX, legalizando a ocupação de terras”. Permanece, entretanto, em discussão, segundo a mesma doutrina, se a instituição das sesmarias teria originado “o latifúndio nas fazendas agrícolas, nas de criação e nos engenhos ou se apenas deu-lhe uma sanção jurídica, coonestando uma realidade econômica que ocorreu independente dela e para a qual não contribuiu decisivamente”.

Sem entrarmos no âmago da discussão apontada, o que se denota é que o regime das sesmarias permaneceu em vigor até 17 de julho de 1822, data da entrada em vigor da Resolução n. 76, que suspendeu as concessões de sesmarias.

Coube a Martim Afonso de Souza a tarefa de organizar e implantar o regime das capitanias hereditárias e, conseqüentemente, das sesmarias, no Brasil. Referido sistema teve início em 1532, com a criação de 15 capitais

¹ PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 32.

² ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações Filipinas*, Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 822.

³ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. p. 80.

hereditárias ao longo da costa, com extensões que variavam entre 50 e 100 léguas⁴ cada uma.

Há, entre os autores, alguma divergência em relação ao caráter feudal do regime das capitanias hereditárias implantado no Brasil. Parece, entretanto, haver consenso de que, embora existam semelhanças entre os dois sistemas, a relação rei-donatário era muito diversa da relação suserano-vassalo existente no regime feudal. A relação rei-donatário, em que pese o fato de Portugal viver, à época, um regime absolutista, é uma relação de soberano-súdito. Além disso, os poderes concedidos pelo soberano ao donatário extrapolam, e muito, os limitadíssimos direitos concedidos pelo suserano ao vassalo.⁵ Importa acrescentar, ainda, que, conforme relatou-se anteriormente, a Península Ibérica não implantou o sistema de propriedade feudal, em vista da reconquista.

Ao donatário era assegurado o direito de conceder sesmarias, sem qualquer limitação de área ou quantidade. Entretanto, o governo imperial, por meio de duas Cartas Régias, estabeleceu limites à área das sesmarias. A primeira dessas Cartas, de 1695, limitou a área total das sesmarias em quatro léguas quadradas, sendo quatro de comprimento e uma de largura. A segunda, de 1697, limitou a área das sesmarias em três léguas.

Referidas sesmarias eram, em princípio, concedidas aos cidadãos portugueses,⁶ de forma gratuita. Exigia-se do sesmeiro apenas o pagamento do dízimo à Ordem de Cristo e o cultivo da terra no prazo estabelecido na carta de doação. Esse prazo, segundo a doutrina, era de dois, cinco ou dez anos. Se não houvesse o cultivo da terra nesse período, a sesmaria voltava ao domínio do poder público.

Será preciso considerar, no entanto, que a precariedade do sistema de produção vigente no Brasil-colônia, que se sustentou, ora em uma agricultura predatória, ora na exploração de uma pecuária voltada à satisfação das necessidades da colônia e, posteriormente, no

extrativismo, todos de caráter essencialmente escravocrata, ocasionou aumento tão significativo nas concessões de sesmarias, que as limitações apontadas não foram capazes de conter.

O resultado disso foi o considerável aumento dos apossamentos irregulares e das denominadas terras devolutas, que deram causa, em 18 de setembro de 1850, à edição da Lei n. 601, também conhecida como a primeira Lei de Terras no Brasil.

Referido diploma, embora com algumas imprecisões, comumente aceitas e apontadas pela doutrina, teve o mérito de ser a primeira lei editada com o mister de regular a propriedade de terras no Brasil. Tanto é assim que seu objetivo primordial foi o de proibir a posse de terras devolutas,⁷ com a consequente instituição da compra como único instrumento capaz de legitimar tais aquisições.⁸

Vieram, depois, o Código Civil de 1916 e uma série de leis esparsas, conforme adiante se analisará, com o objetivo de regulamentar a posse e a propriedade de terras no Brasil.

É inegável, entretanto, que somente começará a existir maior preocupação e atenção, por parte do legislador pátrio, com a propriedade urbana, a partir da segunda metade do século XX, quando, impulsionadas por uma economia de base industrial, algumas cidades começam a crescer e atrair a atenção de grandes populações que, até aquele momento, trabalhavam e residiam em zonas rurais.

⁷ O art. 3.º da Lei 601/1850 estabelecia que “são terras devolutas:

§ 1.º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal.

§ 2.º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3.º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4.º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei.”

⁸ O art. 1.º da referida Lei dispunha que: “ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”.

⁴ Para que se tenha uma idéia das dimensões de uma capitania, basta lembrar que uma légua corresponde a aproximadamente 6 km.

⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C.M. *Formação econômica do Brasil*. p. 75.

⁶ Decreto de 25 de novembro de 1808 que permitiu a concessão de sesmarias a estrangeiros.

Essa nova realidade trouxe, entre outras consequências, uma grande valorização dos imóveis de algumas cidades e, conforme preceitua Alvim,⁹ foi a causa do grande número de loteamentos de terras e terrenos ocorrido nas grandes cidades. A título de exemplo, vale lembrar aqui o relato de Porto,¹⁰ dando conta que o bairro do Jardim América, hoje um dos mais nobres da cidade de São Paulo, foi loteado no início do século XX.¹¹

3. A PROPRIEDADE RURAL

Embora o presente trabalho tenha o mister de analisar a propriedade urbana no Brasil, não podemos nos furtar a dedicar algumas breves linhas à propriedade rural.¹² Afinal, esse tipo de propriedade foi a dominante durante toda a fase colonial de nossa existência como nação, tendo em vista que o Brasil foi (e para alguns continua sendo) um país essencialmente rural, ao menos até meados da década de 1930, quando começa a

ganhar corpo um movimento no sentido urbano, motivado pela emergência da industrialização nos grandes centros urbanos de então, especialmente Rio de Janeiro e São Paulo.

A noção de imóvel rural aparece pela primeira vez em nosso sistema jurídico no denominado Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964). Referido diploma estabelece, no inciso I do art. 4.º que “*Imóvel Rural* é o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.” (grifo nosso)

Referida noção permaneceu inalterada até o ano de 1993, quando o legislador pátrio, sentindo a necessidade de regulamentar os dispositivos relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal de 1988, editou a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que ampliou o conceito de imóvel rural instituído pela Lei n. 4.504/1964. Referida ampliação vem consagrada na citada Lei n. 8.629, a qual, em seu art. 4.º, inc. I, conceitua o “Imóvel Rural” como sendo “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial”.

Vê-se, portanto, que, para os dois diplomas citados, o conceito de imóvel rural gravita em torno de dois núcleos: imóvel rústico e destinação.

Gustavo Rezek,¹³ analisando o conceito apresentado, ressalta que, dele,

sobressai a necessidade de que o prédio seja rústico. Portanto, o prédio urbano destinado a algum tipo de moderna exploração agrária, em estufas hidropônicas ou tanques em galpões cimentados, não se inclui na definição legal, apesar de ser considerado imóvel agrário em doutrina. Salienta-se também que o imóvel rural, a terra,

⁹ ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 267.

¹⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. *Histórica urbanística da cidade de São Paulo (1554 a 1988)*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992. p. 116.

¹¹ “É iniciado o loteamento do bairro chamado ‘Jardim América’, projetado pelo urbanista inglês Barry Parker para a Cia. City; as ruas eram sinuosas, para dificultar o tráfego não local, sendo arredondados os cantos das esquinas. Até o início do século XX toda essa área era alagadiça, e correspondia à chácara Bela Veneza, do Cel. Ferreira da Rosa; essa área passara a pertencer à Cia. Edificadora da Vila América e, finalmente, à Cia. City. Aos compradores de lotes a Cia. City exigia na construção de casas um recuo obrigatório do alinhamento das ruas, das divisas laterais e dos fundos do terreno. As ruas e praças receberam nomes de países da América. A primeira casa construída nesse novo bairro foi em 1915, na esquina das ruas Colômbia e Nicarágua”.

¹² Gustavo Elias Kallás Rezek sugere “a adoção do adjetivo agrário, em vez de *rural*, por entender que tal termo se adequa melhor à moderna posição da doutrina, centrada na atividade agrária, desvinculando o imóvel, onde se realiza a agrariedade, da barreira geográfica representada pela zona rural”. REZEK, Gustavo Elias Kallás. *O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição federal de 1988*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 24.

¹³ REZEK, Gustavo Elias Kallás. O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição federal de 1988. p. 22.

deve ser potencialmente destinado à atividade agrária.

Rezek¹⁴ ainda ressalta que, a bem da verdade, o legislador brasileiro, não nos legou uma, mas “duas noções de imóvel rural: a) a de imóvel agrário, estudado pelo Direito Agrário (artigo 4.º, inciso I, do Estatuto da Terra – lei n. 4.504/64); b) a de imóvel que se localiza na zona rural, ou seja, o imóvel rústico, agrário ou não (§ 2.º do art. 1.º da lei n. 9.393/96)”,¹⁵ causando, com isso, uma grande confusão.

Sendo assim, o conceito de imóvel rural, que gravitava em torno das idéias centrais de rústico e destinação, ganhou, a partir da edição da Lei n. 9.393/1996, a noção de localização.

4. A PROPRIEDADE URBANA

Infelizmente o legislador pátrio não teve a sensibilidade de estabelecer os critérios de localização e densidade demográfica para, ao lado da quantidade da população, determinar se um imóvel é urbano ou rural. Em vista disso, conforme relata Veiga¹⁶ “o entendimento do processo de urbanização do Brasil é atrapalhado por uma regra muito peculiar, que é única no mundo. Este País considera urbana toda sede de município (cidade) e de distrito (vila), sejam quais forem suas características”.

Portanto, o legislador pátrio, que não conseguiu esclarecer de modo satisfatório a noção de imóvel rural, deixou também obscura a noção de imóvel urbano. Em vista disso, as estatísticas oficiais mostram um país muito mais urbano do que talvez efetivamente seja na realidade. Isso talvez explique porque, nas últimas três décadas, o legislador pátrio tem dedicado maior atenção à propriedade urbana do que à rural.

Entretanto, em virtude da confusão estabelecida pela própria legislação, essa

maior atenção do legislador para com a propriedade urbana não foi suficiente para solucionar os problemas que se avolumam nas cidades brasileiras, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Segundo Veiga¹⁷ a definição de cidade, ainda vigente no Brasil, foi estabelecida pelo Decreto-lei n. 311, de 1938¹⁸ “que transformou em cidades todas as sedes municipais existentes, independentemente de suas características funcionais”. Até 1938, continua adiante o mesmo autor:

o Brasil não teve dispositivo legal que estabelecesse diferença entre cidade e vila. Era costume elevar à condição de vila, ou mesmo diretamente à condição de cidade, rústicas sedes de freguesia, a mais antiga unidade territorial brasileira. Vilas e cidades surgiam até sem a prévia existência de freguesias. Tanto cidades, quanto vilas, podiam ser sedes de municípios. E os limites geográficos de sua jurisdição eram demarcados pelos limites das freguesias, desde que se tratasse de espaço com ocupação consolidada.¹⁹

¹⁷ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias*: o Brasil é menos urbano do que se calcula. p. 63.

¹⁸ É a seguinte a íntegra do texto dos quatro primeiros artigos do referido Decreto-lei:

“Art. 1.º Na divisão territorial do país serão observadas as disposições desta lei.

Art. 2.º Os municípios compreenderão um ou mais distritos, formando área contínua. Quando se fizer necessário, os distritos se subdividirão em zonas com seriação ordinal.

Par. ún.. Essas zonas poderão ter ainda denominações especiais.

Art. 3.º A sede do município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome.

Art. 4.º O distrito se designará pelo nome da respectiva sede, a qual, enquanto não for erigida em cidade, terá, a categoria de vila.

Parágrafo único. No mesmo distrito não haverá mais de uma vila.”

¹⁹ Anotamos, para efeito de comparação, que, conforme artigo publicado no site: www.62.48.187.117/atlas/Cap2/Cap2d_2.html, assinado por Nuno Pires Soares, “é a Assembléia da República quem decide da elevação dos lugares às categorias de vila e de cidade. Segundo a Lei nº 11/82 de 2 de Junho, ‘uma vila só pode ser elevada à categoria de cidade quando conte com um número de eleitores superior a 8000, em aglomerado populacional contínuo, e possua, pelo menos, metade dos seguintes equipamentos

¹⁴ Ibid., p. 22.

¹⁵ O § 2.º do art. 1º da Lei n. 9.393, de 19/12/1996 estabelece que “para os efeitos desta Lei, considera-se rural a área contínua, formada por uma ou mais parcelas de terras, **localizada na zona rural do município**”. (grifo nosso).

¹⁶ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias*: o Brasil é menos urbano do que se calcula. 2. ed. Campinas: Editores Associados, 2003. p. 31.

Sendo assim, por força do citado Decreto-lei, qualquer comunidade que seja sede de município ou de distrito será considerada urbana e, conseqüentemente, cidade, não importando a quantidade de habitantes que possua. É bem ilustrativo o exemplo citado por Veiga²⁰ dando conta de que, no Estado do Rio Grande do Sul, “a sede do município União da Serra é uma ‘cidade’ na qual o Censo Demográfico de 2000 só encontrou 18 habitantes”.

O art. 7.º do referido Decreto-lei estabelece que:

os territórios das comarcas e termos serão definidos, nos respectivos atos de criação, pela referência às circunscrições imediatamente inferiores que os constituírem. O ato de criação de cada município, porém, indicará os distritos que no todo ou em parte vierem a constituir o seu território e fará a descrição dos antigos ou novos limites do distrito que passarem a formar a linha divisória municipal, discriminadas as secções conformentes às sucessivas confrontações inter-distritais. Analogamente, nenhum distrito será criado sem a indicação expressa da anterior jurisdição distrital do território que o deva constituir, descritos os respectivos limites com cada um dos distritos

colectivos: instalações hospitalares com serviço de permanência; farmácias; corporação de bombeiros; casa de espectáculos e centro cultural; museu e biblioteca; instalações de hotelaria; estabelecimento de ensino preparatório e secundário; estabelecimento de ensino pré-primário e infantários’ – (art. 13º). No entanto, ‘importantes razões de natureza histórica, cultural e arquitectónica poderão justificar uma ponderação diferente destes requisitos’ (art. 14º). A imprecisão e a subjectividade das condições consentidas pelo artigo 14º está na origem do aparecimento de muitas povoações classificadas como cidades nas últimas décadas, mas que efectivamente possuem diminuto número de atributos urbanos.

Para além desta fragilidade conceptual, a actual lei é omissa quanto à delimitação das povoações, isto é, não exige descrição específica nem cartografia que permita delimitar o perímetro dos lugares que aspiram à categoria de cidade. (grifo nosso)

²⁰ VEIGA, José Eli da. *Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula*. p. 32.

que formarem suas confrontações. (grifo nosso)

O art. 8.º do mesmo diploma dispõe, por sua vez, que:

os limites interdistritais ou intermunicipais serão definidos segundo linhas geodésicas entre pontos bem identificados ou acompanhando acidentes naturais, não se admitindo linhas divisórias sem definição expressa ou caracterizadas apenas pela coincidência com divisas pretéritas ou atuais.

Além disso, é atribuição do município delimitar os quadros urbano e suburbano²¹ de sua sede, sendo que o ato de delimitação deverá sempre estar acompanhado da planta respectiva. Essa é a regra do art. 11 e seu parágrafo único do Decreto-lei 311 sob análise.

Veja-se, por oportuno, que, por força do disposto no art. 12 do citado Decreto-lei 311, “nenhum município se instalará sem que o quadro urbano da sede abranja no mínimo duzentas moradias”.²²

²¹ Suburbano, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa é definido como “relativo ou pertence a subúrbio”. Este, segundo o mesmo Dicionário, significa “proximidade de cidade, vila ou outra povoação qualquer, arrebalde, cercania, arredor.

²² Segundo dados publicados no site pt.wikipedia.org/wiki/Cidade, “o principal critério para uma área receber o estatuto de *town* (cidade de pequeno porte, secundária) e *city* (cidade propriamente dita, primária), no Canadá e em vários estados americanos, é o número de habitantes – que varia de subdivisão para subdivisão. Geralmente, nestas subdivisões, uma dada região recebe o estatuto de *town* quando possui uma população entre 500 e 2,5 mil habitantes, e o estatuto de *city* quando possui entre três mil a cinco mil habitantes ou mais – embora a elevação do estatuto raramente seja obrigatória. Markham, uma das maiores cidades secundárias (*town*) do mundo, possui mais de 250 mil habitantes. Nos estados americanos **que usam *town* como uma subdivisão administrativa rural (municipalidade)**, geralmente, a população necessária para uma dada cidade secundária (*town*) ser elevada ao estatuto de *city* é baixa – entre 300 a 1,5 mil habitantes”. Segundo o mesmo site, na França, “a menor entidade político-administrativa são as comuna. O termo cidade (*ville*) é aplicado pela INSEE – o instituto de estatísticas da França – somente às comunas que possuem mais de dois mil habitantes em sua área urbanizada, sendo comunas de

Em 9 de novembro de 1967 foi promulgada a Lei Complementar n. 1, com o objetivo de estabelecer a necessidade de lei estadual e consulta prévia à população interessada para a criação de novos municípios.

Referida Lei Complementar, além dos requisitos acima, estabelecia que a criação de novos municípios deveria ser precedida de:

Art. 1º (...)

Parágrafo único – O processo de criação de Município terá início mediante representação dirigida à Assembléia Legislativa, assinada, no mínimo, por 100 (cem) eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas.

Art. 2º – Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I - população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;

II - eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;

III - centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas); (grifo nosso)

IV - arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.

Referido diploma permanece em vigor, porém, agora, com a orientação traçada pelo art. 18, § 4.º, da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional n. 15, de 12 de setembro de 1996. Por força do disposto no referido art. 18 § 4.º,

a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia,

menor porte consideradas vilas. Porém, existem exceções, que são válidas para as três maiores áreas urbanizadas do país, Prís, Lyon e Marseille”. (grifo nosso)

mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Veja-se, portanto, que, mesmo com as modificações apontadas, nossa legislação não conseguiu o mister de impedir a criação de municípios, nem, muito menos, de propiciar uma visão mais realista da situação urbana. O Brasil, aos olhos da estatística oficial, é um país predominantemente urbano, uma vez que, segundo os dados obtidos pelo Censo Demográfico de 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 81,2% da população brasileira reside nas cidades. Esses dados adquirem maior relevância quando consideramos que, dos 5.560²³ municípios brasileiros, 4.059 possuem população menor ou igual a 20.000 habitantes.

Nos termos do referido Decreto-lei n. 311, cabe ao próprio município estabelecer seus limites e contornos. Ou seja, se o limite da cidade medieval e das cidades brasileiras do início da colonização era estabelecido pelo “muro”, agora é a lei que representa tal papel. Da mesma forma, será a lei a responsável por estabelecer o perímetro urbano, definindo o limite entre as zonas rural e urbana.

É, mais uma vez, oportuna e esclarecedora a lição de José Eli da Veiga, em artigo intitulado “Nem tudo é urbano”,²⁴ sustentando a necessidade de enviar-se

ao Congresso Nacional um projeto de lei que defina o que é cidade, revogando o Decreto-Lei 311, de 2 de março de 1938. Para que esse projeto seja elaborado, será aconselhável que se consulte legislações de outros países. E aí se perceberá que os critérios nunca são puramente administrativos, como ocorre aqui. Sempre foram principalmente funcionais as condições sine-qua-non da promoção de um povoado à categoria de cidade. Os próprios

²³ A título de comparação, lembra-se que, em 1980, o número de municípios brasileiros totalizava 4.036.

²⁴ VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*. Disponível em: <cienciaecultura.bvs.br/scielo.php>. Acesso em 07 jan. 2007.

etruscos só consideravam como cidade um lugar que tivesse saídas para pelo menos três estradas, além de três templos: a Júpiter, Juno e Minerva. Dois milênios depois, o Brasil se distingue mundialmente por considerar como cidades até vilarejos onde não há sequer três escolas. Onde nem existe cinema, teatro, centro cultural, ou transporte coletivo. Onde a urbe é reles ficção.²⁵

Atualmente cabe aos municípios, por meio da Lei do Perímetro Urbano, definir tais limites. Sob esse aspecto, mais uma vez fica demonstrado que o atual critério de urbanização deve ser revisto ou, pelo menos, ajustado. Segundo dados do IBGE, em 2001, 4.153 municípios brasileiros possuíam Lei do Perímetro Urbano; em 2004, esse número subiu para 4.355, ou seja, 1.205 municípios brasileiros não possuem leis estabelecendo os limites entre as zonas rural e urbana.

A situação é ainda mais distorcida quando analisamos os números relativos à Lei do Parcelamento do Solo e à Lei do Zoneamento Urbano. Dos 5.560 municípios brasileiros, 1.857 possuíam Lei do Parcelamento do Solo e 1.396 possuíam Lei do Zoneamento Urbano, ou equivalente, em 2004.

Em que pese o fato da Lei n. 6.766/1979 tornar facultativo o estabelecimento de normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal, o fato de apenas 33,4% dos

municípios brasileiros terem adotado legislação específica com este mister, demonstra, de certo modo, a pequena importância que o legislador municipal dá às peculiaridades locais.

Toda essa confusão legislativa, como é óbvio, gera conseqüências práticas, inclusive no tocante à propriedade, tratada pelo legislador constitucional pátrio, desde a Constituição de 1824, como um dos pilares da sociedade brasileira.

Referidas confusões acarretam, no mais das vezes, distorções inaceitáveis pois, como sabemos, a criação de municípios, no Brasil, nem sempre está pautada pelo interesse público e, em vista disso, é necessário rigor legislativo nessa criação, evitando-se, o quanto possível, a discricionariedade do Poder Municipal em direito fundamental, como a propriedade. Basta lembrar, por oportuno, que, aos municípios são concedidos poderes para desapropriar, tombar, criar servidões, ocupar temporariamente e requisitar imóveis. Referidos poderes, quando bem utilizados, geram vantagens à população, porém, em contrapartida, quando mal utilizados, causam distorções e injustiças.

Entretanto, a possibilidade de distorções não fica restrita ao aspecto do Estado. Deve-se lembrar, a título de ilustração, que a Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, ao disciplinar sobre a usucapião coletiva, dispõe, em seu art. 10, que “as **áreas urbanas** com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ...”; no mesmo sentido, o art. 183 da Constituição Federal, que foi regulamentado pela citada Lei n. 10.257/2001, estabelece que “aquele que possuir como sua **área urbana** de até duzentos e cinquenta metros quadrados...”. Anote-se, portanto, que a ausência de uma postura clara da Lei Municipal em relação aos limites entre o rural e o urbano, além de gerar as confusões apontadas, impossibilitam que a propriedade cumpra sua função social, como está a exigir nossa Carta Magna vigente.

Atualmente, também merece destaque negativo a implantação, cada vez crescente, de loteamentos urbanos em áreas rurais, à revelia da Lei n. 6.766/1979.

Anotamos, a respeito, a posição de Aurílio Sérgio Costa Caiado e Sarah Maria Monteiro dos Santos, que, em trabalho

²⁵ Segundo dados trazidos por José Eli Veiga, no referido artigo, “há três tipos de países desenvolvidos sob o prisma da diferenciação espacial entre áreas urbanas e rurais. Primeiro, um pequeno grupo fortemente urbanizado, que reúne Holanda, Bélgica, Reino Unido e Alemanha, no qual as regiões essencialmente urbanas ocupam mais de 30% do território e as regiões essencialmente rurais menos de 20%, sendo que as intermediárias variam entre 30% e 50%. (1) No extremo oposto há um grupo maior, formado por quatro países do “Novo Mundo” - Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia - mas do qual também fazem parte três nações muito antigas: Irlanda, Suécia e Noruega. Nesse grupo as regiões essencialmente rurais cobrem mais de 70% do território e as relativamente rurais têm porções inferiores a 20%. Finalmente, no caminho do meio encontram-se França, Japão, Áustria e Suíça, países nos quais entre 50% e 70% do território pertence a regiões essencialmente rurais e cerca de 30% a regiões relativamente rurais”. VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*.

publicado no site scielo.br/scielo.php, intitulado “Fim da dicotomia rural-urbano? Um olhar sobre os processos sócio-espaciais” nos dão conta de que

o crescimento desordenado de nossas cidades vem acontecendo em muitos municípios através de uma expansão que extrapola os limites urbanos definidos por lei, avançando sobre áreas rurais em detrimento da produção agrícola e algumas vezes com conseqüências negativas para o meio ambiente. Essa expansão tem ocorrido tanto por meio de loteamentos populares que expandem as periferias com urbanização precária, quanto através de condomínios de alto padrão destinados à população com alto poder aquisitivo, que busca melhor qualidade de vida em áreas menos densas e afastadas dos centros urbanos.

Ainda, segundo nos revela o referido estudo,²⁶ dos 645 municípios paulistas, 211 possuem ocupação urbana em área rural e 223 possuem loteamentos sem aprovação.

Ora, se levarmos em conta que o Estado de São Paulo está entre os estados brasileiros que possuem a melhor e mais organizada rede de municípios, é de se concluir, com alguma facilidade, que há a necessidade premente de medidas legislativas apropriadas e urgentes, visando coibir tais práticas que, além de causarem desordem urbana, ferem o objetivo traçado pelo art. 182 da Constituição Federal; ou seja, a política de desenvolvimento urbano deve possuir, como meta, a ordenação e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Isso sem mencionar as inevitáveis distorções econômicas daí decorrentes, pois não se pode olvidar, nem negar, que as bases de nossa economia ainda estão calcadas em uma estrutura agrária-exportadora.

Ainda sobre o tema, José Eli da Veiga²⁷ lembra que, em 1994, foi aceita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),

organização dos países desenvolvidos, com sede em Paris, projeto de seu secretário geral propondo o agrupamento dos grupos especializados em questões urbanas, desenvolvimento rural e desenvolvimento regional, mais o programa de ação e cooperação sobre iniciativas locais de criação de emprego daquela Organização, com base em duas justificativas. Uma delas, e que nos parece exemplificativa do que se está a tratar sustentava que

as zonas urbanas, suburbanas e rurais são cada vez mais interdependentes e os problemas de uma delas também interferem nas outras. Por exemplo, os fenômenos de aglomeração e de congestão urbana são inseparáveis da debilitação de certas regiões e do êxodo rural. Além disso, os efeitos de proximidade tornam ainda mais manifesta a necessidade de uma abordagem política coordenada, que possa integrar o conjunto dos aspectos do desenvolvimento. Assim, na escala local, os problemas de emprego, de harmonia social, de qualidade da vida – para tomar apenas alguns exemplos – são indissociáveis (...).

Mal comparando, podemos lembrar aqui um exemplo clássico que demonstra o tipo de consequência que a ausência de uma política urbana bem estruturada, inclusive com a precisa definição de seus limites, pode causar: o aeroporto de Congonhas, em São Paulo. O local escolhido para sua construção, em 1936, a Vila Congonhas, era distante do centro urbano, que mal chegava à Avenida Paulista, e absolutamente despovoado (para se ter uma idéia, o plano de abertura da Avenida 23 de Maio, que hoje serve o aeroporto, foi aprovado pela Lei n. 5.418 de 1957, conforme anota Porto.²⁸ Atualmente, entretanto, devido ao “descuido” da legislação municipal, a área é rodeada de grandes edifícios, o que, frequentemente, traz à baila infindáveis discussões sobre a necessidade da mudança do citado aeroporto para outro local, mormente quando ocorrem acidentes aéreos. Tais discussões seguramente seriam evitadas se a

²⁶ Os dados informados têm como fonte a Fundação SEADE. PMU/1999.

²⁷ VEIGA, José Eli. *Nem tudo é urbano*.

²⁸ PORTO, Antônio Rodrigues. *Histórica urbanística da cidade de São Paulo (1554 a 1988)*. p. 164.

legislação municipal tivesse a eficácia e a rigidez que se deseja.

Portanto, se os municípios não são capazes de estabelecer uma ordem interna, a propriedade urbana não cumprirá a função social estipulada pelo legislador constitucional.

Sendo assim, entendemos ser necessária a reformulação da legislação federal, mormente do Decreto-lei n. 311/1938, a fim de que se estabeleçam limites territoriais para as zonas urbanas e rurais dos respectivos municípios.

Obviamente que, com isso, não se deseja retirar a autonomia municipal, nem se pretende retornar ou propor a ideia de um Estado intervencionista, nos moldes implantados no país no último século, nem, muito menos, limitar o desenvolvimento dos municípios e das cidades brasileiras. Deseja-se, apenas, que o Poder Público municipal cumpra o papel que dele se espera, desenvolvendo e fazendo cumprir uma política urbana que ordene o desenvolvimento da cidade, sem olvidar do bem-estar de seus habitantes. E, com absoluta certeza, desenvolvimento não pode ser confundido com crescimento desordenado e/ou a qualquer custo, da zona urbana em detrimento da rural. Desenvolvimento sustentado e que garante o bem-estar dos seus habitantes requer harmonia entre as zonas urbana e rural.

5. CONCLUSÃO

Embora breve, o presente estudo procurou demonstrar, ainda que de maneira sucinta, as dificuldades legislativas para que se possa alcançar, uma satisfatória regulamentação da propriedade imobiliária, no Brasil, em pese os avanços verificados nas últimas décadas.

Tal dificuldade se deve, em grande parte, pela falta de planejamento, eis que a maioria de nossas principais cidades teve sua fundação atribuída a fatores casuais, nos séculos XVI e XVII, bem ao gosto da mentalidade feudal, que já minguava na Europa e na América espanhola, mas que ainda florescia entre nós.

Tanto é verdade que a origem de nosso sistema de propriedade está atrelada ao regime de sesmarias, aqui implantado e que vigorou

até o início do século XIX, tendo sido suspenso em 1822.

Foi somente a partir de meados do século XX, com a promulgação da Lei de Terras, como ficou conhecida a Lei n. 601, de 1850 que se estabeleceu, entre nós, o regime de compra e venda, como o único possível para a aquisição do domínio. As sesmarias eram toleradas exclusivamente para terras localizadas a 10 léguas dos limites do território.

Será, entretanto, a promulgação do Código Civil, em 1916, que regulamentava o uso e ocupação do solo, embora visivelmente voltado à economia agrária e o desenvolvimento industrial crescente de algumas cidades brasileiras, com o aumento significativo da população urbana e o conseqüente aumento procura dos imóveis urbanos, que desperta no legislador a preocupação com a regulamentação da propriedade imobiliária urbana e, conseqüentemente, da cidade e sua ocupação.

O Decreto-lei n. 58 e o Decreto-lei n. 311, relacionados entre os mais importantes diplomas legislativos nacionais em termos de regulamentação da cidade e da propriedade imobiliária urbana, datam dessa década.

Mais recentemente, por força das normas dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 foi promulgada a Lei n. 10.257/2001, denominada “Estatuto da Cidade”. Referido diploma inovou em matéria de propriedade urbana, ao instituir o direito de superfície e a usucapião coletiva.

Tivemos, por derradeiro, o código civil de 2002 trazendo uma novidade no tocante ao tema *sub examine*, ou seja, a inclusão do compromisso de compra e venda e a superfície na fechada lista dos direitos reais constante do art. 1.225, demonstrando, assim, a clara preocupação do legislador do código civil com a propriedade imobiliária urbana.

Em que pesem os avanços da Constituição Federal, do Estatuto das Cidades e do Código Civil de 2002, ainda há muito para evoluirmos em termos de regulamentação do sistema de propriedade imobiliária visando, especialmente, o desenvolvimento sustentado e o maior equilíbrio entre as zonas urbana e rural

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**, Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 822.
- ALVIM, Agostinho. **Da compra e venda e da troca**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- BARROS MONTEIRO, Washington. **Curso de direito civil** – direito das coisas. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAVALCANTI, Nireu. **O Rio de Janeiro setecentista: a vida e a construção da cidade da invasão francesa até a chegada da corte**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.
- PORTO, Antônio Rodrigues. **Histórica urbanística da cidade de São Paulo (1554 a 1988)**. São Paulo: Carthago & Forte, 1992.
- PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REZEK, Gustavo Elias Kallás. **O princípio da função social da propriedade imobiliária agrária na constituição federal de 1988**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.
- VEIGA, José Eli da. **Cidades imaginárias: o Brasil é menos urbano do que se calcula**. 2. ed. Campinas: Editores Associados, 2003.
- _____. **Nem tudo é urbano**. Disponível em: <cienciaecultura.bvs.br/scielo.php>. Acesso 07 jan. 2007.
- WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 11. ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Vera Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Obrigações e contratos**. 11. ed. rev, ampl. e atual. com. a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. **Formação econômica do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

Ensaio

* Mestre em Direito, Magistrado Decano, Vice presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Professor Titular de Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Não é sem razão que a Campanha da Fraternidade, proclamada pela Igreja Católica, logo após o evento do Carnaval, “em meio à chamada Quaresma”, (ou sejam os quarenta dias que se seguem a ele), optou pela divulgação da temática: Saúde Pública.

Afinal, a Igreja, sob qualquer denominação ou credo, há de posicionar-se em defesa da vida, e tal bandeira perpassa a saúde da comunidade como um todo. A saúde coletiva depende de condições individuais, biológicas, mentais, espirituais e psíquicas sendo alcançada pela preservação do meio ambiente.

Meio Ambiente, por sua vez, é o elenco de condições e influências da natureza biológica, física e química que propiciam, ensejam e protegem a existência, humana, animal, vegetal e até mineral, envolvendo seres e coisas vivas e inanimadas, ou seja, o ecossistema e a vida!

O homem, por sua vez, é o grande responsável pelo seu “habitat” natural, que vem agredindo, especialmente a partir do grande salto da civilização, conhecido como Revolução Industrial, nos albores do século XIX, incrementando a poluição natural, com expectativas de um futuro nada promissor.

É bem verdade que o homem é dotado de alta capacidade de adaptação às variações ambientais, graças a seu poder de conhecimento e domínio tecnológico, colocando-se no topo das demais espécies do planeta.

Desde o surgimento do universo, segundo os Evolucionistas, a cerca de treze bilhões de anos, a vida se acha em constante expansão, a partir do “Big Bang”. A seleção natural vem renovando as espécies, com características favoráveis e desfavoráveis, menos comuns, na esteira dos ensinamentos de Darwin, sobre a origem das espécies, por meio de seleção natural e a luta pela vida.

Já os adeptos da Teoria Criacionista, colocando a origem da vida no Criador Supremo, estabelecem leis naturais e as formas de vida, culminando com a criação do homem, e sua companheira para a edificação da família.

Em qualquer das hipóteses, o homem vem se revelando um egoísta, não preservando a natureza e destruindo seu próprio ambiente, para conquistar uma pretensa evolução técnica, científica, bélica, espacial e até política, cultural e religiosa!

Ao lado da “evolução”, cresce a “degeneração”, na contra mão da história com preços astronômicos pelas conquistas individuais e sociais, agora no ápice do existencialismo, do consumismo, do abandono da fé, da abolição da família, “a morte de Deus”, mesclando a razão com a insensatez, a paz com a guerra, a fraternidade com a dominação.

Ninguém põe em dúvida que a Terra vive os excessos da agressão humana, evidenciados pelo aquecimento global, pelo derretimento das calotas polares, pelas incomuns estiagens prolongadas, pelos furacões, abalos sísmicos, inundações, maremotos, tsunamis e cataclismos devastadores. Milhares de espécies sucumbiram e inúmeras se acham ameaçadas de extinção.

Sabe-se que a vida encontrou no planeta a condição ideal para se desenvolver, tal como a conhecemos, e, egoisticamente, a estamos eliminando, mesmo sabendo que no universo, tais condições podem não se repetir alhures. Vivemos um quase suicídio natural coletivo, indiferentes à revolta da natureza que provocamos irresponsavelmente...

O espaço da BIOSFERA, com cerca de 14 km de altura, na faixa equatorial, e 7 km, nas polares, e as décadas de quilômetros nos pelágos marinhos, compreende a raridade apta a propiciar a vida das espécies, desde as amebas e as algas, até o ser humano. Trata-se de um bioma sutil, equilibrado e único em que se sucedem a litosfera (meio sólido), a hidrosfera (meio líquido) e a atmosfera (meio gasoso), abrigando a vida, em todas as suas formas, em interação permanente, sob a destruição humana.

Sabe-se que, onde se preserva a natureza, existe futuro! Já entoava o renomado Victor Hugo, em França de antanho: “É triste pensar que a natureza fala e que o gênero humano não a ouve”!

O planeta azul, o planeta água, envolto em camada de gases que nos propiciam respiração, com cerca de 78% de Nitrogênio, 21% de Oxigênio e quase 1% de Argônio, que atuam na retenção de calor solar, além de outros gases como o CO₂ (dióxido de carbono), o CH₄ (metano), o N₂O (Óxido Nítrico) e o propalado CFC (Cloro Flúor Carbono), mantendo a temperatura ideal para a sobrevivência.

A Terra absorve a energia necessária, recambiando o excedente como radiação infravermelho, retida na atmosfera, graças à ação dos gases naturais. As várias formas de poluição, geradas pelo homem, estão trazendo o desequilíbrio, em razão da combustão desenfreada, depósitos de lixo, desmatamento, queimadas e decomposição orgânica.

Ao invés de adoção de autêntica política mundial de combate às várias formas de poluição, o chamado Protocolo de Kioto, buscou regulamentar as emissões de gás estufa, criando uma espécie de “alvará para poluir”, com emissão de toneladas de monóxido de carbono e gases poluentes, como o dióxido de enxofre, dentro de uma cota máxima.

Criaram-se créditos negociáveis entre os países mais e os menos poluidores, numa autêntica negociação entre eles (crédito de carbono), para se evitarem pesadas multas para aqueles.

Fixou-se naquele acordo internacional uma meta de redução das malditas emissões poluentes, tomando-se por base a situação em 1990. No período de 2008 a 2012, buscava-se a redução do efeito estufa num índice de 5,2%, para progressivamente, perseguirem as metas maiores.

O “crédito carbono” vem frustrando as expectativas mais otimistas, e os governos dos países mais poderosos, mega poluidores, buscaram, com isso, silenciar o clamor mundial, com movimentação financeira naquelas “negociatas”. Em 2009 e 2010, as transações do crédito carbono, beneficiando os poluidores, envolveram a soma de 286 bilhões de dólares, não logrando disfarçar os picos de temperatura do planeta (que variaram de 29,3 em 2008, para 30,6 gigatoneladas em 2010, com emissão de gases estufa), autêntico Record suicida, convulsionando a natureza

com terremotos, enchentes, degelo polar, tornados, distúrbios climáticos, alterações no ciclo vital da flora, fauna e restauração de moléstias aparentemente erradicadas. Eis o quadro dantesco que a humanidade não ousa encarar: sua autodestruição, triste, passiva e silenciosa!

Em síntese: O nível de poluição ambiental no planeta é igualado à indiferença dos homens! (Edy Gahr)!