

REVISTA  
**EX LEGE**  
DIREITO • FACEMP



**FACEMP**



Ano I - nº 02 - dezembro 2016

### **EQUIPE CENTRAL DA FACEMP**

**Presidente da Mantenedora**

Antônio Le Martini

**Secretária Acadêmica**

Paula Santos de Jesus

**Diretora Geral**

Mariana Martini

**Editores**

Antônio Pedro Moura de Oliveira

Henrique Tito Leonídio Rego.

**Diretor Acadêmico**

Henrique Tito Leonídio Rego

**Coordenador do Curso de Direito**

Valter Guilherme Costa de Almeida

### **CONSELHO EDITORIAL**

Profª Drª Custódia Almeida Martins. Universidade do Minho, UM, Portugal.

Prof. Dr. Fábio Gabriel de Oliveira. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Dr. Gilfranco Lucena. Universidade Federal da Paraíba, UFPB

Prof. Dr. Sérgio Roberto Lemos de Carvalho. Faculdade Maria Milza, FAMAM

Dr. Romilson da Silva Sousa. Faculdade de Ciências Empresariais.

Prof. Raul Tavares, Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Antônio Pedro Moura de Oliveira. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, UFRB.

Profª Msc. Cíntia Barreto Santos Souza. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Henrique Tito Leonídeo Rego. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Uberdan Cardoso dos Santos. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Valter Guilherme Costa de Almeida. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Msc. Geisa Beyer Bacellar. Faculdade Ciências Empresariais, FACEMP.

Pro. Especialista. Caique Pires Barbosa. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Diego Freitas Lima. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Everardo Lima Ramos Júnior. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Marcos Ferrer Santiago. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Felipe Mendonça Montenegro. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Gizeli da Silva Braga. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Lucianna Barbosa Matos. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Suzana Souza Santos Andrade. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Uma publicação da FACEMP

Todos direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

Produção Editorial: Design Print Propaganda

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 0000 exemplares

Diagramação: Fernando Reis - Design Print Propaganda

Capa: Fernando Ataíde - Design Print Propaganda

**O curso de Direito da FACEMP já é reconhecido pelo MEC e pela OAB.**

---

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

REVISTA EXLEGE: DIREITO/FACEMP

Santo Antônio de Jesus, Ano I, n. 01, jul. -dez./2015

Publicação periódica

Semestral

v.1, n. 1, jul.-dez./2015

ISSN

1 Direito – periódicos - Brasil

I Faculdade de Ciências Empresariais - FACEMP II. Título.

CDD 340

---

Ficha catalográfica elaborada por: Magali Alves Albuquerque CRB 5/1438



FACEMP - Faculdade de Ciências e Empreendedorismo

Praça Renato Machado, 10, Centro.

Santo Antônio de Jesus - BA, CEP: 44573-045

Telefone: (75) 3631-3180

[www.facemp.edu.br](http://www.facemp.edu.br)

# **A FACEMP**

A Faculdade de Ciências Empresariais é uma instituição de ensino superior que nasceu impulsionada pelo idealismo, pela rica experiência dos seus instituidores e pelo esforço conjugado destes com a comunidade local.

Credenciada em maio de 2003, e recredenciada em 2013 pelo Ministério da Educação, a FACEMP busca incessantemente alcançar uma educação igualitária, de qualidade, que contribua para o crescimento de todos, dentro de um novo paradigma de cultura e saber. Respalda-se nas modernas metodologias de ensino-aprendizagem para a preparação de profissionais competentes e comprometidos com a geração de mudanças significativas, que possam influenciar positivamente as condições de desenvolvimento da cidade, região e municípios circunvizinhos.

Inicialmente, a FACEMP foi pensada para a formação e qualificação de profissionais da área empresarial. Porém, com o avanço da sua atuação, sua expertise no ensino superior, seu reconhecimento pela comunidade e visando suprir demandas regionais, a Faculdade ampliou a sua abrangência para as áreas de saúde e exatas. Atualmente a FACEMP oferece os seguintes cursos de graduação: Administração, Ciências Contábeis, Direito, Enfermagem, Engenharia Civil, Fisioterapia, Pedagogia, além das graduações tecnológicas em Análise de Sistemas, Redes de Computadores, Recursos Humanos e Logística.

Com o objetivo de melhorar continuamente a qualidade dos seus cursos e dos profissionais que disponibiliza para o mercado é que a FACEMP, com grande satisfação, lança a edição do primeiro número da sua Revista de Direito Ex-Lege. Ela representa não só a abertura de um novo canal para publicação de artigos na área, como também de reafirmar o nosso compromisso com a sociedade e com o estímulo ao gosto pela pesquisa e pela disseminação do conhecimento.

A concretização desta publicação é fruto de aspirações e do esforço de toda a comunidade acadêmica.

**Antonio Carlos Lé Martini**

Presidente da Mantenedora

**Mariana Leal Martini**

Diretora Geral



## **Apresentação**

Todos os caminhos do Direito conduzem a uma melhor organização da sociedade. Consequentemente, todos os caminhos da justiça conduzem também à realização da pessoa humana no interior da vida social. O homem e a mulher não são um objeto qualquer no direito, eles ficam no centro. Todos os outros objetos que o direito considera giram ao redor da pessoa humana e têm por fim iluminar a conformação social.

A Revista *Ex Lege*, curso de Direito, Faculdade de Ciências Empresariais, FAcEMP, Santo Antônio de Jesus, Bahia, apresenta o segundo número, tendo como enfoque os direitos da pessoa humana frente aos problemas sociais, os valores éticos e filosóficos que norteiam a prática advocatícia, bem como a valorização dos novos elementos que auxiliam o mundo jurídico, sobretudo, a informática. Temas desta natureza percorrem os artigos aqui apresentados.

Contudo, os editores quiseram continuar dando ênfase a temas diversos, desejaram, neste segundo volume, oferecer reflexões que abordem uma visão geral de temas que envolvem o mundo jurídico. Isto não significa que todos os números da Revista tenham este formato. A consideração de temas jurídicos mais genéricos nesta publicação tem a finalidade do incentivo à produção científica no curso de direito.

Em comum acordo com a missão da FAcEMP “Atuar na formação integral do homem, possibilitando a sua contribuição para o desenvolvimento do seu espaço de inserção” a Revista *Ex lege* oferece em seu segundo número um olhar reflexivo, mas também incentivador onde o agir, respeitando a lei, é anterior ao dizer. Não é em virtude de um status que os articulistas debruçam seu olhar de pesquisador sobre temas jurídicos, mas com o desejo de dizer algo novo aos homens de hoje, à sociedade. Por conseguinte, o objeto de estudo deste volume é apresentado na sequência: A Judicialização da Saúde: uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos; A Responsabilidade Civil nas Redes Sociais: o limiar entre o Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão; A Execução de Alimentos e o novo Sistema Processual Civil Brasileiro; A Evolução dos Valores Jurídicos na Constituição da Família como garantia da Dignidade da Criança e do Adolescente; Legali-

dade da Cobrança de Taxa de Manutenção nos Loteamentos Fechados (“CONDOMÍNIOS DE FATO”), em Santo Antônio de Jesus - Bahia; Os Fundamentos Especistas do Pensamento Cartesiano: razão e linguagem como critérios de aferição moral; O Sentido de Justiça em Kant; Ciência, Autonomia e Sensibilidade e os Reflexões causados no ser Humano; Sentir: a natureza do Direito justo.

**Antônio Pedro Moura de Oliveira.**

# SUMÁRIO

## ARTIGOS:

1. A judicialização da saúde: Uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos.....8
2. A responsabilidade civil nas redes sociais: O limiar entre o Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão.....36
3. A execução de alimentos e o novo sistema processual civil brasileiro.....80
4. A evolução dos valores jurídicos na constituição da família como garantia da dignidade da criança e do adolescente.....94
5. Legalidade da cobrança de taxa de manutenção nos loteamentos fechados (“condomínios de fato”), em S. A. de Jesus, Bahia.....118
6. Os fundamentos especistas do pensamento cartesiano: Razão e linguagem como critérios de aferição moral.....133
7. O sentido de justiça em kant.....147
8. Ciência, autonomia e sensibilidade e os reflexos causados no ser humano.....157
9. Sentir: a natureza do Direito justo.....163

## A Judicialização da Saúde: Uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos.

**Liana Fabrízia de Souza Costa**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Suzana S. S. Andrade**

**RESUMO:** COSTA, Liana Fabrízia de Souza. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: Uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos. 2016, 25 f. Artigo - Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Ciências Empresariais. Santo Antônio de Jesus - BA. 2016

A Judicialização da Saúde é tema relevante e atual, compreendido como a provocação e atuação do Poder Judiciário com o fito de efetivar as políticas públicas em saúde. O litígio em saúde ganhou força a partir da década de noventa, com a luta da liberação pelas medicações contra o HIV, doença conhecida popularmente como AIDS. O direito à saúde está inserido no título dos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, portanto aproveita proteção especial. Emana da discussão desse tema as questões relacionadas à separação dos poderes, ao ativismo judicial, à teoria da reserva do possível, as consequências que podem advir do deferimento de ações em massa condenando o Poder Público em quantias vultuosas dando acesso a terapias medicamentosas diversas. Muito embora não se possa negar a legitimidade e constitucionalidade da atuação política do Poder Judiciário, a análise do caso concreto deve pormenorizar as relações para que ao final não sirva o Judiciário como degrau para indústria farmacêutica, por meio da aquisição pública de medicamentos de elevado valor, mas sem garantia de eficácia. No entanto, os magistrados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público devem, por excelência, cumprir com a função de garantidores dos direitos fundamentais. Assim, esse trabalho desvela a sua relevância jurídica visto que surge assinala a necessidade de maturação social acerca do papel do Sistema Único de Saúde – SUS e a atuação Judicial na contemporaneidade. O objetivo principal deste estudo é fomentar a discussão em torno da judicialização da saúde, com o intuito de apontar a necessidade de critérios que balizem a intervenção do Judiciário, ante a omissão do Executivo. A metodologia utilizada foi da pesquisa bibliográfica, tendo sido realizada uma leitura crítica e reflexiva. À consecução da pesquisa, elegeu-se enquanto problemática quais os critérios devem nortear a intervenção do Judiciário no tocantes às questões que envolvem o funcionamento do SUS. As citações feitas permitem evidenciar a contribuição da pesquisa, ressaltando as contradições e ponderações que necessitam ser realizadas no momento da decisão. Enfim, relevante esta abordagem levando a contínua problematização da atividade judicante em saúde com o fito de intensificar o debate acerca do confronto entre demandas individuais e coletivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização da Saúde - Financiamento da saúde – Políticas Públicas -Assistência Farmacêutica.

**ABSTRACT:** COSTA, Liana Fabrízia de Souza. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: Uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos. 2016, 25 f. Artigo - Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Ciências Empresariais. Santo Antônio de Jesus - BA. 2016

The Legalization of Health is relevant and current topic, understood as a provocation and performance of the judiciary with the aim of effecting the public health policies. The health issue gained strength from the nineties, with the struggle of liberation by drugs against HIV, a disease commonly known as AIDS. The right to health is inserted in the title of fundamental rights in the Constitution of the Federative Republic of Brazil

in 1988, therefore enjoys special protection. Emanating from the discussion of this theme issues related to separation of powers, judicial activism, the theory of reserve as possible, the consequences that may arise from mass actions differing condemning the Government in considerable sums amounts giving access to various drug therapies. Although one can not deny the legitimacy and constitutionality of the political action of the judiciary, the analysis of the case shall detail the relationship so that the end does not serve the judiciary as a stepping stone to the pharmaceutical industry through the procurement of high value drugs but no guarantee of effectiveness. However, judges, public defenders and prosecutors are par excellence, fulfilling the function of guarantors of fundamental rights. Thus, this work reveals its legal significance coming as it does points out the need for social maturation of the role of the Single Health System - SUS and Judicial action nowadays. The aim of this study is to promote discussion on the legalization of health, in order to point out the need for criteria that may benchmark the intervention of the judiciary at the omission of the Executive. The methodology used was the literature, with a critical and reflective reading was held. To achieve the research, was elected as problematic what criteria should guide the intervention of the Judiciary in touching the issues surrounding the operation of the SUS. The citations allow highlight the contribution of research, highlighting the contradictions and considerations that need to be made at the time of decision. Finally, relevant this approach leading to continuous questioning of judicial activity in health with the aim of intensifying debate about the clash between individual and collective demands.

KEYWORDS: Legalization of Health - Health financing - Right to health- Public Policy-Pharmaceutical Care.

## 1 INTRODUÇÃO

A Judicialização da Saúde é tema relevante, que ganhou destaque a partir da Constituição de 1988, com a crescente constitucionalização dos direitos sociais. Vem sendo compreendida como a provocação e atuação do poder Judiciário com o fito de efetivar a assistência médico farmacêutica a todos que necessitam.

O presente estudo situa-se no âmbito do direito público, com ênfase no direito administrativo e constitucional no qual, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial se pretende destacar a necessidade de estabelecer parâmetros.

Assim, consoante ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2015) seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado.

O litígio da saúde ganhou força a partir da década de noventa, com a luta da liberação pelas medicações contra o HIV, vírus da SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), popularmente conhecida com AIDS.

Esse estudo é cercado de discussões, que se apresentam como cruciais à sobrevivência do SUS (Sistema Único de Saúde). O referido sistema nasceu com a Constituição de 1988 e foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde a 8.080/90, que detalha seu funcionamento. Trata-se assim de um sistema público, organizado e orientado no senti-

do do interesse coletivo, e todas as pessoas, a ele têm direito.

O direito à saúde um direito constitucional, estabelecido a partir do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Tem como princípio basilar o acesso universal e integral.

No campo dos aspectos marcantes referente à judicialização da saúde, ganha destaque a figura das decisões liminares em processos judiciais. A liminar é uma ordem judicial que tem como escopo resguardar um direito vindicado pela parte antes de discutir o mérito da demanda, busca evitar o perecimento do direito ou risco do processo ter um resultado inútil, está prevista no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

O que tem ocorrido na prática é que as decisões concedidas em sede de Liminar, em muitos casos, têm se tornado repetições das prescrições médicas, dando acesso a produtos farmacêuticos determinados no jargão sanitário de “medicamentos de marca”, as vezes até de fabricação exclusiva.

Muitas dessas medicações não constam nas listas dos medicamentos disponibilizados pelo SUS ou ainda não foram incorporadas às evidências médicas. Ou seja, as experiências clínicas que comprovem a eficácia e segurança da medicação, sendo capaz de analisar e aplicar racionalmente a informação científica ao cuidar das pessoas.

Ao longo deste trabalho também se teceu uma breve análise histórica sobre a judicialização da saúde e aspectos relevantes sobre o SUS e seu custeio, a Política Nacional de Medicamentos. De igual forma, buscou-se apontar a questão do afrontamento de competências entre os entes federativos, sem prejuízo de outras problemáticas que gravitam sobre o tema.

Sendo assim, diversas são as consequências trazidas pelo litígio em saúde, como, desencontros orçamentários, comprometimento da distribuição gratuita das medicações de rotina e a criação de sistema público de saúde de dois níveis, de um lado àqueles que tem acesso ao judiciário e do outro o resto da população.

Via de regra deve-se atentar para a necessidade de se instruir os processos do litígio em saúde com provas contundentes e que forneçam o substrato necessário à decisão judicial que deferir a concessão dos medicamentos não incluídos nas políticas públicas existentes.

Importante pontuar nesta pesquisa as questões que envolvem a indústria farmacêutica e como estas podem indiretamente influenciar os tribunais do país. Fundamental o entendimento pelo jurídico da complexidade, longevidade e custo que envolve o processo de pesquisa e desenvolvimento de fármacos (P&D). A descoberta de novos medicamentos envolve inovações científicas e tecnológicas e investimentos milionários que geram a expectativa de retorno financeiro e lucrativo.

Lima et al. (2003) diz que o processo P&D dura cerca de doze anos, com probabilidade de sucesso muito pequena. Como o tempo decorrido para validar essas inovações é longo, o judiciário pode se tornar um subterfúgio às burocracias exigidas no processo de registro, validação, autorização e inserção nos protocolos terapêuticos das medicações.

Exemplo recente foi a polêmica que surgiu com a Fosfoetanolamina que ficou conhecida como a “pílula do câncer” que ainda passa por estudos clínicos, não possui registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e não passou por todos os testes que comprovem sua eficácia e segurança. Apesar disso, teve seu uso liberado pelas decisões de diversos tribunais Brasil afora, através do SUS, mesmo com pareceres técnicos contrários exarados pelos Ministérios da Saúde e de Ciência e Tecnologia e a ANVISA.

Dessa maneira, a tecnologia da indústria farmacêutica, segue produzindo medicações de novas gerações, que prometem menos efeitos colaterais. Porém, tais medicamentos são cada vez mais custosos e que encontram na judicialização da saúde a possibilidade de um atalho na inserção dos seus produtos no mercado.

Sendo a avaliação e controle no uso dessas novas tecnologias baseada em evidências, o Judiciário nem sempre será o local mais adequado à resolução destas demandas. Assim, as alternativas mais custo-efetivas, ou seja, que possuem menor custo alcançando o resultado terapêutico desejado, devem direcionar as decisões judiciais.

Em contrapartida não se pode negar a legitimidade e constitucionalidade da atuação política do Poder Judiciário. Enquanto Poder que tem o papel de fiscal da lei, legitimamente tem a função de garantidor dos direitos fundamentais, concretizando valores substantivos presentes na Carta Magna de 1988, a saber, busca pela igualdade, liberdade.

Assim, segundo Barroso (2007, p. 5), “ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica.”

Nessa esteira, a apatia do Executivo e Legislativo que impede o adequado desenvolvimento e aperfeiçoamento da democracia, impulsiona o Judiciário a afastar com fulcro constitucional as teses que servem de escudo para as negativas do Estado em implementar os direitos sociais e reconhece a solidariedade dos entes federativos no cumprimento do direito vindicado.

Não se discute aqui as questões de mérito, afinal o Judiciário tem essa função de aplicar e interpretar o direito servindo de maneira plúrima como instrumento capaz de resolver e atender as necessidades e os conflitos existentes na sociedade. Contudo, em toda análise do caso concreto deve-se pormenorizar as relações para que ao final não sirva o Judiciário como degrau para indústria farmacêutica.

Desse modo se torna válida a contínua problematização do tema Judicialização da Saúde e a análise do deferimento de liminar obrigando o Poder Executivo a cumprir cópias de prescrições médicas em determinados processos, que exigem a produção de provas específicas e necessárias, que comprovem a verdadeira necessidade do paciente em substituir as medicações equivalentes garantidas pelo SUS.

Nesse sentido o CNJ (2015) pontuou que na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares.

Dentre os conceitos trabalhados ao longo da pesquisa, pode-se elencar o princípio da reserva do possível, impacto orçamentário, competências, responsabilidade solidária dos entes federativos e ativismo judicial. Tais ferramentas analíticas constituem instrumentos de relevante importância, a fim de compreender o papel do Judiciário frente ao caso concreto.

O ativismo judicial é uma ação, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, ocorre comumente quando há retração do Poder Legislativo. (BARROSO, 2008)

Ademais, ressaltando às hipóteses em que haja risco de morte, omissão administrativa ou descumprimento às leis e atos administrativos existentes e consonantes com CRFB/88, a atividade judicial deve se cercar de parcimônia e ter a marca da autocontenção, respeitando o conjunto legislativo existente acerca da matéria pelos órgãos competentes.

Destarte, o objetivo principal deste estudo é fomentar a discussão em torno da judicialização da saúde, com o intuito de apontar a necessidade de critérios que balizem a intervenção do Judiciário, ante a omissão do Executivo. Sendo também objetivos que deste irradiam,

identificar possíveis impactos negativos que o litígio da saúde cause ao SUS e à coletividade, estimular uma visão plural, contribuir no processo de amadurecimento do judiciário e expor aspectos relevantes que envolvem dois grandes sistemas sociais, o jurídico e o da saúde.

Assim, esse trabalho desvela a sua relevância jurídica visto que surge assinala a necessidade de maturação social acerca do papel do Sistema Único de Saúde – SUS e a atuação Judicial na contemporaneidade. Atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade com o fito de sugerir a possibilidade de reorientar fluxos e custos num país onde a cultura do litígio subjuga interesses coletivos.

A metodologia utilizada foi da pesquisa bibliográfica, através de uma leitura crítica e reflexiva, tendo como instrumentos a legislação pátria, jurisprudências, artigos relacionados e a internet. O autor que serviu de referência ao estudo foi Luís Roberto Barroso, professor, jurista e magistrado brasileiro que se dedica entre outros, ao estudo da judicialização de forma geral com ênfase a atividade judicante em saúde. As citações inseridas no texto dos principais pensamentos e conclusões a que outros autores chegaram permite evidenciar a contribuição da pesquisa realizada, ressaltar contradições e refletir sobre as decisões judiciais no litígio em saúde.

Somando-se às considerações já tecidas, insta consignar que não se trata de estabelecer um ringue entre o Poder Judiciário de um lado e o Poder Executivo do outro, pelo contrário, a Judicialização da Saúde prova a eficiência e necessidade do sistema de freios e contrapesos, a harmonização dos poderes e sobretudo a necessidade de que cada ente da federação cumpra com as suas competências.

## **2 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO CONSTITUCIONAL**

A saúde é direito de todos e dever do Estado que o garantirá por meio de políticas sócias e econômicas, consoante a Carta Constituinte de 1988, no artigo 196. Desse modo, está incluso no artigo 6º da CRFB/88 no capítulo II que exemplifica os direitos sociais e dentro do rol exemplificativo dos direitos fundamentais, portanto essencial e indispensável, é norteador dos demais direitos e promove a dignidade da pessoa humana.

O momento histórico que impulsionou a exigência dos direitos sociais foi a Revolução Industrial, a partir do século XIX, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho. O início do século

XX foi marcado pela Primeira Guerra Mundial e o caos pós guerra fazendo fixar definitivamente o reconhecimento e exigência em efetivar os direitos sociais. Nessa senda, os autores abaixo citados trazem uma importante reflexão:

“Os direitos individuais e sociais precisam ser concebidos como um sistema de restrições e recompensas que possui relevante custo para a coletividade, por isso, também precisam ser eficientes na contrapartida que oferecem para toda coletividade.” (PIMENTA E GABRIEL, 2010, p. 448)

Nessa senda, o artigo 196, da CRFB/88, *in verbis*, fertilizou o campo da judicialização da saúde, quando positivou a ideia universal e integral de que a saúde é direito de todos, assim:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988)

Por conseguinte, o art. 198 da CRFB/88, corrobora ao entendimento exposto no artigo constitucional supra e ainda evidencia a ideia de competência solidária entre os entes federativos quando institui que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único.

O Estado constitucional é portanto, um Estado dirigente, garantista e social que gravita em torno da dignidade da pessoa humana, centro de irradiação dos direitos fundamentais e garantia dos direitos individuais, sociais e coletivos.

A esse respeito, insta consignar o pensamento de Barroso (2007, p. 23), “o artigo 196 da CRFB/88 deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas e não através de decisões judiciais.”

Concluindo essa discussão, o SUS surgiu como resposta aos imperativos constitucionais acima pontuados. Assim, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo se organizar de acordo com três diretrizes: a descentralização, atendimento integral, e participação da comunidade. Da diretriz atendimento integral, exsurge o princípio da integralidade que será minuciado no tópico que segue.

## 2.1 A INTEGRALIDADE

O Sistema Único de Saúde (SUS) norteia-se por três princípios finalísticos, encontrados na Lei 8.080/90, ou seja, ideais a serem alcançados,

são eles: a universalidade, equidade e integralidade da atenção à saúde.

O Princípio da universalidade propõe garantia de acesso de toda e qualquer pessoa, a todo e qualquer serviço de saúde, consubstancia o exercício do direito à saúde. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se colocam entre a população e os serviços.

A equidade se traduz no jargão “tratar desigualmente os desiguais” e especificamente no campo da saúde implica redistribuição da oferta de ações e serviços, e na redefinição do perfil dessa oferta, priorizando a atenção em grupos sociais fragilizados ou que apresentem riscos diferenciados de adoecer e morrer por determinados problemas. Visa corrigir a desigualdade que se pode evitar e a injustiça já instalada.

A integralidade é o princípio que carrega a ideia de disponibilidade de estabelecimentos, unidades de prestação de serviços, pessoal capacitado e recursos necessários, à produção de todas as ações de saúde.

Medici (2010) afirma que o crescimento das demandas judiciais em saúde ocorreram com fundamento no artigo 196 da Constituição de 1988, que garante a integralidade das ações de saúde, sendo portanto o princípio que consubstancia a ideia de direito subjetivo por quem pleiteia e fundamento que autorizaria a concessão do direito pelo Judiciário.

Ultrapassada a etapa de conceitos, é forçoso reconhecer que o SUS precisa de sustentabilidade, assim o princípio de cobertura universal nem sempre estará sintonizado com o da integralidade de acesso, precisando limitar o que irá cobrir.

Desse modo, a ideia de integralidade abarca ações em saúde preventivas, sanitárias, epidemiológicas, assistenciais, ações para a detecção precoce de doenças, diagnósticas, de reabilitação e de tratamento, notadamente o tratamento medicamentoso.

Isto posto, ressalte-se que o acesso a terapia medicamentosa é condição *sine qua non* a efetivação do direito à saúde, fazendo parte da Política Nacional de Medicamentos o fornecimento e distribuição das medicações consideradas básicas, destinadas às doenças crônicas, programas de saúde pública e dos medicamentos especiais de alto custo para doenças raras.

Medici (2010), sugere algumas perguntas que deveriam ser feitas para que determinado produto farmacêutico passasse pelo crivo da cobertura integral e do acesso universal, a saber:

“A análise do que se deve considerar como cobertura integral em saúde deveria passar, portanto, pelo teste de algumas perguntas: a cobertura solicitada faz parte das listas de medicamentos, procedimentos ou terapias existentes? Existem alternativas nas listas existentes ao tipo de cobertura solicitada? Caso não existam, existe alguma evidência dos organismos públicos, como o Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (IN-CQS) ou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa),\* que recomende essa cobertura como efetiva ou eficaz? Haveria cuidados prévios à realização do procedimento solicitado que garantissem sua efetividade? Qual é o custo dos procedimentos solicitados e como afetariam o orçamento para o financiamento de outras ações prioritárias de saúde de natureza coletiva ou de assistência primária?” (MEDICI, 2010, pg. 7)

Não se pode olvidar que a dificuldade em se definir prioridades sanitárias e epidemiológicas em uma sociedade desigual, com escassez de recursos e má distribuição de rendas e riquezas nasce do próprio conceito difuso de integralidade, falta um conceito técnico que forneça o substrato necessário ao judiciário para decidir, um conceito convergente de contornos bem definidos.

Assim, a interpretação dada ao tema integralidade pelo Judiciário difere do conceito utilizado pelo Ministério da Saúde, o que reforça a ideia de intensificação do diálogo institucional.

Para o Ministério da saúde a integralidade diz respeito a ter acesso a um conjunto de bens e serviços de saúde de eficácia comprovada no tratamento dos principais problemas epidemiológicos da população brasileira.

Para o Judiciário a integralidade diz respeito a ter acesso a todo tratamento, sobretudo o medicamentoso, que se encontre a disposição do paciente, sobre isto:

“Esse processo, batizado pelo sanitarista brasileiro Gilson Carvalho de “integralidade turbinada” beneficia produtores e mercadores de equipamentos médicos, medicamentos e materiais de saúde e suas redes de lobistas, que utilizam muitas vezes as associações de pacientes, o corpo clínico de corporações médicas e universidades e a mídia como forma de garantir o financiamento público para inovações tecnológicas ainda não testadas ou aprovadas pelas instâncias nacionais de avaliação de tecnologia em saúde.” (MEDICI, 2010, P82)

Segundo se observa da análise de Medici (2010), a regra de ouro para garantir efetividade no financiamento público à saúde seria estabelecer o que é mais prioritário, “ou seja, o conjunto de ações de saúde que beneficiaria, em ordem decrescente de prioridades, o maior número de beneficiários possíveis.”

Ainda para o mesmo autor, os juízes têm visto o orçamento público como uma fonte inesgotável de recursos e assim capaz de dar conta do princípio da integralidade, discordando de tal assertiva, o que se percebe é que os magistrados, embora reconheçam a escassez dos recursos públicos vêm se indignando com a má aplicação destes.

Assim, o Judiciário numa tentativa, de obrigar a oferta dos direitos sociais cotidianamente negados e de direcionar corretamente o gasto público vem deferindo liminar que obriga o ente público ao fornecimento de determinados produtos farmacêuticos e tratamentos médicos.

Nessa senda, o princípio da integralidade não se encontra abarcado visto que as intervenções judiciais em favor da disponibilização de medicamentos parecem beneficiar aqueles que têm maior informação, educação e renda, favorece aqueles que podem pagar por advogados ou que conhecem os meandros jurídicos para levar ações contra o Estado, por intermédio das Defensorias Públicas e Ministério Público.

Enfim, já havendo definições do que é financiado pelo SUS, conforme se verá abaixo, será necessário consensuar com a atividade judicante em saúde. Se ficar a cargo do judiciário, a subjetividade carregada pelo conceito integralidade poderá trazer demandas de saúde ilimitadas que representarão não só o que é essencial, mas também a soma de todos os desejos e lascívia da humanidade.

## **2.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS**

O SUS é um processo de construção histórica, fruto de lutas com o fito de resguardar a dignidade da pessoa humana, protegendo o direito à vida (art. 5º, caput da CRFB/88), e servindo como instrumento na realização das políticas de saúde, dos direitos dos cidadãos e deveres do Estado.

Mameluck (2012) traz um conceito simples, de fácil compressão e coerente sobre o SUS:

“O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. Representa a materialização de uma nova concepção acerca da saúde em nosso país. Antes a saúde era entendida como “o Estado de não doença”, o que fazia com que toda lógica girasse em torno da cura de agravos à saúde. Essa

lógica, que significava apenas remediar os efeitos com menor ênfase nas causas, deu lugar a uma nova noção centrada na prevenção dos agravos e na promoção da saúde. Para tanto, a saúde passa ser relacionada com a qualidade de vida da população, a qual é composta pelo conjunto de bens que englobam a alimentação, o trabalho, o nível de renda, a educação, o meio ambiente, o saneamento básico, a vigilância sanitária e farmacológica, a moradia, o lazer, etc." (MAMELUCK, 2012, pg. 16)

Os princípios finalísticos, já estudados, apontam para democratização nas ações e serviços de saúde, e seus princípios estratégicos, dizem respeito às diretrizes políticas, organizativas e operacionais, que direcionam a construção do sistema que se quer conformar, institucionalizar, são eles: a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação social.

Como diretriz destaca-se a regionalização e hierarquização da rede de serviço, a primeira diretriz justifica-se devido as diversidades culturais, climáticas e regionais dessa diversidade chamada Brasil, onde cada ente federativo deve priorizar determinadas ações. A segunda justifica-se pela dimensão territorial da qual emerge a necessidade de gerenciamento financeiro de parte dos recursos destinados às ações em saúde no próprio ente federativo.

O art. 195 da CRFB/88 fala do financiamento desse macro sistema, o SUS, que se baseia no financiamento público e acesso universal. Fica evidente que para o Estado garantir a sustentação desse sistema é necessário que se atente para captação de recursos, estabilidade dos gastos e prioridade de ações. São utilizados recursos da seguridade social, percentuais mínimos de impostos a serem aplicados, cofinanciamento, além de outras fontes.

O art. 200 da CRFB/88, nos ensina a distribuição de competências. Regulamentado pela Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90, as ações podem ser executadas diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, tendo direção única nas três esferas de governo, na União pelo Ministério da Saúde, no âmbito Estadual pelas Secretarias de Saúde e no âmbito Municipal pelas Secretarias Municipais de Saúde ou órgãos equivalentes.

Quanto a Política Nacional de Medicamento, tal competência não vem discriminada na Constituição da República, nem em Lei. A definição no que diz respeito à distribuição de medicamentos é esboçada em atos administrativos federais, estaduais e municipais, notadamente através de Portarias como a de nº 3.916/98, do Ministério da Saúde. Resumidamente, os entes da Federação, em colaboração, elaboram listas de insumos a serem distribuídos para a população.

A Portaria supracitada instituiu a Política Nacional de medicamentos, sendo considerada o substrato de toda estrutura que se mantém até os dias atuais. Atua no sentido de viabilizar a necessária segurança, eficácia, qualidade dos produtos farmacêuticos, incentivo ao uso racional e facilitar o acesso da população a tais produtos.

Dentre as atribuições dos entes federados, cabe ao gestor federal formular a Política Nacional de Medicamentos, auxiliar estados e municípios e elaborar a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais); ao município cabe executar a assistência farmacêutica assegurando prioritariamente o suprimento de medicações destinados à atenção básica, além dos medicamentos essenciais definidos no plano Municipal de Saúde.

A RENAME, é constantemente revisada e atualizada, que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira, com segurança e racionalidade no uso. Instrumento que deve nortear as ações de assistência farmacêutica no SUS. Faz parte das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Ao gestor estadual caberá definir o elenco que será adquirido e distribuído pelo estado mormente os de caráter excepcional, estes em parceria com a União conforme disposto na Portaria nº 2.577/GM que aprova o Componente de Medicamentos de dispensação excepcional e apresenta lista de medicamentos sob responsabilidade da União e Portaria nº 1.321 que define os recursos a serem repassados para os estados e Distrito federal, a título de cofinanciamento.

Segundo a OMS, medicamentos essenciais são medicamentos mais simples, de menor custo, organizados no RENAME. Satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, devendo estar acessíveis em todos os momentos para todas as pessoas que delas necessitem.

Em contraposição, os medicamentos de “dispensação” em caráter excepcional são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, doenças raras, que apresentam alto custo, pelo seu valor unitário ou pelo uso prolongado e atingem número limitado de pacientes. Portanto, o Brasil tem elementos normativos infraconstitucionais suficientes para que a Justiça considere quais medicamentos deverão ou não ser financiados pelo sistema público.

Estruturado na teoria, o SUS apresenta uma realidade distinta da que se propõe. Muito aquém do que se coloca a ofertar, os usuários do SUS enfrentam uma procrastinação na busca de ter sua demanda atendida. Da realização do exame laboratorial, aos exames de alta com-

plexidade; da distribuição gratuita de medicações de rotina ao acesso às medicações de alto custo, o usuário do SUS se dirige por diversas vezes as instituições responsáveis recebendo negativas evasivas, agendamentos longínquos ou falsas expectativas.

Carlos Vital (2015), então presidente do CFM, quando opinou sobre o subfinanciamento do SUS e congelamento nos valores da tabela diz que tal fato confirma a realidade da desvalorização da assistência, a falta de planejamento, financiamento limitado e gestão errática do SUS. Explica ainda que:

“o País sofre com o fechamento de leitos, a desativação de hospitais, a crise no segmento filantrópico da assistência e a sobrecarga nas contas públicas de estados e municípios, que precisam se desdobrar para garantir o atendimento da população”. (CFM, 2015)

Essa realidade instalada e crescente será confrontada com o judiciário quando embora a liminar tenha sido concedida já não se encontrará local para cumpri-la.

Na mesma linha, Claudio Franzen (2015), também conselheiro do CFM, que acompanhou de perto o processo de criação da Tabela SUS, nos anos de 1990, criticou a falta de atualização dos valores referenciais e afirmou que a sobrevivência do SUS depende diretamente do descongelamento da Tabela.

Dessa forma, a dificuldade em gerir o SUS apresenta possíveis causas, como a descentralização, que colocou nas mãos dos maus gestores um volumoso recurso financeiro, sem a devida fiscalização; os valores defasados pagos pela Tabela SUS e a rede privada complementar que não se submete a Tabela SUS. Somam-se a estas, a judicialização do dia-a-dia que obriga a realização de exames e medicamentos de custo aparentemente insignificante e os bloqueios judiciais para financiar tratamentos em instituições privadas amparando o direito de um único indivíduo.

Destarte, o fenômeno da Judicialização da saúde deve ser pensado não como uma medida isolada do Poder Judiciário, mas imersa nesse sistema complexo em que medidas isoladas podem resolver o problema de poucos em detrimento da coletividade.

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: REFLEXÕES IMPORTANTES**

#### **3.1 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A teoria da reserva do possível está relacionada à (im)possibilidade financeira orçamentária do Estado, a (in)disponibilidade de recursos materiais para realização de eventual condenação do Poder Público na prestação da assistência farmacêutica. Notadamente, é o argumento que fundamenta a maioria dos recursos apresentados pela Administração Pública para negar o acesso às medicações, tratamento, exames, entre outros.

Para Barcellos (2002) a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

Não obstante seja a reserva do possível um argumento legítimo, a alegação sem provas contundentes ou o argumento de que existem muitas liminares judiciais a cumprir, não tem o condão de demonstrar que o Poder Público não possui recursos materiais para efetivação da assistência farmacêutica pleiteada. Sobreleva a ideia de dignidade da pessoa humana e de que o estado deve garantir o “mínimo existencial”, direitos básicos das pessoas.

A respeito do “mínimo existencial”, com arrimo em Barcellos (2008), consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indigência.

Assim, embora o argumento da reserva do possível não possa se configurar empecilho à efetivação dos direitos fundamentais, na análise do caso concreto não é prudente ignorar as limitações e questões orçamentárias da Administração Pública. O juiz deve sim verificar se a sua decisão seria capaz de interferir o equilíbrio financeiro do SUS, sobretudo diante de crises econômicas/financeiras. Corroborar com esse entendimento Mameluck (2012):

“Essa cautela é necessária, inclusive, para que o Poder Judiciário não interfira/inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas, afastando, assim, qualquer possibilidade de afronta ao pacto federativo. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.” (MAMELUK, 2012, pg.10)

Nesse interim, deve-se ressaltar ainda, que princípios como da razoabilidade e proporcionalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado devem ser vetores das decisões judiciais.

Júnior (2012) diz que o princípio da proporcionalidade afere solu-

ções interpretativas à atuação dos três poderes mediante exame da compatibilidade entre meios e fins de modo a evitar violações desnecessárias a direitos fundamentais.

Também não se pode olvidar dos limites impostos pelos órgãos de controle externo e o binômio necessidade/possibilidade do provedor e daquele que pleiteia a implementação da satisfação, como se colhe do excerto colacionado abaixo:

“Do mesmo modo, deve-se atentar às dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais. Mesmo pequenas obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento licitatório ou até procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho, etc.). É evidente que a exigência de licitação não pode ser barreira para o cumprimento da ordem. Mesmo assim, não pode o juiz ficar impassível quanto a essa dificuldade.” (MAMELUCK, 2012, p. 7)

Dessa maneira, a citação supra observa e pontua às dificuldades enfrentadas pela Administração Pública no cumprimento das decisões judiciais para aquisição de medicações sem a realização de licitação e que ultrapassem os valores que justificam a dispensa ou situações de inexigibilidade.

### **3.2 OS PODERES EXECUTIVOS DAS TRÊS ESFERAS: AFRONTAMENTO DE COMPETÊNCIAS**

No que tange a separação dos poderes, a CRFB/88 no seu art. 2º diz que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e o art. 5º, inciso XXXV, diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entre as discussões que contornam a atividade judicante em saúde está o afrontamento de competências, que diz respeito a separação dos poderes e o aparente mal estar que se coloca quando os juízes decidem sobre algumas questões de larga repercussão política ou social que deveriam ser resolvidos pelas instâncias políticas tradicionais, o Poder Executivo e o Congresso Nacional.

Quanto ao afrontamento das competências deve-se ressaltar dois aspectos, o primeiro diz respeito a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo. O segundo aspecto se relaciona a determinação judicial de condenar ente federativo de competência diversa ao fornecimento ou realização de exames propostos na Política Nacional de Medica-

mentos, portaria nº 3.916/98 que define atribuições de cada ente estatal quanto à disponibilização de medicamentos à população.

Nessa senda, estando constitucionalmente erigido que o Judiciário deve afastar qualquer lesão ou ameaça a direito, a insuficiência ou não aplicabilidade das políticas públicas em saúde autoriza o judiciário a se manifestar em total respeito com os preceitos constitucionais. Trata-se da proteção aos direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o direito à vida.

Em resumo, por ter tal provimento fundamento na Constituição de 1988 a atuação apenas exceptiva do Poder Judiciário não viola o princípio da separação de poderes, se as decisões basearem-se nas políticas públicas já existentes.

Quanto ao segundo aspecto do afrontamento de competências, consubstancia a ideia de solidariedade entre os entes da federação, o art. 23, II da CRFB/88 que trata da competência administrativa dos entes federativos e diz que é competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que não merece guarida o argumento utilizado que nega direito fundamental, atribuindo competência a outrem.

Assim, seja qual for o provimento que se almeje, não se pode falar em *ilegitimidade ad causam*, do ente da federação, é o entendimento esboçado pelo STF, que assenta a responsabilidade solidária entre os entes federativos, conforme se extrai da leitura abaixo:

“A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.” (Suspensão de Liminar no 228, julg. 14/10/2008, publ. 21/10/2008)

Ademais, não se pode esperar que em casos onde haja risco de morte, a imposição à parte já fragilizada pelo processo doença ou aos seus familiares que peregrinem na busca da efetivação do direito vindicado ou que entendam de competência entre os entes federados para que direcionem corretamente sua ação ao juízo competente. Se assim fosse aceito estaríamos diante de uma anomalia do direito e da justiça.

Corroborando com o entendimento de solidariedade entre os entes federativos a possibilidade de ressarcimento entre mesmos consoante a

lei 8.080/90, art. 35, inciso VII, *in literis*:

“Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: (...) VII — ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.”

A responsabilidade solidária segundo Venosa (2003) é um artifício técnico que reforça o vínculo e facilita o cumprimento ou solução das obrigações. Nos litígios em saúde significa dizer que a obrigação pode ser reclamada a qualquer ente federativo.

Outro aspecto relevante no afrontamento de competências são as fontes de custeios, já que toda política pública depende de recurso orçamentária para que seja implementada. A Emenda Constitucional nº 29/2000 fixou estrutura mínima do financiamento da saúde o art. 198, §1º prevê financiamento com recursos do orçamento da seguridade social, União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, o §2º estipulou os recursos mínimos a serem retirados de determinados impostos e o art. 77 do ADCT prescreve os recursos mínimos das receitas dos entes federados a serem destinados à saúde. Não se pretende aqui aprofundar o estudo das hipóteses de financiamento a serem aplicadas na saúde, mas sim nortear o leitor.

Notório assim, que os recursos estatais são escassos frente aos custos vultuosos que demandam os serviços de saúde e as novas tecnologias incorporadas. Ainda que seja constitucional a solidariedade entre os entes federativos o Poder Judiciário não está autorizado a decidir, levando qualquer dos entes a exaustão orçamentária. Quanto ao Estado, caberá sempre a tomada de difíceis decisões, da escolha de onde investir recursos para efetivar as políticas públicas sociais, ou seja, priorizar.

Muito embora o Poder Judiciário esteja seguindo a doutrina majoritária e a jurisprudência praticamente uníssona que entende que é comum competência entre os entes da Federação resultando em responsabilidade solidária para responder as demandas de saúde, opiniões contrárias também devem ser levadas em consideração para que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não sejam suprimidos pelo ego do Judiciário.

O Judiciário, ao adotar a tese de que há responsabilidade solidária dos entes da federação para compor o polo passivo de ações demandando bens e serviços de saúde e de que o acesso a bens de saúde não se restringe àquilo que foi previamente definido em listas públicas, parece estar, indi-

retamente, redesenhando a política de assistência (WANG et al., 2014)

Desse modo, ao desconsiderar a divisão organizacional federativa do SUS, estabelecida na Lei no 8.080/1990 e em outras normas do SUS, o Judiciário interfere de maneira prejudicial no planejamento da gestão da saúde.

A organização federativa da política de saúde se faz através da divisão de competências, conforme as capacidades financeiras e técnica de cada esfera de governo e do princípio da cooperação. Barroso (2007) assim resume a competência legislativa de cada ente federado:

“Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II) 26. No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.” (BARROSO, 2007, p. 15 )

Gerir de maneira compartilhada não significa necessariamente corresponsabilizar, dizer que todos os entes devem igualmente ser responsabilizados pela disponibilização de tratamentos e serviços dos mais variados níveis de complexidade.

O SUS, como já se extrai da sua nomenclatura, é um “sistema”, e como tal, funciona ou deveria funcionar, com cada órgão desempenhando seu papel adequadamente, cumprindo com as suas funções. Não se pode assim tomar como verdade absoluta que todos os entes federados são igualmente responsáveis pela assistência farmacêutica, assim como não são igualmente responsáveis por tratamentos cirúrgicos complexos, como transplantes, colocação de órteses e próteses, entre outros.

Outrossim, a preocupação em se organizar o SUS reside no fato de que é lógica a necessidade de se atribuir a quem possui maior capacidade financeira à execução das políticas públicas mais complexas, que demandam mais recursos e por melhor infraestrutura. Esse pensamento direcionou a construção das políticas públicas que devem ao menos ser ponderadas. Afinal o ativismo judicial não pode nos conduzir para a insegurança jurídica.

### 3.3 DAS RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

**(CNJ) N.31 E N. 36**

Não se pode olvidar da importância das recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O CNJ é um órgão do Poder Judiciário que tem a função de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, consoante art. 103-B, § 4º da Constituição de 1988.

As recomendações n. 31 do CNJ editada em 30 de março de 2010 e a n. 36 de 12 de julho de 2011, encontram-se aparentemente esquecidas ou ignoradas, através de decisões judiciais que se acumulam para o poder público de maneira pouco discriminada. Foi o que constatou o CNJ na pesquisa sobre a Judicialização da saúde no Brasil que realizou no ano de 2015:

“A despeito das diferenças entre os perfis e características dos processos analisados de saúde pública e de saúde suplementar nos seis tribunais, é possível apresentar algumas características em comum. São elas: ... Pouca menção ao CNJ: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante.” (CNJ, 2015, p. 43)

Assim, como parte integrante e fundamental na execução deste estudo, está o deleite sob as recomendações elencadas acima, que reconhecendo a complexidade do sistema de saúde tecem diversas recomendações que orientam o enlace das instituições envolvidas no litígio em saúde. Sugere aos Tribunais a adoção de medidas para melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência e capacidade técnica na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, evitando decisões divergentes.

Consigne-se que as recomendações visam intensificar o espaço de diálogo institucional, estimulando visitas dos magistrados às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS e aos órgãos de controle social para fins de conhecer o funcionamento.

Ademais, ainda recomendam a inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo, a incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados.

Sugerem a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a

matéria. Desse modo, segue trecho da recomendação n. 31 do CNJ, que merece ser lembrado:

- “I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
- a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;
  - b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:
    - b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
    - b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
    - b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; ...” (<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>)

Assim, as recomendações acima descritas, são transparentes, afins aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando em consideração a necessidade premente de decisões judiciais harmônicas e a imprescindibilidade de apoio técnico para dirimir as dúvidas que surgem dos complexos litígios em saúde.

### 3.4 CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Insta ressaltar que há um bombardeio de decisões judiciais condenando o Poder Público a arcar com as mais diversas situações em saúde trazem consequências negativas, o vultuoso dispêndio de recursos públicos pode comprometer o acesso da coletividade. Dados do CNJ dão conta de que até junho de 2014 tramitavam nos Tribunais Federais do Brasil 62.291 ações de saúde e que mais de 330.630 tramitavam pelos Tribunais Estaduais do país.

Constata-se um verdadeiro sistema público de saúde de dois níveis, de um lado àqueles que tem acesso ao judiciário e por isso usufruirão de qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outro para o resto da população, cuja inacessibilidade diz respeito a cuidados sobejamente restritos. O acesso ainda restrito ao Judiciário fere a igualdade do acesso a saúde pública pela população.

Barroso (2007) faz um prognóstico da atividade judicante na saúde e resume o pensamento desenvolvido ao longo deste artigo, sobrele-

vando sua importância e reconhecimento quando diz que:

“O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.” (BARROSO, 2007, pg 3)

A judicialização excessiva estabelece desigualdades entre cidadãos e dificulta a eficácia das políticas públicas de saúde, promove a colisão entre os direitos fundamentais dos postulantes com a promessa constitucional da universalização da saúde, não resolve os problemas essenciais da coletividade quanto ao acesso às políticas públicas em saúde, por conseguinte compromete a dispensação gratuita regular quando direciona excessivos recursos para atendimento de situações isoladas.

Muito embora sejam diversas as consequências advindas desse movimento processual conhecido por Judicialização da Saúde resta evidente que o Poder Judiciário precisa se posicionar e dar uma resposta a quem postula, nestes casos decidir em favor do pleito de medicamentos é mais conveniente, quando comprovada a insuficiência de recursos do autor e a sua necessidade de ajuste ao tratamento solicitado será deferido o pedido.

Em sentido contrário, negar tais pedidos exigirão do magistrado uma conduta decisória mais complexa e com várias considerações de ordem técnica, de cognição profunda que em determinados momentos sucumbe frente a possibilidade da morte de quem postula.

Portanto, a discussão que se avoluma em torno da judicialização da saúde enseja conhecimento técnico científico e envolve também a indústria farmacêutica, não podendo ficar restrito ao conhecimento do jurídico, sedimentando a ideia de diálogo institucional e da ponderação entre o individual e o coletivo.

### **3.5 A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: INTERESSES ECONÔMICOS E AS REAIS NECESSIDADES DA POPULAÇÃO**

Com o crescente aumento e repercussão a que se tem dado aos litígios que dizem respeito à saúde seria ingênuo não pensar no uso e interferência

dos laboratórios farmacêuticos nesse processo, uma vez que são os maiores interessados no aumento da comercialização de seus medicamentos.

Muito embora saiba o médico da necessidade de privilegiar os medicamentos genéricos em suas prescrições e que constam nos protocolos terapêuticos de distribuição gratuita, de prescrever colocando o princípio ativo da medicação, tem sido uma constante nos tribunais de justiça o pedido de fármacos de custos consideráveis, que prometem milagres, de formulações recentes no mercado e que não possuem provas de superioridade quanto às evidências clínicas.

Nessa esteira os médicos prescrevem medicações pelo nome comercial e o usuário ciente de seus direitos, recorre ao Judiciário para que a mesma seja fornecida pelo SUS, e o magistrado desconhecendo tecnicamente os pormenores do caso em concreto defere a liminar exigindo que seja fornecida a medicação conforme consta na prescrição médica, tendo avaliado apenas se o pedido preencheu os pré requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência expressos no art. 300 do Novo Código de Processo Civil.

Assim o fato de uma medicação possuir efeitos colaterais e reações adversas menos acentuadas não deve ser fator decisivo que oriente o Judiciário a deferir liminar *inaldita altera pars* ou seja, sem ouvir a outra parte.

Na Audiência pública n. 4, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e que tratou sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontou-se para essa preocupação:

“Para o relator, se o Sistema Único de Saúde (SUS) fornece tratamento equivalente, não pode o paciente pleitear tratamento diverso, com custo superior. A regra, pois, é pela preferência ao tratamento oferecido pelo sistema. Todavia, pontuou o Ministro, se o indivíduo demonstrar ao Poder Judiciário ou à própria Administração Pública que, em razão específica de seu organismo, o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde — SUS é ineficaz em seu caso, poderá ter o pleito atendido.” (VALLE e CAMARGO, 2010, pg. 23)

O que se espera do princípio da equidade é que mais pessoas sejam tratadas, ainda que determinadas medicações promovam um tolerável desconforto, do que em detrimento da coletividade poucas sejam tratadas utilizando medicações de última geração angariadas através do Judiciário.

Nessa senda é o pensamento de Pimenta e Gabriel (2010) quando reconhece que as necessidades do ser humano são ilimitadas, pois se confundem com os desejos chegando a uma importante reflexão sobre a ótica econômica do direito:

“no que tange ainda ao patrimônio mínimo ou ao mínimo de dignidade, devemos, antes de tudo sedimentar o entendimento de que o homem é um ser insaciável.” (PIMENTA E GABRIEL, 2010 ,p. 444)

Assim, o direito à saúde não alcança a possibilidade de o paciente escolher o medicamento que mais se encaixe no seu tratamento foi o que decidiu o STF na análise do RMS 28.338, onde um paciente pleiteou fornecimento de medicamento diverso do disponível pelo SUS, sem provar que este não era adequado para seu tratamento. Ainda que um novo medicamento tenha sido licenciado não será esse o único critério utilizado para o seu financiamento público.

Desse modo, além dos atributos de segurança, efetividade e eficácia, que se espera dos fármacos em geral, é necessário provar que os novos medicamentos sejam a melhor alternativa de custo, porque assim se possibilitaria o acesso universal e que os recursos economizados pelo estado se destinem a outros usos de interesse coletivo. Aparenta o mesmo intento a citação que segue:

“Neste sentido, é necessário estabelecer meios para que os protocolos aceitos como custo-efetivos nas listas positivas sejam normatizados e licenciados por instituições acreditadas, sejam elas públicas ou privadas. A incorporação de novos procedimentos e tecnologias nos sistemas de saúde deve se basear em critérios de necessidade, oportunidade, razoabilidade, conveniência e essencialidade para a garantia da saúde, em seus aspectos coletivos e individuais.” (MEDICI, 2010, pg. 7)

O moroso processo de licenciamento e incorporação pelo setor público das novas terapias medicamentosas podem levar a empresa ou instituição inovadora a perder recursos. Nesse contexto associações de médicos, pacientes podem se tornar instrumentos seduzidos pela possibilidade de um tratamento de aparência inovadora podendo até mesmo ser patrocinados, a fim de ajuizar ação, com o fito de compelir o Estado a comprar seu medicamento. Assim, muitas empresas procuram degraus ou atalhos notórios para efetivar o uso e aceitação dos seus produtos.

Casos assim, devem ser investigados criminalmente e todos de forma símile devem evitar a proliferação de condutas lesivas. Quanto aos laboratórios farmacêuticos, é necessário que o governo fiscalize sua atuação nos consultórios médicos.

Quanto ao Poder Executivo precisará promover mudanças, organizando melhor o serviço. O Brasil necessita rever os tempos para registrar, licenciar e comercializar novos produtos, e promover a articulação entre o estado e o sistema de inovação do setor para aumentar o desempenho no processo de geração de patentes no setor saúde.

Enfim, o que deve pautar os processos de validação e normatização pública, sua difusão e comercialização são princípios éticos que garantam a eficiência, a eficácia e a efetividade de seu uso em benefício da população, tudo isso atrelado ao menor custo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, todo excesso é condenável e não pode ser diferente com a saúde, o excesso de judicialização neste campo é condenável, importa em ingerência tumultuária do Poder Judiciário, em área de saber técnico que não lhe é originalmente afeta. Contudo sendo as decisões criteriosas e pautadas em justificativas da real necessidade do paciente, a judicialização representa um avanço na garantia dos direitos fundamentais.

Importante dizer, que as intervenções excessivas do Judiciário não são imunes a objeções diversas, já demonstrado nas citações referenciadas neste trabalho e que a ideia de pacificação de entendimentos nem sempre é o caminho mais correto.

No que tange a judicialização de políticas públicas, notadamente em saúde, permeia-se em um tema que envolve diversos entraves. Alguns deles como o princípio da separação de poderes, a interferência do Poder Judiciário em questão política, a responsabilidade de cada ente da federação em matéria de saúde, o princípio da reserva do possível, com o propósito de assegurar que o atendimento das demandas individuais ou coletivas não comprometa a política pública de saúde como um todo, ou até mesmo a realização de outras prioridades constitucionais.

Em seu aspecto negativo, a judicialização da saúde acarreta um acesso desigual ao SUS, desrespeita o princípio da isonomia quando se promove a discriminação entre os cidadãos, gera um desequilíbrio na distribuição de competências, sobrecarregando o ente mais frágil do conjunto, o município; e finalmente, gera um elevado grau de incerteza ao gestor público, impacta nas contas públicas e propicia cortes necessários em outras despesas e políticas.

Não se pode olvidar que ainda existe a possibilidade de ter realocado judicialmente uma parcela significativa dos recursos da política de assistência farmacêutica e de distribuição de outros materiais em saúde.

Na mesma senda, não dá para imaginar que haverá sempre responsabilização na gestão de todas as políticas públicas, em todos os seus aspectos. A divisão de competências é profícua e eficaz para o processo de implementação das políticas governamentais. Se por um lado dificulta

o entendimento da população acerca de a quem compete a responsabilidade sobre os diferentes componentes das políticas, por outro possibilita que essa responsabilidade seja dividida com base nas capacidades de cada esfera de governo, que são em termos financeiros, de planejamento e de recursos humanos para a implementação dessas políticas.

Assim, o conceito de integralidade alcança sobremaneira a necessidade de se harmonizar os critérios técnicos com a auto sustentabilidade e promover melhorias de saúde a longo prazo. É garantir os direitos fundamentais na maior medida possível e de forma mais isonômica, direcionando a alocação dos escassos recursos com eficiência.

Não obstante, os magistrados precisam ir além da previsão legal, analisar se o medicamento é disponibilizado gratuitamente pelo Ministério da Saúde; se possui registro na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA); se o medicamento prescrito condiz com a patologia do paciente; se o médico que prescreveu é especialista; se a dosagem indicada confere com o tratamento; se não existe medicamento similar que seja disponibilizado pelo Estado; se há medicamento genérico ou de menor custo que substitua o medicamento originariamente prescrito pelo médico.

As questões técnicas acima citadas tornam premente que se intensifique a dialética entre as instituições. Devendo-se atentar para a utilização de critérios a serem alinhados nas concessões judiciais como o da necessidade/possibilidade, assim, pessoas que tenham condições de arcar com os custos das ações e serviços de saúde devem ser impedidas de lançar mão de recursos públicos em detrimento de pessoas necessitadas.

É o que se extrai do conceito de universalidade objetiva do SUS, que faz referência às situações de risco social e tem caráter reparador e preventivo. Nessa esteira o princípio da universalização deve se harmonizar com os princípios da seletividade (concessão de benefícios aos mais necessitados, depende da situação financeira de cada indivíduo) e distributividade (é conceder maior quantidade de benefícios e serviços àqueles que mais precisam, tenta uma melhor distribuição de renda). Fixando o entendimento de que os direitos sociais, notadamente à saúde, não são assegurados indistintamente de forma integral, a todas as pessoas.

Entendimento este aceito pelo STF que assim decidiu na análise do recurso especial de nº 944.105, o paciente reivindicava o fornecimento de medicamentos para asma brônquica severa, e não comprovou impossibilidade de arcar com o custo, quando alegou uma renda no valor de R\$ 350 (trezentos e cinquenta reais), mas possui conta de telefone de valores acima de R\$ 100 (cem reais).

Indubitavelmente, muitos pontos precisam ser ponderados e melhor estudados pela jurisprudência e que embora seja possível afirmar que alguns comportam consenso, nem todos têm sido respeitados pelas decisões judiciais é o que se vê nas exigências judiciais que concede determinados medicamentos pelo nome comercial enquanto o sistema público disponibiliza produto semelhante, menos dispendioso e de eficácia similar.

Diante do exposto, o Judiciário não pode ser menos do que deve ser e não deve querer ser mais do que é para que utilizando-se do argumento de proteção aos direitos fundamentais, causar grave lesão a direitos de igual natureza de outros tantos. Nessa dramática realidade o que está em jogo é o direito à vida e saúde de uns versus o direito à vida e saúde de outros.

A judicialização como todo processo em maturação necessitará de esforços do Judiciário, uma reflexão teórica acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas estranhas à área do direito, se fazendo premente a necessidade de diálogo entre as instituições. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamento deve ser pautado em uma norma jurídica preexistente, fruto da deliberação democrática e do debate acerca do confronto entre demandas individuais e coletivas.

Enfim, o problema da ingerência quanto aplicação do erário e execução das políticas públicas não será resolvido pelas decisões judiciais que beneficiam uma minoria de indivíduos, o deferimento de liminar em saúde não pode ser utilizado como forma de compensar os erros da Administração Pública. Com o fito de garantir o respeito integral ao direito social e fundamental à saúde, será preciso racionalizar o problema, estreitar os laços entre as instituições envolvidas, respeitando critérios e parâmetros no campo da distribuição de medicamentos.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008- JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 17 de junho de 2016

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à**

**saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 25 abril de 2016. RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, artigo 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

CARVALHO, Gilson. **O tudo para todos em saúde no Brasil.** Disponível em: [http://www.unidas.org.br/institucional/arq\\_inst/7\\_congresso/DrGilsonCarvalho.pdf](http://www.unidas.org.br/institucional/arq_inst/7_congresso/DrGilsonCarvalho.pdf). Acessado 29 de maio de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Defasagem na Tabela SUS afeta maioria dos procedimentos hospitalares.** Publicado em 07/05/2015. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&id=25491:defasagem-na-tabela-sus-afeta-maioria-dos-procedimentos-hospitalares](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=25491:defasagem-na-tabela-sus-afeta-maioria-dos-procedimentos-hospitalares). Acesso em 19/06/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015, 142 p.

\_\_\_\_\_. **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais-dados enviados até junho de 2014.** Disponível em: [www.cnj.br/programas-e-ações/fórum-da-saúde/quantidade-de-demandas-nos-tribunais](http://www.cnj.br/programas-e-ações/fórum-da-saúde/quantidade-de-demandas-nos-tribunais). Acesso em 19/06/2016. IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index>>. Acesso em 18 de jun 2016.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos.** 4ª ed., rev., amp. e atualizada. Bahia: Jus Podium, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, J. S.; REZA, D. L.; TEIXEIRA, S.; COSTA, C. **Pesquisa clínica: fundamentos, aspectos éticos e perspectivas.** Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v.16, n.4, 2003.

MAMELUK, Lethícia Andrade. **Consequências da judicialização do direito à saúde**. Publicado em eGov UFSC. Disponível em: (<http://www.egov.ufsc.br/portal>). Postado em 20 de junho de 2012. Acesso em 15 de abril de 2016.

MEDICI, André Cezar. **Judicialização, integralidade e financiamento da saúde. Medicina baseada em evidências**. Disponível em: <http://www.monitor-desauade.blogspot.com/>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

NASCIUTTI, Priscilla Regina. **Desenvolvimento do novos fármacos**. Goiânia, 2012. Disponível em: <[ppgca.evz.ufg.br/up/67/o/1º\\_Seminário\\_PRISCILLA\\_NASCIUTTI.pdf](http://ppgca.evz.ufg.br/up/67/o/1º_Seminário_PRISCILLA_NASCIUTTI.pdf)> Acesso em 20/06/2016.

PIMENTA, Eduardo G., GABRIEL, Fábio. **A interpretação de contratos de saúde privada sob uma perspectiva de direito & economia**. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fatima Freire De; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Direito Civil - Atualidades IV - Teoria e Prática no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. **Acesso a medicamentos: questões polêmicas sob a perspectiva da interpretação, aplicação do direito e o ativismo judicial**. São Paulo: Prisma Jurídico, v.8, n. 1, p. 199-221, jan./jun.2009.

TEIXEIRA, Carmen. **OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**. Disponível em: [http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf). Acesso em 13 de junho 2016.

VADE MECUM RT [Equipe RT]. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do, CAMARGO, João Marcos Pires. **A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 11, n. 3 p. 13-31 Nov. 2010/Fev. 2011

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, vol. 2, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WANG, Daniel Wei L., VASCONCELOS, Natália Pires de, OLIVEIRA, Vanessa Elias de, TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa**. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 48(5):1191-1206, set./out. 2014

# A responsabilidade civil nas redes sociais: O limiar entre o Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão

Flomário Santos Júnior<sup>1</sup>

Orientador: Prof. Especialista Antonio José Souza Bastos<sup>2</sup>

**RESUMO:** Com o uso intenso da internet no Brasil, mostrou-se a necessidade incontestável de regulamentar o seu uso no país, uma vez que já eram constantes as reclamações de que se tratava de um mundo sem lei, onde não havia tipificação no ordenamento jurídico das condutas online, para que se pudesse responsabilizar possíveis malfetores. O presente estudo tende a focar na responsabilidade civil nas redes sociais, embasado no Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. Neste contexto, surge a questão relativa a conteúdos produzidos por usuários da internet que afetam outras pessoas em seus direitos fundamentais, mais especificamente no direito à privacidade e na liberdade de expressão. Procurando entender até onde um direito se sobrepõe ao outro e vice-versa, e suas consequências, reputa-se pertinente e de fundamental importância debater-se sobre tema tão atual, controverso, abrangente, para que se possa vislumbrar os avanços jurídicos e sociais já alcançados.

**Palavras-chave:** Internet. Redes Sociais. Liberdade. Expressão. Privacidade. Responsabilidade. Dano.

**ABSTRACT:** In consequence of the intensive use of the Internet in Brazil is shown the undeniable need to regulate its use in the country, since it were constant the complaints that it was a lawless world where there was no typifying in the legal order of online pipelines, then could be achievable that possible wrongdoers would be blamed. This study tends to focus on civil liability on social networks, based on the "Civil Milestone of Internet", Law 12,965 / 2014. In this context, comes up the question related to the content generated by Internet users that affect others in their fundamental rights, specifically the right to privacy and freedom of expression. Trying to understand how far a right overlaps the other and vice versa, and its consequences, it reputes relevant and with a fundamental importance to look into this current, controversial and comprehensive theme, so that turns able to glimpse the legal and social advances already achieved.

**Keywords:** Internet. Social networks. Freedom. Expression. Privacy. Responsibility. Damage.

## 1 INTRODUÇÃO

A internet interliga o globo em tempo real. Nela se troca e se divulga todo tipo de informação, se compra e se vende todo tipo de produto e pode-se encontrar todo tipo de entretenimento. Seu nome é de origem inglesa, onde *inter* nos remete à ideia de algo que é internacional e *net* é a abreviação de *network*, que traduzindo para o português significa rede<sup>3</sup>, portanto consiste em uma rede internacional de computadores espalhados pelo planeta, que se comunicam por intermédio de

<sup>1</sup> Bacharel em Informática pela Universidade Católica do Salvador – UCSal e Graduando do 10º semestre em Direito pela Faculdade de Ciências Empresariais – FACEMP, Santo Antonio de Jesus-BA. E-mail: flomario@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogado e Professor Universitário. Mestrando, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Médico. Consultor Jurídico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Docente do curso de Direito da Faculdade São Salvador – FSSal, Faculdade Anísio Teixeira – FAT, Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC e na Faculdade de Ciências Empresariais – FACEMP. E-mail: antoniojsbastos@gmail.com.

<sup>3</sup> Significado de Internet. In: Significados: descubra o que significa, conceitos e definições. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/internet/>>. Acesso em: 28 Mai. 2016.

uma linguagem própria chamada protocolo, conhecido como TCP/IP, Transmission Control Protocol – Internet Protocol<sup>4</sup>.

Sabendo que não existe entidade governamental, nacional ou internacional ou qualquer entidade que exerça controle ou possa se dizer dona da internet<sup>5</sup>, será que é possível considerá-la como sendo uma terra de ninguém, onde ninguém manda e tudo é permitido?

O presente artigo pretende demonstrar que, à luz da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, aqui tratada como Marco Civil da Internet, Marco Civil ou apenas MCI, que embora tenhamos como premissa a liberdade no uso da internet, é fundamental a sua regulamentação para que haja limites e estes não sejam extrapolados pela sociedade civil, em prol de um bem maior: o convívio social. O MCI, por óbvio, só trata de infrações no âmbito civil, portanto não serão abordados aspectos penais neste estudo.

A discussão é ampla, atual, dinâmica e infelizmente mais comum do que muitos imaginam. Dedicar-se aqui à abordagem do cometimento de delitos no ambiente virtual<sup>6</sup>, notadamente nas Redes Sociais. Nesse sentido, na argumentação serão expostos conceitos, direitos e deveres inerentes ao ambiente e serão levantadas consequências para quem ultrapassa os limites da liberdade de expressão e afronta o direito alheio à privacidade, que se obriga a reparar o dano causado.

Como a principal finalidade da internet é a troca de informações, a interação entre as pessoas, a redução de distâncias, ela se torna um ambiente propício para a implantação e proliferação de informações danosas, e é nas Redes Sociais que se multiplicam com maior veemência, através do artifício do compartilhamento, que aumentam drasticamente o alcance das informações. Levando em consideração a Pesquisa Brasileira de Mídias do ano de 2015, realizada pela SECOM, que revela que as Redes Sociais são responsáveis por 92% dos brasileiros conectados na internet<sup>7</sup>, restou comprovada a necessidade que o ser humano tem de interagir com seus pares<sup>8</sup>, algo essencial para o convívio social,

4 TCP/IP. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/TCP/IP>>. Acesso em: 15 Jun. 2016.

5 “[...] não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet [...]”. LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 16 Mar. 2016. p. 11.

6 Para saber mais sobre crimes virtuais cometidos nos nas redes sociais, ler CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes virtuais nas redes sociais. Crimes pela Internet. Onde denunciar. 17 Mar. 2015. Disponível em: <<http://www.crimespelainternet.com.br/crimes-virtuais-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 29 Mai. 2016.

7 “O uso de aparelhos celulares como forma de acesso à internet já compete com o uso por meio de computadores ou notebooks, 66% e 71%, respectivamente. O uso de redes sociais influencia esse resultado. Entre os internautas, 92% estão conectados por meio de redes sociais [...]”. BRASIL. Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Secretaria de Comunicação Social – Secom. Brasília, 2014. 153 p. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>>. Acesso em: 06 Mai. 2016.

8 No que tange à formação de redes sociais pelo ser humano, confira: MARTINS, Rodrigo. Conectados, buscamos ser especiais. Estadão. Notícias. São Paulo, 02

mas também aponta que esta interação pode ser prejudicial, quando o conteúdo compartilhado é carregado de más intenções.

A prática de atos reprováveis e até o cometimento de delitos, não deixam de ocasionar prejuízos, constrangimentos e consequentemente a evasão de usuários de determinado ambiente social, sendo nociva às pessoas e à coletividade, devendo assim ser combatida, já que direitos e leis são infringidos, como se demonstrará adiante com mais cuidado.

Enxergando as Redes Sociais como instrumento de produção de vários saberes sociológicos e jurídicos, dentre outras áreas, justifica-se a importância de fazer o estudo desta ferramenta de interação e suas implicações sociais e jurídicas à luz do MCI como um provedor de conteúdo.

Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo através de processos de investigação como a pesquisa direcionada à reflexão bibliográfica, contemplando a abordagem e a interpretação dinâmica da realidade, aliadas ao conhecimento já produzido acerca de como é tratado o direito à privacidade no ambiente de internet e o que poderá acontecer com quem venha a violar este direito, conforme o MCI.

## 1 DA PRIVACIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O significado do termo privacidade é amplo<sup>9</sup>. Clássico na literatura jurídica, pelas inúmeras implicações abarcadas pela doutrina, este termo remete à ideia de segurança e liberdade, de algo que resguarda o indivíduo do que possa afetar uma área de sua personalidade, que é intocável, como os bens jurídicos da atinentes à intimidade, à vida privada e à imagem. Certo é que a privacidade é o vocábulo que pressupõe a importância dada à liberdade de expressão, pois pode-se afirmar que sua falta emana insegurança, instabilidade. Há uma limitação, um cerceamento na livre expressão das ideias quando essas são coibidas.

Por isso é que privacidade tangencia intimidade, remete ao particular, mas não se prende a valores individuais, mas sobretudo sociais. Assegurada em nossa Carta Magna<sup>10</sup>, a privacidade pode ser entendida como um direito intrínseco a todo ser humano<sup>11</sup> de querer estar

Mar. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,conectados-buscamos-ser-especiais,1496>>. Acesso em: 13 Mai. 2016.

9 "A privacidade é um direito fundamental do homem, [...] assegurado pela Constituição Federal brasileira no artigo 5º, incisos X (que resguarda a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas) e XII (que protege o sigilo da correspondência e das comunicações [...]). Cf. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. O CGL.br e o Marco Civil da Internet. São Paulo, 17 Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/CGL-e-o-Marco-Civil.pdf>>. Acesso em: 23 Mai. 2016.

10 O artigo 5º, inciso X, da CRFB estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

11 Cavalieri Filho aborda a privacidade como " [...] o direito de ser deixado em paz para, sozinho, tomar as decisões na esfera da intimidade, e assim evitar que

só, de preservar a sua intimidade, reservar-se, de terem protegidas as suas informações pessoais e tudo que diz respeito à sua intimidade, seja num momento atual ou pregresso, pertencendo única e exclusivamente a este indivíduo o poder de facultar ou não a exposição de suas informações, a fim de evitar vir a público fatos que só lhe dizem respeito e a mais ninguém, sejam estes de cunho conjugal, profissional, confidencial, habitual, familiar, dentre outros, pois neles estão o refúgio da dignidade pessoal do indivíduo, o núcleo inexplorável, que só deve ser publicizado caso a própria pessoa detentora deste direito decida tornar público.

Por certo, vê-se que a privacidade está diretamente ligada a comportamentos e acontecimentos referentes aos diversos tipos possíveis de relacionamentos interpessoais, mas que o indivíduo em questão não tem o interesse de que estes conteúdos possam vir a público, uma vez que é a privacidade que cria as condições propícias para o desenvolvimento da personalidade e a sua falta traz uma exposição prejudicial, posto que para determinados tipos de relacionamento este atributo é componente indispensável, como no casamento, por exemplo<sup>12</sup>. Nesse direito, inclui-se o direito de não ser monitorado, de não ser seguido, não ter sua correspondência violada, de não ser registrado em quaisquer tipos de mídia, e se registrado, de não ter as suas imagens e/ou as suas conversas expostas na internet ou em quaisquer outros meios de comunicação sem uma prévia autorização. A violação da privacidade acarreta abuso, podendo o transgressor ser obrigado a reparar o dano causado em detrimento de quem teve a sua privacidade transgredida, na medida da agressão sofrida.

Lado outro, nossa Lei Maior<sup>13</sup> versa sobre a liberdade de expressão, um conceito fundamental nas democracias modernas, que implica na liberdade de expressar pensamentos intelectuais, artísticos, científicos, de convicção política ou religiosa, assegurando que estes são independentes de censura ou de autorização<sup>14</sup>, mas que não se consagra na incitação de condutas ilícitas, devendo ser exercida de maneira harmônica, observando os limites definidos na própria Constituição<sup>15</sup>.

certos aspectos da vida privada cheguem ao conhecimento de terceiros, tais como confidências, hábitos pessoais, relações familiares, vida amorosa, saúde física ou mental etc.", ou ainda "é o refúgio da dignidade pessoal, o núcleo inexplorável do indivíduo, pelo que somente ele, e exclusivamente ele, pode autorizar sua desprivatização". CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p 121.

12 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 407 – 411.

13 Sobre os apelidos da CRFB, consulte: Constituição, 2004. WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição>>. Acesso em: 16 Mai. 2016

14 CRFB, Art. 5º, inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

15 CRFB, Art. 5º, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros [...]".

Segundo Cavalieri<sup>16</sup>, a liberdade de expressão é um direito que assegura a exposição livre de uma opinião, seja ela de qualquer cunho, sem qualquer compromisso com a realidade, veracidade ou imparcialidade, respeitando a limitação da inviolabilidade da privacidade das pessoas sem o risco de confundir esta limitação como algum tipo de censura, cabendo sanções também previstas na constituição caso esta liberdade de se expressar venha a causar um dano à imagem de outrem ao violar a sua privacidade.

Não se pode confundir a liberdade de expressão com a liberdade de informação<sup>17</sup>, são liberdades totalmente distintas, uma vez que a primeira está voltada para opiniões próprias, e como dito acima, independente de veracidade e imparcialidade. A segunda é atrelada obrigatoriamente à veracidade e imparcialidade, portanto trata-se da divulgação de um fato devidamente apurado, um fato real, tornando a pessoa que divulga a informação diretamente responsável pela demonstração da veracidade desta, o que não ocorre com a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão também não se limita apenas a exteriorizar sentimentos e sensações, mas compreende tanto a liberdade de pensar, própria do intelecto, como a de externar as sensações. Trata-se de um gênero, formado de outros direitos como o de “liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão”, pois pode ser considerada um meio, e não como um fim, pois não há direitos absolutos, e isso se justifica pela necessidade de harmonia e de coerência entre os direitos individuais, não podendo um direito ferir nenhum outro, do contrário seria abuso<sup>18</sup>.

É um erro interpretar a privacidade e a liberdade de expressão como direitos que se chocam. Em tese, seria afirmar que o primeiro permite que se fale o que quiser e o segundo garante a privacidade. Ao passo em que se entende que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, percebe-se que um direito regula o outro, pois o exercício do direito à liberdade de expressão não indica que se pode agir com imprudência, ferindo a privacidade e passando por cima dos direitos de outrem. O limite está na garantia de que a privacidade alheia será

16 “É o direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica. [...] nada tem a ver com fatos, com acontecimentos ou com dados ocorridos. Tudo se passa no mundo das ideias, sem qualquer compromisso com a veracidade e a imparcialidade. Por liberdade de expressão, [...] entende-se que qualquer pessoa tem o direito de expor livremente as suas ideias, os seus pensamentos, as suas convicções, respeitada, a toda evidência, a inviolabilidade da privacidade de outrem. Não posso dizer o que quiser sobre a vida privada de outrem porque a própria Constituição não o permite”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p. 122

17 “[...] Não deve ser confundida com a liberdade de expressão, porque [...] diz respeito a ideias, opiniões, sem compromisso com a verdade e a imparcialidade. Quem divulga uma informação [...] divulga a existência de um fato, a ocorrência de um acontecimento, de um trecho da realidade [...], por isso está vinculado à veracidade e à imparcialidade [...]”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p. 122.

18 Cf. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 625.

protegida e no momento em que se ultrapassa o limite do razoável e se causa dano à intimidade alheia, o ordenamento jurídico está apto a impor a necessária obrigação de reparar.

## 2 DAS REDES SOCIAIS

Pode-se afirmar que o uso das redes sociais pela humanidade para repassar informações, compartilhar conhecimentos ou ainda desempenhar determinado trabalho remonta da pré-história. Esse artifício sempre foi utilizado pelos homens, porém só a partir das últimas décadas, começou a ser abordado como uma ferramenta organizacional de escala global, baseada em experiências pessoais. Até então, os relacionamentos sociais se limitavam ao círculo familiar, à vizinhança, às relações de trabalho, todos ligados a grupos de pessoas limitados em um espaço determinado<sup>19</sup>.

Mas foi a partir do advento da internet e da consequente popularização dos relacionamentos em Redes Sociais, que a comunicação com outras pessoas pelo mundo ficou muito mais fácil e rápida, possibilitando o surgimento de usuários autônomos, conglomerados com valores e interesses compartilhados, com ideias e recursos ao seu redor. A ferramenta aqui tratada como objeto de estudo permite o compartilhamento de informações, representa sobretudo divisão, partilha, repartição, conceitos que passam intrínseca e implicitamente a ideia de solidariedade com relação ao conhecimento que está sendo compartilhado.

Sabe-se que o indivíduo tem a necessidade de interagir com o outro<sup>20</sup> e nesta interação, realiza a troca de um determinado conhecimento, resta determinar o meio pelo qual esta informação é passada. Numa conversa informal, “cara a cara”, este meio seria o ar, a fala. Porém, no mundo computacional, este meio é a internet e suas diversas ferramentas. A partir daí foi se formando o conceito de rede social aplicado à internet, com alcance global, sem fronteiras.

Em termos técnicos, “rede” pode ser definida como sendo uma malha, formada por cabos, fios, fibras óticas ou ondas eletromagnéticas, constituindo um meio utilizado para o transporte de informações para um conjunto de pessoas que se comunicam entre si, interligados

19 Redes sociais são um “[...] sistema de nodos e elos; uma estrutura sem fronteiras; uma comunidade não geográfica; um sistema de apoio ou um sistema físico que se pareça com uma árvore ou uma rede. [...] passa(m) a representar um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”. V. MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferências da informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71-81, jan/abr 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v30n1/a09v30n1.pdf>>. Acesso em: 06 Mai. 2016. p. 72.

20 “[...] Somos biologicamente programados para sermos sociais. Só que as possibilidades aumentaram. Se antes ter status social significava colocar uma roupa legal, hoje, é estar em blogs, redes sociais ou sites de vídeo”. MARTINS, Rodrigo. 2009. Op. Cit.

por computadores e seus periféricos, mas com origem teórica muito anterior à tecnologia empregada hodiernamente. O conceito de Rede Social começou a surgir no início do século XX, com o mesmo conceito de rede, mas apontando metaforicamente para demonstrar o comportamento de indivíduos em uma determinada sociedade, utilizando-se dos meios possíveis à época – pois claramente a tecnologia ainda não existia –, interligados entre suas comunidades.

Só posteriormente, depois de ter sido inserida no mundo computacional, que as Redes Sociais se desdobraram com maestria, dada a velocidade de tráfego das informações, conectados por um ou mais relacionamentos sociais diversos, como amizade, trabalho, troca de informações, construindo incessantemente uma estrutura social com este conjunto de pessoas, que outrora compreendia em uma estrutura de escala reduzida à sociedade local, mas já começava a ser representada em escalas cada vez mais globais<sup>21</sup>.

A popularidade da rede social deve-se a artifícios que aumentam o seu potencial de alcance dentre os atores que a compõe, popularmente conhecidos como “usuários”. O artifício mais poderoso dentro da rede social é aquele que, com apenas um clique, compartilha determinado conteúdo, popularmente chamado de “postagem”, com mais pessoas, extrapolando a fronteira do seu ciclo social dentro daquele ambiente computacional.

Os cliques de compartilhamento são referências de escolhas recíprocas dentro da rede social, criando um laço forte entre aquela postagem e os usuários que interagem com ela. De acordo com a popularidade alcançada pela quantidade de compartilhamentos, são criadas outras conexões dentro do emaranhado da rede social e suas ligações infinitas entre os seus usuários, ou seja, quanto mais compartilhamentos uma postagem tiver, maior popularidade terá e conseqüentemente maior probabilidade de ser compartilhada novamente, pois quando um usuário compartilha aquela postagem, a sua rede de relacionamento toda toma conhecimento, possibilitando que cada novo usuário conectado a ele possa compartilhar também a mesma postagem, e daí por diante se repete o mesmo ciclo<sup>22</sup>.

Em virtude dos compartilhamentos das postagens, surge então a possibilidade de aumento da rede de cada usuário em particular, ou

21 COSTA FERREIRA, Gonçalo. Redes sociais de informação: uma história e um estudo de caso. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 16, n. 3, p. 208-231, Jul./Set. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v16n3/13.pdf>>. Acesso em: 01 Jun. 2016.

22 COSTA FERREIRA, Gonçalo. Redes sociais de informação em organizações num contexto da sociedade contemporânea. 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27151/tde-17042013-154735/publico/GoncaloCostaFerreiraCorrigido.pdf>>. Acesso em: 01 Jun. 2016.

seja, a agregação de novos usuários, que nesta sociedade virtual é comparado a “fazer amizades”. Os usuários gostam de status na rede social, para tanto, utilizam este recurso de compartilhamento, uma vez que o mesmo possibilita a conexão a outras pessoas.

Decorre daí que a finalidade precípua das redes sociais no mundo virtual é facilitar as relações entre usuários que partilham os mesmos interesses, experiências, conhecimento. Segundo a Pesquisa Brasileira de Mídias 2015<sup>23</sup>, o Facebook, WhatsApp, Youtube, Instagram, Google+ e Twitter são as Redes Sociais mais acessadas no Brasil. Já se torna competitiva a utilização de celulares em detrimento dos computadores para acesso à internet, sendo que 92% dos internautas, estão conectados por intermédio das Redes Sociais.

Porém, há de se ter muita cautela, infelizmente, no que tange à confiabilidade das informações repassadas pelos meios virtuais sociais, pois da mesma forma que a informação pode ser repassada com o intuito de dividir o conhecimento, há também casos onde são utilizadas para fins nada legais, no sentido estrito da palavra, não raro o número infinito de delitos que surgiram após a difusão de tal ferramenta.

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que, desde informações inofensivas até os mais aviltantes desacatos, há uma boataria instalada nas redes sociais que está virando uma verdadeira febre<sup>24</sup>, o que indica o grau de maturidade ou falta desta para utilizar a ferramenta, ou a ignorância perante às leis brasileiras, algo incabível diante da facilidade em que se propagam as informações no mundo atual, não sendo mais dado a ninguém o direito de dizer que da lei não tem conhecimento<sup>25</sup>.

Dentre as condutas danosas que são praticadas com frequência nas Redes Sociais, destacam-se as apontadas na tabela abaixo. Tais condutas acarretam a atribuição da responsabilização civil por ferir os direitos de privacidade ou extrapolar o direito de liberdade de expressão, objetos principais do presente estudo:

23 “Maior levantamento sobre os hábitos de informação dos brasileiros, [...] revela [...] que o brasileiro já gasta cinco horas do seu dia conectado à internet [...] Praticamente a metade dos brasileiros, 48%, usa internet. O percentual de pessoas que a utilizam todos os dias cresceu de 26% na PBM 2014 para 37% na PBM 2015. O hábito de uso da internet também é mais intenso do que o obtido anteriormente [...]”. Secretaria de Comunicação Social – Secom. Brasília, 2014. 153 p. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>>. Acesso em: 06 Mai. 2016

24 Por causa da quantidade de boatos criados para difamar o Governo Federal, este criou uma plataforma para se dedicar exclusivamente a desmentir boatos criados na internet, o fatosboatos.gov.br. CHAGAS, Paulo Victor. Governo cria site para desmentir boatos divulgados pela internet. EBC Agência Brasil. Política. Brasília, 17 Dez. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-12/governo-cria-site-para-desmentir-boatos-divulgados-pela-internet>>. Acesso em: 02 Jun. 2016.

25 “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. LINDB. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Esse princípio explica-se na máxima do dever de não lesar outrem. Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Mar. 2015. Disponível em: <<http://www.crimespelainternet.com.br/crimes-virtuais-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 29 Mai. 2016.

**TABELA 1****Condutas ilícitas praticadas nas Redes Sociais**

| <b>DANO</b>                                   | <b>CONDUTA</b>                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Calúnia                                       | Invenção de fatos ou histórias não verídicas sobre alguém.                                                                               |
| Insulto                                       | Falar mal da pessoa, afrontando-a.                                                                                                       |
| Difamação                                     | Macular a imagem de uma pessoa, associando-a a um fato verídico ou não                                                                   |
| Propagação de material íntimo ou confidencial | Compartilhar materiais de foro íntimo ou revelar segredos                                                                                |
| Ato obsceno                                   | Manifestação com o corpo, com cunho sexual, que venha a ofender o pudor público.                                                         |
| Apologia a crimes                             | Disponibilizar material ou ensinar práticas de atos ilícitos ou divulgar atos ilícitos já praticados ou ensinando a burlar a legislação. |
| Preconceito / discriminação                   | Fazer ou compartilhar comentários que pejem negativamente religião, etnia, raça, etc.                                                    |
| Pedofilia                                     | Troca de informações ou guardar materiais pejorativos de crianças ou adolescentes                                                        |
| Perfis falsos (fakes) / identidade falsa      | Criar um perfil falso, com nome falso e foto qualquer salva na internet para se prevalecer do anonimato e praticar ilícitos.             |

Fonte: CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes virtuais nas redes sociais. Crimes pela Internet. 17

Ressalta-se que o fato de somente criar um perfil falso não caracteriza nenhum ato ilícito, porém ao se fazer passar por uma outra pessoa ou tentar se aproveitar do anonimato para cometer o ilícito não isenta o usuário de responsabilizar-se pela infração. Com esta questão e com ênfase nas Redes Sociais, mas não somente nelas, a sociedade percebeu que algo deveria ser feito para salvaguardar as possíveis vítimas dos atos de seus transgressores no ambiente virtual, a criação de uma regulamentação específica capaz de garantir que casos como este não fossem analisados pelos códigos não específicos para a internet, aplicados por analogia. Daí surgiu o Marco Civil da Internet, contemplando os direitos dos usuários para os casos específicos do ciberespaço. É o que veremos mais adiante.

### **3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O conceito do termo responsabilidade civil denota a obrigação

de reparar o dano causado, em decorrência da determinação de que não se deve causar dano a ninguém, regra inscrita no princípio do *neminem laedere*<sup>26</sup>. Explica-se: a violação do dever jurídico de não lesar é configurada como ilícito, sendo portanto um desvio de conduta, reprimido pela ordem jurídica por gerar dano para alguém, e consequentemente por gerar um outro dever jurídico: o de reparar o dano.

Nesse sentido, a ponderação acerca da responsabilidade civil não só é útil ao estudo proposto como é imprescindível para a compreensão dos institutos pesquisados. Por isso, alguns princípios são peculiares à compreensão da responsabilidade civil, quais sejam: *i*) o princípio da dignidade da pessoa humana; *ii*) o princípio da solidariedade; *iii*) o princípio da prevenção; e *iv*) o princípio da reparação integral do dano<sup>27</sup>. Passemos a ilustrá-los.

O princípio da dignidade da pessoa humana é cláusula de forma geral de tutela à pessoa nas diversas situações: patrimoniais, existenciais, legitimidade, e afasta tudo que possa alijar o ser humano de sua humanidade, noção mais elevada de valor axiológico, valor moral e intrínseco ao homem sem possibilidade de relativização.

O segundo princípio, da solidariedade, por sua vez é comparado a uma articulação de convivência entre o individual e o coletivo. Aduz que não há elemento moral subjetivo nem indivíduos isolados, mas um organismo onde todos os membros são solidários e atuam conjuntamente para a obtenção de um resultado abrangido por conceitos mínimos de tolerância.

O princípio da prevenção é o centro contemporâneo do que se entende por responsabilidade civil, uma vez que possibilita que determinados casos que obtiveram sucesso em punir transgressores e consequentemente fazê-los reparar os danos causados, se converterão na sociedade em um sentimento de prevenção, para que outros indivíduos não venham cometer aqueles mesmos erros novamente. Traduzido no princípio do *neminem laedere*, para que não haja a necessidade de reparação, deve-se ter o cuidado com o outro, utilizando-se da precaução e da prudência, dando lugar ao fundamento da circunspeção, que ensaja o cuidado no agir e no falar.

26 Esse princípio explica-se na máxima do dever de não lesar outrem. Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2012. Op. Cit.

27 No estudo desses quatro princípios da responsabilidade civil, utilizamos: FARIAS, Cristiano Chaves; NELSON Rosennvald; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Volume 3. 2ª ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Por fim, o princípio da reparação integral tem por objetivo reposicionar o ofendido à sua situação anterior ao dano e para isso deverão ser imputadas ao patrimônio do ofensor, as consequências desta transgressão de forma proporcional ao dano sofrido pela vítima, mesmo que se saiba que certos danos raramente podem ser reparados de forma efetiva ou ressarcidos através da pecúnia.

Importante constatar que a menção de tais princípios confere o que se denomina de “multifuncionalidade”, exercida pela responsabilidade civil<sup>28</sup>, que nada mais é do que uma pluralidade de funções distintas e sem hierarquia entre si, nas quais uma função prevê a reparação do dano, outra a punição do infrator e a terceira visa precaver e inibir atividades potencialmente danosas, para que não haja acontecimentos futuros<sup>29</sup>.

Do exposto, é possível auferir que a responsabilidade civil está intrinsecamente ligada ao tema estudado, tendo em vista as múltiplas e impensáveis possibilidades que se mostram aptas a gerar a obrigação de reparar. O ambiente das Redes Sociais é fértil neste sentido e por isso é fundamental apropriar-se das noções ligadas à responsabilidade civil, previstas na regulamentação cabível, qual seja, a Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, amplamente conhecida como Marco Civil da Internet. É o que se verá nas próximas linhas.

### 3.1 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil originou-se pela necessidade de regulamentação das demandas civis que provinham do uso da internet no Brasil. Desde sua gênese, esse marco foi motivado pelos princípios estabelecidos pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI)<sup>30</sup>, visando consolidar os direitos, deveres e princípios de quem utiliza este meio de comunicação, estabelecendo condições mínimas e essenciais para a continuação da internet livre e aberta no país, que permitissem a inovação contínua e ainda fossem capazes de combater os ilícitos que aconteciam no ambiente virtual.

Como não havia até então nenhum parâmetro legal sobre este tema, a discricionariedade imperava nos julgados, havendo liberdade

---

<sup>28</sup> Ibid

<sup>29</sup> “Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjugação destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas”. Ibid, p. 37.

<sup>30</sup> Neste sentido, vide os Anexos I, II e III

nos critérios de julgamento das lides, muitas vezes utilizando-se o magistrado da analogia jurídica com as leis vigentes, que não eram específicas para a internet. Nestes termos, fica clara a insegurança jurídica que existia antes da regulamentação, representada por decisões isoladas, jurisprudências criadas por alguns juízes com um grau maior de conhecimento técnico acerca do tema, outros sem conhecimento algum, gerando uma incerteza tanto para os usuários quanto para os provedores de serviços, principais sujeitos, afetados pela regulamentação. Por um lado, os usuários não obtinham a segurança necessária à tutela de seus direitos, e por outro, os provedores de serviço poderiam livremente promover a exposição desnecessária e excessiva de conteúdos na internet, ao risco de diferentes decisões e interpretações.

Com a regulamentação, procurou-se evidenciar a neutralidade de rede, a privacidade, a liberdade de expressão e a proteção de dados pessoais, na função social desempenhada pela internet, concentrando-se ainda na responsabilidade civil dos usuários e dos provedores em suas ações contrárias à regulamentação.

Para concretizar a norma, foi preciso conceituar os Usuários e os Provedores de Serviços, sendo o primeiro representado por todas as pessoas que acessam a internet como um serviço ou como um meio para utilizar um serviço, ao passo que os provedores de serviço são entendidos como a pessoa física ou jurídica que se propõe, dentro do ambiente da internet, a prestar algum tipo de serviço para os usuários, sendo indispensáveis para a navegação no ciberespaço, podendo tanto ser uma aplicação (redes sociais, portais de conteúdo, sites de busca, e-mail, etc.) como ser o acesso à internet propriamente dito (MCI, art. 2º ao 8º).

Por neutralidade na internet, entende-se como a forma de igualar a prioridade de conteúdo e de usuários, isso porque antes existia a prática de parcerias entre provedores de serviço de acesso à internet e outros provedores de serviços que davam vantagens para quem fazia a adesão por determinado provedor de acesso. Com a regulamentação, deverá haver igualdade, apenas limitando o usuário ao seu pacote de serviços de acesso contratado, não podendo o provedor de acesso causar qualquer tipo de interferência no conteúdo que passa pela internet, ou seja, todos os usuários e conteúdos serão tratados com igualdade (MCI, art. 9º).

Quanto à privacidade e proteção de dados pessoais, a regulamentação garante que os usuários terão o controle total sobre as suas informações íntimas no ambiente virtual, seja referente à honra, ima-

gem, correspondência eletrônica e dados sigilosos em geral, respeitando o que está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos X e XII (MCI, art. 3º).

A norma ainda reafirma o direito à privacidade dos usuários de internet e veda a utilização dessas informações pessoais por terceiros sem a autorização prévia dos usuários, garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo das comunicações, bem como o monitoramento de qualquer conteúdo na internet por parte dos provedores de serviços. O desrespeito à privacidade alheia na internet causa dano, como constrangimentos e discriminação étnica, econômica, social, religiosa, etc. (MCI, art. 7º).

Para garantir o alcance e a punição de quem possa vir a desrespeitar o direito fundamental à privacidade dos usuários na internet, o MCI estipulou uma atribuição para os provedores de serviços, obrigando, em seu art. 7º, os provedores a guardar os dados de registro de conexão, quais sejam data e hora inicial e final da conexão ou de uso de uma aplicação e o endereço IP do usuário naquele intervalo de tempo. Estes dados deverão ser guardados durante 01 (um) ano, podendo ser dilatado, caso haja determinação judicial. Estas informações ainda deverão estar guardadas em local com segurança controlada por responsabilidade do provedor de serviços e só poderão ser disponibilizadas se houver autorização judicial (MCI, arts 10 a 12).

O MCI representa hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação vigente responsável pelas causas civis referentes à internet, protegendo os direitos supramencionados, visando responsabilizar civilmente quem os desrespeita, tanto usuários quanto provedores de serviços. Como mencionado, esta regulamentação visa garantir que a internet seja uma plataforma livre e sem restrições para avanços tecnológicos, uma ferramenta cada vez mais voltada a encurtar distâncias, mostrando consequentemente o seu papel social. Para os fins da lei, a internet não pode servir como ferramenta para quem quer fazer do mundo virtual uma “terra sem lei”, adentrando em equipamentos eletrônicos e adquirindo informações sem autorização, utilizando estas informações para causar danos à sociedade.

Com isso, a aposta é que cada dia que passe, com a constante expansão da internet, possam surgir novas oportunidades de negócios, novas profissões, seja promovido o livre mercado, ajudando no aquecimento econômico do país, fomentando o empreendedorismo. No campo do conhecimento, já que tudo na internet é informação, este en-

curtamento de distâncias virá alavancar órgãos direcionados a pesquisas, ensino e a cada vez mais, consolidando a internet como um direito humano pelo reconhecimento dos benefícios que ela traz à sociedade.

Em síntese, o MCI visa garantir aos usuários o estabelecimento de princípios básicos, como a transparência e confiança na internet, a inviolabilidade do sigilo de suas comunicações, salvo sob ordem judicial, a promoção da liberdade de expressão e o respeito à privacidade. Em geral, ainda promove a precaução e coibição de ilícitos, assegura o fomento do conhecimento e tudo de produtivo que já fazia parte do ambiente virtual antes da regulamentação, preservando a estrutura, porém com mais segurança e com a garantia da aplicação do devido processo legal aos casos de desrespeito com a norma, prevendo a responsabilização civil de quem o violar, incorrendo em ilícito, seja o infrator um usuário ou um provedor de serviço, como veremos nos próximos tópicos a seguir.

Aos provedores, a normatização impede que sejam feitos acordos entre eles com finalidade de propor vantagens na rede, proíbe a suspensão dos serviços ou que estes interfiram na qualidade da navegação para quem tiver adimplido suas obrigações, obriga-os a incluir e informar em seus contratos de prestação de serviços as cláusulas que versam sobre a proteção dos dados pessoais.

### 3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO USUÁRIO

A responsabilidade civil pode classificar-se de três formas: quanto ao fato gerador, quanto ao fundamento e quanto ao agente. A primeira decorre ou de relações contratuais ou da relação do indivíduo com a lei propriamente dita. A segunda diz respeito à conduta culposa do agente, sendo que não é exigida a comprovação desta culpa. Nesta subseção, será evidenciada a terceira forma de manifestação da responsabilidade civil, que é a responsabilidade quanto ao agente, que pode ser compreendida em direta ou indireta. Na direta, o indivíduo que praticou o fato danoso será diretamente responsável pelos seus atos, uma vez que é proveniente diretamente do agente. Já na indireta, o indivíduo responsável pela reparação do dano não é o mesmo que praticou diretamente o fato que gerou o dano, mas outra pessoa distinta, que mantenha vínculo de responsabilidade para com o agente causador direto do dano<sup>31</sup>. Em ambos os casos, o agente fará a reparação de acordo com a extensão da sua ofensa.

No que tange à violação de privacidade na internet, dada uma

31 "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia". BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

situação, em que o usuário ultrapasse os limites da sua liberdade de expressão, violando diretamente o direito de privacidade de outrem, duas são as possibilidades cabíveis para a apuração da responsabilidade civil. De um lado, em se tratando de usuário maior e capaz, que causou diretamente o dano, ao ser identificado, recairá sobre este a obrigação de reparar o dano, de acordo com a teoria da responsabilidade civil direta, sendo ele próprio responsabilizado civilmente. De outro lado, caso o usuário que causou diretamente o dano venha ser uma criança ou adolescente, portanto incapaz civilmente, em tese, os seus pais serão responsabilizados pela reparação do dano causado, de acordo com a teoria da responsabilidade civil indireta<sup>32</sup>.

Em detrimento do usuário causador do dano, a vítima poderá pedir a condenação em danos morais referentes ao grau do prejuízo suportado, e dependendo do delito, pode também ser proposta, independente da esfera civil de responsabilização, ação criminal referente ao delito praticado. Poderá então o usuário violador ser penalizado civil e penalmente e em ambos os casos, poderá caber pedido de indenização<sup>33</sup>.

A vítima é claramente a parte hipossuficiente face ao provedor nesses casos de ofensas nas Redes Sociais, destarte não é portadora de meios para identificar outros usuários, bloquear ou deletar conteúdos ofensivos, deste modo a regulamentação repassa essa responsabilidade para o provedor. No entanto, quando a ofendida de cara já consegue distinguir quem foi o responsável pelo ato danoso, portanto um conhecido, a resolução do problema é simples de se alcançar. Dá-se entrada no pedido judicial pleiteando a reparação dos danos causados pelo ofensor, indicando-o no processo, bem como solicita também a retirada do conteúdo danoso por parte da Rede Social, e consequentemente a interrupção da ofensa.

Porém tudo começa a ficar um pouco mais complicado quando o transgressor se trata de um desconhecido ou um perfil fake<sup>34</sup>. Nestes casos em que o agente causador do fato delituoso é desconhecido, somente deverá ser acionado na justiça o provedor, para que o mais rápido possível retire o conteúdo danoso à vítima e cesse imediatamente o

32 "Alvo de ofensas publicadas em comunidade virtual na extinta rede social Orkut, jovem de São Leopoldo será ressarcida por danos morais. O ataque foi praticado por uma então colega de turma no Colégio Sinodal. A menoridade da ré transfere para os pais (corréus) a obrigação de responder pelo ilícito". JUSBRASIL. Pais responsabilizados por ofensas cometidas pela filha em rede social. Âmbito Jurídico. Notícias. 2015. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/196965001/pais-responsabilizados-por-ofensas-cometidas-pela-filha-em-rede-social>>. Acesso em: 23 Abr. 2016.

33 "No Juízo do 5º JEC da capital o pedido foi considerado improcedente. Conforme a decisão, as ofensas ocorreram em conversa privada no Facebook, não comprovando a repercussão negativa da imagem da autora. Ambas as provas apresentadas, não foram suficientemente decisivas a ponto de mostrar que as ofensas desferidas pelo réu ultrapassaram as fronteiras das redes sociais e circularam em grupos estranhos à parte". JUSBRASIL. Ofensas em conversa privada nas redes sociais não gera dever de indenizar. Âmbito Jurídico. Notícias. 2016. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/323135382/ofensas-em-conversa-privada-nas-redes-sociais-nao-gera-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 23 Abr. 2016.

34 O que são Fakes. In: Significados: descubra o que significa, conceitos e definições. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/fakes/>>. Acesso em: 16 Jun. 2016.

ato ilícito. Porém na mesma ação é solicitado ao provedor que forneça os dados de conexão do usuário informado como autor do delito. Com esses dados em mãos (MCI, art. 5º, VI e VIII), será possível identificar e localizar o responsável pelo conteúdo ofensivo e servirá como conjunto probatório em um novo processo judicial com o propósito de responsabiliza-lo pelo que causou à vítima (MCI, art. 22).

Identificado o autor do ilícito, este será obrigado judicialmente a reparar a vítima através da pecúnia, cujo o intuito é tentar trazer à vítima a sensação mais próxima possível do status quo ante, ou seja, da mesma forma que a vítima se encontrava antes de ocorrer o dano. Esta fundamentação reparatória remete às razões jurídicas que possibilitam que ofensores possam ser responsabilizados pelos danos que causarem a outras pessoas.

Com a aplicabilidade do Marco Civil da Internet, ficou clara a possibilidade de punir usuários que cometem ilícitos naquele ambiente específico, obrigando-os a repararem os danos causados. A regulamentação fez com que fosse despertado na sociedade em geral, o sentimento de prevenção, de precaução, onde a partir deste marco, casos que antes não eram alcançados utilizando analogias com outras leis, muitas vezes por falta de especificidade para o ciberespaço, deixava uma sensação de impunidade e insegurança, deixando brechas para discussões, mas que agora podem ser julgados e na maioria das vezes sem a necessidade de um assessoramento de especialista, mas diretamente pelo juiz de primeira instância. Os usuários agora sabem que não podem mais cometer aqueles determinados atos antes praticados e dificilmente punidos, agora agem com cautela, sabendo que vigora uma regulamentação específica.

### **3.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES**

O provedor de serviços é tratado como um gênero, que engloba algumas espécies. Dentre as suas principais especificidades, os provedores dão o acesso à internet propriamente dita, oferecem conteúdo, serviços diversos, reportagens, entretenimento, mídias sociais, promovem pesquisas.

Nos casos em que se tratar de provedores de acesso, que são aqueles que têm como serviço apenas o de criar uma conexão com a internet, não cairão sobre eles a responsabilidade por conteúdos ilícitos de terceiros, por ser discrepante de sua atividade.

No estudo em tela, propõe-se abordar acerca dos provedores de

conteúdo, compreendidos principalmente em sites, blogs, e notadamente, as redes sociais. É imperioso saber que existem dois tipos de provedores de conteúdo: os que criam seus próprios conteúdos e os que promovem cadastros de usuários para que estes criem seus conteúdos. Para cada um desses provedores de conteúdo, a responsabilidade civil será imputada de uma forma distinta. É o que se verá abaixo.

Os provedores de conteúdo que postam por intermédio de seus administradores/proprietários, em plataformas como os blogs, sites ou colunas jornalísticas, equivalem aos usuários, e como tal são responsáveis tanto pela criação dos conteúdos quanto pela administração da plataforma, estão, de acordo com a norma, diretamente comprometidos com a responsabilidade civil de tudo que produzem, cabendo a eles o recebimento das notificações extrajudiciais e judiciais, e consequentemente a possibilidade de reparação civil por danos causados às vítimas de seus atos. O outro tipo mencionado compreende os provedores de conteúdo que promovem cadastros de usuários para que estes criem seus conteúdos próprios. Destaca-se para este tipo, o provedor de conteúdo em estudo: as redes sociais.

O Marco Civil não funcionaria muito bem se fosse capaz de responsabilizar todos os provedores por todos os conteúdos danosos postados em seus ambientes virtuais, então foi necessária uma ponderação por parte da regulamentação, do contrário estaria a todo momento obrigando a retirada de conteúdos para evitar processos desgastantes e onerosos, fazendo papel de julgadores, analisando o que é adequado e o que não é na visão particular deles, para estar em seu ambiente, e isso poderia tender para o cerceamento da liberdade de expressão, um tipo de censura, o que não seria permitido dentro dos contornos constitucionais e principiológicos do ordenamento jurídico pátrio.

Ao analisar este tipo de provedor de conteúdo, logo se verifica que as postagens são produzidas por usuários que se cadastram no provedor. Por isso, a vítima poderá solicitar a retirada da postagem danosa diretamente do provedor, por meio do seu serviço administrativo (fale conosco, reclame aqui, denuncie), em seguida, o provedor deverá receber esta solicitação extrajudicial, mas atente-se que a regulamentação não o obriga a acolher prontamente o pedido feito, salvo algumas exceções. A justificativa é que os provedores de conteúdo não têm a expertise para decidir sobre legalidade, e o fato de se negar não fere os direitos da vítima, uma vez que ela poderá pleiteá-los no judiciário, órgão competente para julgar se é ou não ilícita a postagem.

Uma exceção a esta regra diz respeito ao que é conhecido como vingança pornográfica<sup>35</sup>, que compreende a exposição de imagens que contenham cenas de nudez ou atos íntimos de cunho sexual sem o consentimento dos envolvidos na imagem. Caso haja a presença de menores, agrava ainda mais, se enquadrando em pornografia infantil e pedofilia. Nestes casos, assim que o provedor for notificado extrajudicialmente pela vítima ou por seu representante legal, deverá providenciar a retirada imediata do conteúdo ilícito.

O provedor só é obrigado a retirar conteúdos de sua plataforma, salvo esta exceção, em caso de ordem judicial (MCI, art. 19). Em ambos os casos, este poderá responder por omissão, solidariamente com o autor do delito, caso não retire a postagem ilícita, não só pelo dano, mas pelo agravamento causado pela morosidade em resolver o problema e pelo descumprimento de ordem judicial.

Para qualquer reclamação neste sentido, a regulamentação exige que a vítima informe na inicial os locais (links) em que as postagens foram feitas, a fim de viabilizar a retirada do material com a maior celeridade possível (MCI, art. 19, §1º). Assim que concretizada a retirada dos conteúdos, caso haja comprovada vinculação com algum usuário real, este deverá ser informado pelo provedor da retirada de seu conteúdo a fim de garantir ao mesmo uma ampla defesa em juízo, apenas não acontecendo desta forma se o poder judiciário assim determinar (MCI, art. 20).

Todas estas formas de resguardar tanto o direito à privacidade quanto o da liberdade de expressão seriam inúteis caso não houvesse uma forma da vítima ter como cobrar a identificação dos infratores por parte dos provedores de conteúdo. Para tanto, a regulamentação incumbe ao prestador de serviço que guarde por um período de um ano os registros de conexão sob sigilo e em ambiente seguro e controlado, podendo este tempo ser expandido a pedido judicial, não podendo estes registros serem transferidos a terceiros em hipótese alguma (art. 7º, VII).

Compreendem os registros de conexão o IP da conexão e a data e hora da conexão (MCI, arts. 10, 13 e 15), dados suficientes para se investigar e encontrar até um usuário fake, que se acha anônimo na rede, pois apenas com estes dados do delito é possível chegar até o endereço do usuário. Os conteúdos de conversação referentes a estes registros só podem ser guardados em caso de pedido judicial.

35 Nessa esteira, oportuno o estudo do teor do PL 6630/2013, apensado ao PL 5555/2013. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 6.630/2013. Acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 06 Jun. 2016.

Para melhor entendimento, analisemos o momento do pedido judicial de retirada de conteúdo ilícito, podendo se tratar de usuário real ou fake. O anonimato na internet “é uma lenda”, visto que sempre será possível a identificação do usuário que está online na rede, bastando para isso a postagem de algum conteúdo em um provedor em que os dados de conexão são guardados. Para tanto, como explicado, será necessário que a vítima solicite ao judiciário, junto com o pedido de remoção de conteúdo, a identificação do violador por parte do provedor. Uma vez que os registros de conexão são guardados por força da regulamentação, caso o autor da postagem seja um usuário real, serão passados para o poder judiciário os dados. Caso seja um usuário fake, deverá ser apenas repassado ao judiciário os dados exigidos pela regulamentação, que é a data e hora da postagem e o IP atrelado àquela postagem, cabendo ao provedor de acesso, que provê a conexão de internet, mostrar quem foi o usuário que conectou naquele momento.

Com estes dados em mãos, é possível chegar até a operadora, que por sua vez identificará para qual endereço aponta aquele IP naquele determinado momento. A prioridade é a retirada do conteúdo ilícito, que minimiza o transtorno da vítima, mas com a identificação do usuário em mãos e a retirada da postagem difamatória, a vítima poderá acionar o seu desafeto civil, e penalmente se for o caso.

No caso em que o usuário de forma alguma é identificado, é imperioso para os interesses do provedor que este conteúdo seja retirado de sua rede, uma vez que, quem é acionado neste caso é ele, mesmo sendo comprovada a ação praticada por um perfil fake, por terceiros, como já visto. O inegável é que houve o dano e quanto mais rápido o conteúdo for retirado, menor será o estrago feito à privacidade da vítima.

Este caso é mais comum do que se possa imaginar. Nos casos em que a vítima aciona o provedor para que seja retirado conteúdo difamatório, mas o provedor procrastina, dando condições para que com o recurso de compartilhamento as ofensas sejam exponencialmente agravadas<sup>36</sup>, resta o provedor ser acionado e responder pelo conteúdo difamatório, mesmo não partindo dele a ação de publicá-lo, mas pela insegurança que ele presta aos usuários que entram em sua ferramenta com o intuito de relacionar-se das mais diversas formas, excetuando as negativas, servindo, assim, a sua aplicação como veículo para a prática de ilícitos.

Ficou claro também que se excetua à esta regra quando o conteúdo em questão se trata de material de cunho sexual, onde o ofendido so-

---

36 Neste sentido, vide Anexo IV.

licita diretamente ao provedor a retirada antes mesmo de tomar as providências cabíveis, a fim de minimizar o dano a ele causado. Neste caso o provedor deverá atender ao pedido da vítima o mais breve possível, para não recair em si a responsabilidade solidariamente à do ofensor.

Em suma, diante de uma postagem ofensiva, à luz do MCI, a vítima terá duas alternativas possíveis: (a) solicitar ao provedor de conteúdo que determinada postagem seja retirada e (b) entrar diretamente com as medidas judiciais cabíveis, solicitando a retirada do conteúdo ofensivo e consequentemente a identificação do seu autor caso este não seja conhecido, como asseguram os artigos 19 e 22 do MCI.

Diante destas situações, no tocante à primeira alternativa, o provedor de conteúdo pode agir das seguintes formas: (a) o provedor bloqueia o conteúdo ilícito para averiguação e informa ao autor da postagem para que ele se manifeste. Caso não seja constatado ilícito na postagem, o provedor pode colocar de volta; (b) o provedor não retira a postagem, porém se o conteúdo tratar de ilícito envolvendo criança ou adolescente ou imagens de sexo envolvendo a vítima e sem autorização dos envolvidos, o provedor passa a responder solidariamente com o autor da ofensa.

No tocante à segunda alternativa, onde a vítima solicita apoio ao judiciário, se for emitida a ordem judicial para a retirada do conteúdo ofensivo, o provedor ficará obrigado a retirar o conteúdo, do contrário responderá solidariamente com o autor da ofensa e incorrerá em crime de desobediência.

Ao se falar em Responsabilidade Civil dos provedores nos moldes do Marco Civil, não resta dúvida de que o bem tutelado não é somente a liberdade de expressão dos usuários, mas também a preservação de sua privacidade, bem como o ressarcimento dos danos sofridos pelas vítimas de práticas ilícitas naquele proveniente da transgressão de um desses direitos tutelados naquele ambiente virtual. O que muda para os provedores em estudo, quais sejam as Redes Sociais, com a regulamentação é que eles não poderão mais ser responsabilizados por conteúdos produzidos por terceiros, mas apenas caso haja descumprimento de ordem judicial, uma vez que é impossível/impraticável que provedores façam uma censura prévia, filtrar previamente o que vai ser postado.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca do Marco Civil da internet podemos concluir que é uma regulamentação pioneira em garantir os diversos direitos que permeiam

os usuários da internet, principalmente o da privacidade e o de liberdade de expressão online, objetos deste estudo. Esta regulamentação reconhece o acesso à Internet como direito essencial ao exercício da cidadania, e independente do conteúdo acessado ou compartilhado pelo usuário, este não poderá ser desconectado e deverá ter a manutenção da qualidade da conexão e da velocidade contratada em pelo menos 80%, exceto em casos de inadimplência.

Fica terminantemente proibida a coleta e a transmissão de dados pessoais a terceiros, acabando com a prática que acontecia de fornecimentos de CPF, e-mails, etc., sem o consentimento dos titulares, de livre e espontânea vontade, nem por governo nem por empresas. Os dados necessários para a aplicação específica daquele provedor poderão ser captados, mas para isso deverá constar o aceite do usuário na hora do preenchimento do cadastro. Em caso de comprovação de dados desnecessários sendo captados, constatará abuso, e quando a relação contratual se acabar, tais dados deverão ser apagados.

Os provedores de acesso, responsáveis por oferecer as conexões com a internet, estão obrigados a guardar os dados de conexão dos usuários (IP, data e hora de início e término da conexão). Esta obrigatoriedade possibilitou que usuários fossem encontrados, bastando para isso o provedor de acesso fornecer estes dados para poder se chegar ao endereço do usuário, vedando assim o anonimato na rede.

Isto acaba também com os provedores de acesso clandestinos, já que antes existiam brechas para a prestação de serviço ilícita. Hoje, quem estiver fornecendo clandestinamente a sua internet, não terá o bloco de IPs para fornecer aos seus usuários, acarretando que um único IP seja compartilhado com todos que compartilham esta conexão, e em caso de prática de ilícito, o dono daquele IP será responsabilizado.

O Marco Civil introduziu o conceito de Neutralidade no ordenamento jurídico brasileiro, onde antes os provedores de acesso, em especial as operadoras de telefonia móvel, faziam parcerias com provedores de conteúdo (Facebook, WhatsApp, Twitter, etc.) para dar mais velocidade em seu acesso, acima da velocidade contratada pelo usuário, e outras vantagens. Com a norma, esta prática está vedada, onde disciplina que os usuários devem ser tratados com igualdade, sem discriminação e com acesso integral, conforme anexo V.

A comunidade jurídica ainda se encontra bastante dividida quando se trata de neutralidade na rede, com bastante cautela, enxergando muita controvérsia entre o que é permitido para o provedor de acesso

e os direitos dos usuários de internet. Trata-se de assunto carregado de bastante polêmica, com divergências acerca de parcerias com provedores de conteúdo sem desconto de franquia de dados pela operadora. Há quem defenda que esta prática fere a neutralidade de rede uma vez que aumentará a demanda daquela rede naquela operadora, por outro lado, um conselheiro da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel não concorda, alegando que a operadora não priorizou o tráfego, entendendo assim como uma prática de livre negócio, conforme anexo VI.

O provedor de conteúdo, assim como antes da regulamentação, continua sem poder atuar com a fiscalização de cada postagem nova, não só pela impossibilidade técnica, mas pelo risco de estar praticando a censura na Internet e de tolher o direito da sociedade à informação com a justificativa de retirar postagens ilícitas do ciberespaço. Vide também o REsp 1.406.448 do STJ a este respeito, no Anexo VII.

O usuário de Internet continua podendo pedir diretamente ao provedor de conteúdo que sejam retirados de dentro da sua plataforma, no entanto não há obrigação legal para que o pleito seja atendido pelo provedor, para garantir a liberdade de expressão de quem fez a postagem, uma vez que ele não tem a capacidade de julgar se o conteúdo é ou não ilícito, portanto após a regulamentação, não mais o provedor será responsabilizado civilmente por postagens de terceiros.

Se o provedor se negar a retirar um conteúdo, o pedido poderá ser feito judicialmente, que por sua vez o provedor terá a obrigação de acatar, caso assim o judiciário julgue procedente a invasão da privacidade. No entanto, quando é denunciado pela vítima ou por seu representante legal diretamente ao provedor, que em seu acervo existe conteúdos com imagens de sexo explícito sem a autorização dos envolvidos na cena, imagens de cunho vexatório envolvendo crianças e adolescentes, estes deverão ser imediatamente retirados, sob pena do provedor ter que responder solidariamente com o infrator por sua morosidade ou negativa, agravando a ofensa à vítima.

Antes da regulamentação, ações envolvendo ilícitos na internet eram objetos de controvérsias quanto a determinação da Justiça, se comum ou federal, com argumentação na abrangência internacional das redes sociais, que tenderia para a vara federal, mesmo em casos de menor complexidade (vide anexo VIII). Com a regulamentação, já são admitidos os juizados especiais para casos que necessitem de mais celeridade, mas deixa em aberto recorrer também à justiça comum.

Fica claro que qualquer ilícito impossível de ser analisado à luz

da regulamentação, por analogia, deverá ser analisado pelos outros códigos do ordenamento jurídico, como Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, etc.

Acerca do tema estudado, não restam dúvidas de que o MCI entra com uma representatividade significativa no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando temas deveras controversos como o direito à privacidade e a liberdade de expressão, delimitando-os, não deixando brechas quanto a tentativa de invasão de um direito pelo outro nas relações online. Porém ainda há pontos na lei a serem criticados, já que o seu texto é polêmico e existem muitas divergências no aspecto constitucional, mas que não puderam ser alcançados por este estudo devido as limitações de um artigo acadêmico, uma vez que desviaria o propósito do tema aqui defendido.

Porquanto, aqui fica a sugestão para futuras intervenções de estudo no tocante às decisões judiciais acerca dos bloqueios das atividades de provedores de conteúdo por desobediência judicial (vide anexos IX e X), por não entregar registros de conversas realizadas em suas plataformas online. De um lado a justiça alega que o artigo 13 do MCI obriga o provedor a armazenar e fornecer em casos de pedido judicial, do outro lado alegam os especialistas e os provedores que os conteúdos não são obrigatoriamente guardados de acordo com a regulamentação, mas apenas os dados de conexão, previsto no art. 2º, inciso VI da mesma lei. Como a discussão seria extensa, deixamos para um próximo estudo.

## REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. **Oi é multada em R\$ 3,5 milhões por vender dados de navegação de clientes.** Tecnoblog. Lei e Ordem. 2014. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/161318/multa-oi-dpdc/>>. Acesso em 20 Jun. 2016.

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

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira.** Secretaria de Comunicação Social – Secom. Brasília, 2014. 153 p. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 2.126/2011. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/912989.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.126/2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ MP MCT MC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ MP MCT MC.htm)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 6.630/2013. **Acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Conflito de Competência nº 112.616 - PR (2010/0107983-8).** Criminal. Difamação e falsa identidade cometidos no Orkut. Vítima impúbere. Internacionalidade. Convenção internacional dos direitos da criança. Relator Min. Gilson Dipp. DJU, Brasília, 01 Ago. 2011, p. 2.781. Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/#acordaoExpandir/13616>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais nas redes sociais. Crimes pela Internet**. 17 Mar. 2015. Disponível em: <<http://www.crimespelainternet.com.br/crimes-virtuais-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CHAGAS, Paulo Victor. **Governo cria site para desmentir boatos divulgados pela internet**. EBC Agência Brasil. Política. Brasília, 17 Dez. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-12/governo-cria-site-para-desmentir-boatos-divulgados-pela-internet>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **O CGI.br e o Marco Civil da Internet**. São Paulo, 17 Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. **Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil**. 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Resolução CGI.br/RES/2012/005/P. Posicionamento do CGI.br em relação ao Marco Civil da Internet no Brasil. 2012. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2012/005>>. Acesso em 20 Jun. 2016.

CORDEIRO, Erick. **Vingança Pornográfica. Crimes Virtuais**. Jusbrasil. Artigos. 2016. Disponível em: <<http://erickcordeiro.jusbrasil.com.br/artigos/316040629/vinganca-pornografica>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

COSTA FERREIRA, Gonçalo. **Redes sociais de informação: uma história e um estudo de caso**. Perspectivas em Ciência da Informação, v. 16, n. 3, p. 208-231, Jul./Set. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v16n3/13.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Redes sociais de informação em organizações num contexto da sociedade contemporânea**. 2012. 244 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27151/tde-17042013-154735/publico/GoncaloCostaFerreiraCorrigido.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

CRAIDE, Sabrina. **Bloqueio de WhatsApp viola Marco Civil da Internet, diz especialista**. EBC Agência Brasil. Política. Brasília, 02 Mai. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-05/bloqueio-de-whatsapp-viola-marco-civil-da-internet-diz-especialista>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Por que juiz pode bloquear WhatsApp no Brasil? Veja perguntas e respostas**. G1. Globo.com. São Paulo, 02 Mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/por-que-juiz-pode-bloquear-whatsapp-no-brasil-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso em 20 Jun. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; NELSON Rosenvald; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 3. 2ª ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Inteligência social, consciência e cooperação avançada (Parte 1)**. Empório do Direito. Colunas e Artigos. 11 Set. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/inteligencia-social-consciencia-e-cooperacao-avancada-parte-1-por-atahualpa-fernandez-e-marly-fernandez/>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

JUSBRASIL. **Pais responsabilizados por ofensas cometidas pela filha em rede social**. Âmbito Jurídico. Notícias. 2015. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/196965001/pais-responsabilizados-por-ofensas-cometidas-pela-filha-em-rede-social>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ofensas em conversa privada nas redes sociais não gera dever de indenizar**. Âmbito Jurídico. Notícias. 2016. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/323135382/ofensas-em-conversa-privada-nas-redes-sociais-nao-gera-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp. 1406448 RJ 2012/0131823-7 - Inteiro Teor**. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24316632/recurso-especial-resp-1406448-rj-2012-0131823-7-stj/inteiro-teor-24316633>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2012/01/mltpi.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

LOBO, Ana Paula. **Marco Civil: Anatel diz que fará consulta pública sobre neutralidade de rede.** Convergência Digital. Internet. 11 Dez. 2014. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=38632>>. Acesso em 20 Jun. 2016.

MARTELETO, Regina Maria. **Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferências da informação.** Ciência da Informação, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71-81, jan/abr 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v30n1/a09v30n1.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Redes Sociais, Mediação e Apropriação de Informações: situando campos, objetos e conceitos na pesquisa da Ciência da Informação.** Pesquisa Brasileira da Ciência da Informação, Brasília, v. 3, n. 1, p. 27-46, jan./dez. 2010. Disponível em: <[http://arca.icit.fiocruz.br/bitstream/icit/2247/1/Marteletto\\_redes\\_sociais\\_mediacao\\_e\\_apropriacao\\_de\\_informacoes.pdf](http://arca.icit.fiocruz.br/bitstream/icit/2247/1/Marteletto_redes_sociais_mediacao_e_apropriacao_de_informacoes.pdf)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

MARTINS, Rodrigo. **Conectados, buscamos ser especiais.** Estadão. Notícias. São Paulo, 02 Mar. 2009. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/noticias/geral,\\_conectados-buscamos-ser-especiais,1496](http://www.estadao.com.br/noticias/geral,_conectados-buscamos-ser-especiais,1496)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck; PRATTI, Vivian; MARTES, Rogério. **Análise dos últimos 10 anos do Direito Digital no Judiciário Brasileiro. II Consolidado de Jurisprudência.** In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8396&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8396&revista_caderno=17)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

RIBEIRO, Gabriel. **Bloqueio do WhatsApp fere o Marco Civil da Internet? Veja a posição do CGI.** Globo.com. G1 Tech Tudo Notícias. 19 Dez. 2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/12/bloqueio-do-whatsapp-fere-o-marco-civil-da-internet-veja-posicao-do-cgi.html>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

SIGNIFICADOS. **Significado de Internet.** Significados: descubra o que significa, conceitos e definições. 2016. Disponível em: <<http://www.s>

significados.com.br/ internet/>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Rafael Farias. **As pequenas empresas precisam migrar para o digital**. PEGN. Pequenas Empresas & Grandes Negócios. 28 Ago. 2014. Disponível em: < <http://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2014/08/pequenas-empresas-precisam-migrar-para-o-digital.html>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

TOMAEL, Maria Inês; ALCARÁ, Adriana Rosecler; DI CHIARA, Ivone Guerreiro. **Das redes sociais à inovação**. Ciência da Informação, Brasília, v. 34, n. 2, p. 93-104, maio./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v34n2/28559.pdf>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Constituição**. 2004. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Constituição>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Marco Civil da Internet**. 2010. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Marco\\_Civil\\_da\\_Internet](https://pt.wikipedia.org/wiki/Marco_Civil_da_Internet)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Pornografia de vingança**. 2013. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Pornografia\\_de\\_vingança](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pornografia_de_vingança)>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

## ANEXO I

### RESOLUÇÃO CGI.BR/RES/2009/003/P

O Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, reunido em sua 3ª reunião ordinária de 2009 na sede do NIC.br na Cidade de São Paulo/SP, decide aprovar a seguinte Resolução:

### CGI.br/RES/2009/003/P - PRINCÍPIOS PARA A GOVERNANÇA E USO DA INTERNET NO BRASIL

Considerando a necessidade de embasar e orientar suas ações e decisões, segundo princípios fundamentais, o CGI.br resolve aprovar os seguintes Princípios para a Internet no Brasil:

## **1. Liberdade, privacidade e direitos humanos**

O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.

## **2. Governança democrática e colaborativa**

A governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva.

## **3. Universalidade**

O acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos.

## **4. Diversidade**

A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.

## **5. Inovação**

A governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

## **6. Neutralidade da rede**

Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

## **7. Inimputabilidade da rede**

O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.

## **8. Funcionalidade, segurança e estabilidade**

A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compa-

tíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas.

### **9. Padronização e interoperabilidade**

A Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento.

### **10. Ambiente legal e regulatório**

O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração.

Fonte: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL.. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. **Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil**. 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 04 Jun 2016.

## **ANEXO II**

### **RESOLUÇÃO CGI.BR/RES/2012/005/P**

O COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br, em sua 4ª Reunião Ordinária de 2012, realizada em 18 de maio de 2012, na sede do NIC.br, e no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 4.829/2003, resolve aprovar esta Resolução, da seguinte forma:

### **Resolução CGI.br/RES/2012/005/P – Posicionamento do CGI.br em relação ao Marco Civil da Internet no Brasil**

Considerando que compete ao CGI.br zelar pelo desenvolvimento, disseminação e proteção da Internet em nosso país;

Considerando que o CGI.br já definiu claramente sua posição sobre os temas cruciais da Internet em sua Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, “Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil”;

Considerando que os mencionados Princípios foram uma das bases conceituais para a elaboração do projeto de lei nº 2126/2011, intitulado Marco Civil da Internet no Brasil,

Resolve:

Recomendar a tempestiva aprovação em lei do Marco Civil da Internet no Brasil, dada sua relevância na preservação, defesa e ampliação dos Princípios da Internet supracitados, bem como por oferecer a contraposição aos movimentos legislativos nacionais e internacionais que violam referidos Princípios e os conceitos fundamentais da rede.

Ademais, o CGI.br compromete-se a atuar no âmbito de suas atividades tendo como referência o Marco Civil da Internet.

Fonte: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL.. Resolução CGI.br/RES/2012/005/P. **Posicionamento do CGI.br em relação ao Marco Civil da Internet no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2012/005>>. Acesso em 04 Jun 2016.

## **ANEXO III**

### **RESOLUÇÃO CGI.BR/RES/2012/010/P**

O COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br, em sua 6ª Reunião Ordinária de 2012, realizada em 20 de julho de 2012, na sede do NIC.br, e no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 4.829/2003, resolve aprovar esta Resolução, da seguinte forma:

#### **Resolução CGI.br/RES/2012/010/P – Posicionamento do CGI.br em relação ao parecer final do Deputado Alessandro Molon ao Marco Civil da Internet no Brasil**

Considerando que o CGI.br já tornou pública por meio da Resolução CGI.br/RES/2012/005/P sua recomendação pela tempestiva aprovação em lei do Marco Civil da Internet no Brasil, assim intitulado o projeto de lei nº 2126/2011;

Considerando os amplos e diversos debates, seminários e audiências públicas promovidos pela Comissão Especial na Câmara dos Deputados, criada para proferir parecer sobre o referido projeto de lei;

Considerando os “Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil” tal como compilados na Resolução CGI.br/RES/2009/003/P;

Resolve:

a) Manter sua recomendação de tempestiva aprovação em lei do Marco Civil da Internet no Brasil, tal como explicitado na Resolução CGI.br/RES/2012/005/P;

b) Tornar público seu amplo apoio ao parecer final do relator da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, Deputado Federal Alessandro Molon, congratulando-o pelas alterações esclarecedoras e aprimoramentos precisos que promoveu no texto do projeto de lei, acolhendo em seu substitutivo sugestões e consensos apresentados pelos diversos setores da sociedade e participantes dos debates sobre o Marco Civil da Internet no Brasil;

c) Reiterar o compromisso de atuar no âmbito de suas atividades tendo como referência o Marco Civil da Internet e promover a mobilização dos setores que o compõem na defesa e aprofundamento dos 10 Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P).

Fonte: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL.. Resolução CGI.br/RES/2012/010/P. **Posicionamento do CGI.br em relação ao parecer final do Deputado Alessandro Molon ao Marco Civil da Internet no Brasil.** 2010. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2012/010>>. Acesso em 04 Jun 2016.

## ANEXO IV

### RECURSO CÍVEL Nº 71002090603

REPARAÇÃO DE DANOS. INTERNET. VINCULAÇÃO DE PÁGINA NO SITE DE RELACIONAMENTOS ORKUT A COMUNIDADE OFENSIVA. MONTAGEM E DISPONIBILIZAÇÃO DE FOTO DA AUTORA. OFENSA À HONRA DA AUTORA. DANO MORAL IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Terceiro não identificado apropriou-se da senha do “perfil “ da autora na rede de relacionamentos Orkut. A aludida página serviu para proferir ofensas à dignidade da autora, causando-lhe danos, os quais devem ser indenizados. 2. Tendo a empresa ré hospedado a página ofensiva, não providenciando sua exclusão mesmo após diversas solicitações feitas pela própria autora através do site, é aquela responsável pelos danos ocasionados

à demandante, ainda que o “perfil “ falso tenha sido confeccionado por terceira pessoa. 3. A verba indenizatória arbitrada pelo juízo singular (R\$ 6.000,00) mostra-se proporcional à ofensa sofrida, pois, ainda que a comunidade ofensiva tenha permanecido disponível por sete dias apenas, houve divulgação da mesma para várias pessoas do relacionamento da autora, como se pode verificar pelos documentos de fls. 131 a 148. Imperioso, assim, a manutenção do valor da indenização fixada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.” (TJ/RS, Relator: Saldanha da Fonseca, Recurso Cível nº 71002090603, Julgado em 17/09/2009).

Fonte: PINHEIRO, Patrícia Peck. PRATTI, Vivian. MARTES, Rogério. **Análise dos últimos 10 anos do Direito Digital no Judiciário Brasileiro. II Consolidado de Jurisprudência.** In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8396&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8396&revista_caderno=17)>. Acesso em: 03 Mar. 2016.

## ANEXO V

### **OI É MULTADA EM R\$ 3,5 MILHÕES POR VENDER DADOS DE NAVEGAÇÃO DE CLIENTES**

O Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), informou nesta quarta-feira (23) ter aplicado uma multa de R\$ 3,5 milhões à TNL PCS, uma divisão da Oi. Segundo o órgão, a operadora vendeu informações sobre clientes a agências de publicidade, ferindo princípios de boa-fé e transparência, além da neutralidade da rede.

Em seu comunicado, o DPDC afirma ter iniciado as investigações depois de receber denúncias de que uma parceria feita entre a Oi e a empresa britânica Phorm consistia em monitorar atividades de clientes para traçar seu perfil de navegação e, assim, repassar estas informações a empresas que vendem publicidade na web.

A “espionagem”, por assim dizer, era feita com um software desenvolvido pela Phorm chamado pela Oi simplesmente de “Navegador”. O programa, em boa parte das vezes, era oferecido aos usuários do serviço de banda larga Velox em páginas que apareciam inadvertidamente durante a sua navegação na internet.

Para convencer o consumidor a aceitar a instalação do software, as páginas afirmavam que o Navegador poderia oferecer notícias, vídeos, músicas e ofertas personalizadas com base em seus interesses.

Segundo o DPDC, no entanto, a Oi teria omitido informações sobre como a instalação do software poderia afetar a privacidade e a segurança dos dados do assinante. “Em nenhum momento o consumidor foi informado de que sua navegação seria monitorada pela empresa e que o seu perfil seria comercializado com empresas de publicidade”, diz a nota do órgão.

As investigações sobre o caso vêm acontecendo desde 2010. No parecer do DPDC, a parceria entre Oi e Phorm, da forma como executada, é mesmo indevida, tendo ferido princípios da boa-fé, como já informado, e configurado o primeiro caso de violação da neutralidade de rede conforme o que estabelece o Marco Civil da Internet.

A consequência vem na forma de uma multa de R\$ 3,5 milhões, valor que, segundo o DPDC, foi definido com base em vários parâmetros, como critérios do Código de Defesa do Consumidor e a gravidade da conduta da empresa.

Em nota, a Oi negou que tenha comercializado indevidamente dados de navegação de clientes e afirmou que a parceria com a companhia britânica foi encerrada em março de 2013. A operadora informou ainda que irá recorrer da decisão.

Fonte: ALECRIM, Emerson. **Oi é multada em R\$ 3,5 milhões por vender dados de navegação de clientes.** Tecnoblog. Lei e Ordem. 2014. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/161318/multa-oi-dpdc/>>. Acesso em 06 Jul 2016.

## ANEXO VI

### MARCO CIVIL: ANATEL DIZ QUE FARÁ CONSULTA PÚBLICA SOBRE NEUTRALIDADE DE REDE

Ana Paula Lobo ... 11/12/2014 ... Convergência Digital

A Anatel, que será junto com o Comitê Gestor da Internet, ouvi-

dos pela presidenta Dilma Rousseff na elaboração do Decreto, que vai tratar das exceções na regulamentação do Marco Civil da Internet, decidiu fazer uma consulta pública para definir melhor o conceito de neutralidade de rede, revelou o conselheiro da agência, Marcelo Bechara.

Ele rejeitou a ideia de ter um órgão a mais para cuidar da neutralidade. “Não vejo o porquê”. Também sustentou que, na sua visão, os acordos firmados pela TIM com o WhatsApp, da Claro com o Facebook e da Oi com o Twitter, Vine, não quebram a neutralidade de rede. Bechara, que participou do 28º Seminário da ABDTIC, realizado nesta quinta-feira, 10/12, em São Paulo, não revelou o prazo para a realização dessa consulta pública.

Para ele, o Marco Civil da Internet tratou a isonomia de forma conflitante e o conselheiro da Anatel fez críticas diretas ao artigo 9º. “Esse artigo, para mim, não está bem redigido”, sustentou. O artigo 9º fala do tratamento isonômico a ser dado aos pacotes. Ainda na opinião de Bechara, o marco civil da Internet só foi aprovado depois de Edward Snowden, que levou a presidenta Dilma a ir à ONU e a realização do NetMundial.

“Snowden foi um divisor de água, que facilitou a aprovação da Lei”, diz. Ainda de acordo com o conselheiro da Anatel, o Marco Civil da Internet lida apenas com as operadoras de telecomunicações.

Bechara citou a matéria do Portal Convergência Digital de um estudo que propõe a criação de uma espécie de ‘Comitê Gestor’ para tratar da neutralidade de rede. “Não concordo com essa tese. Quem trata de neutralidade de rede é a Anatel. É a agência que tem de garantir o acesso à infraestrutura. A Anatel é quem vai ser a ponte entre quem quer prestar o serviço e o usuário que quer ter a informação na ponta”, ponderou.

Questionado se os acordos firmados pelas teles móveis com os OTTs - TIM com WhatsApp, Claro com Facebook e Oi com Vine, do Twitter – seriam quebra de neutralidade de rede, Bechara sustentou que, na opinião dele, não há qualquer empecilho à neutralidade nesses acordos. “Se não há tráfego priorizado, não vejo o porquê de ser uma quebra ao Marco Civil. Isso é livre mercado. É livre negócio”, pontuou.

E aos críticos do acesso gratuito, mesmo que esse acesso seja ofertado ao consumidor por meio de acordos comerciais firmados entre as OTTs e as teles móveis, Bechara diz que o debate está acontecendo em quem consome, e muito, a Internet. “Os excluídos digitais não estão sendo ouvidos. Será que para eles, esses acordos são ruins, uma vez que

eles não gastam a franquia deles? A maior parte é usuário do pré-pago, que é um serviço caro”, completa o conselheiro da Anatel.

Fonte: LOBO, Ana Paula. **Marco Civil: Anatel diz que fará consulta pública sobre neutralidade de rede**. Convergência Digital. Internet. 11 Dez. 2014. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=38632>>. Acesso em 06 Jun. 2016.

## **ANEXO VII**

**STJ RESP 1.406.448**

**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RECORRENTE : GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA**

**ADVOGADOS: EDUARDO LUIZ BROCK E OUTRO (S)**

**ANDRÉ ZANATTA FERNANDES DE  
CASTRO E OUTRO (S)**

**RICARDO MAFFEIS MARTINS E OU-  
TRO (S)**

**RECORRIDO: GERALDO DO CARMO DA COSTA**

**LIMAS JÚNIOR**

**ADVOGADO: JOÃO ALVES FEITOSA NETO E OUTRO (S)**

### **EMENTA**

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE HOSPEDAGEM DE BLOGS. VERIFICAÇÃO PRÉVIA E DE OFÍCIO DO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO OU OFENSIVO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER, DESDE QUE INFORMADO O URL PELO OFENDIDO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5º, IV, VII E IX, E 220 DA CF/88; 6º, III, 14 e 17 DO CDC; E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 10.08.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 11.09.2013.

2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de *blogs* pelo conteúdo das informações postadas por cada usuário.

3. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Precedentes.

4. O provedor de hospedagem de *blogs* é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois se limitam a abrigar e oferecer ferramentas para edição de *blogs* criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários.

5. A verificação de ofício do conteúdo das mensagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de hospedagem de *blogs*, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle.

6. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de hospedagem de *blogs*, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

7. Não se pode exigir do provedor de hospedagem de *blogs* a fiscalização antecipada de cada nova mensagem postada, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em *blog* por ele hospedado possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do

dano em virtude da omissão praticada.

9. O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo *post*.

10. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de hospedagem de *blogs* ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

11. Recurso especial parcialmente provido.

JUSBRASIL. STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp. 1406448 RJ 2012/0131823-7 - **Inteiro Teor**. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24316632/recurso-especial-resp-1406448-rj-2012-0131823-7-stj/inteiro-teor-24316633>> . Acesso em: 16 Jun. 2016.

## ANEXO VIII

### ACÓRDÃO STJ CC-112.616

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIFAMAÇÃO E FALSA IDENTIDADE COMETIDOS NO ORKUT. VÍTIMA IMPÚBERE. INTERNACIONALIDADE. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I. Hipótese na qual foi requisitada a quebra judicial do sigilo de dados para fins de investigação de crimes de difamação e falsa identidade, cometidos contra menor impúbere e consistentes na divulgação, no Orkut, de perfil da menor como garota de programa, com anúncio de preços e contato. II. O Orkut é um sítio de relacionamento internacional, sendo possível que qualquer pessoa dele integrante acesse os dados constantes da página em qualquer local do mundo. Circunstância suficiente para a caracterização da transnacionalidade necessária à determinação da competência da Justiça Fe-

deral. III. Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, a qual, em seu art. 16, prevê a proteção à honra e à reputação da criança. IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal e Juizado Especial Federal de Londrina SJ/PR, o suscitante.

Fonte: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Conflito de Competência nº 112.616 - PR** (2010/0107983-8). Criminal. Difamação e falsa identidade cometidos no Orkut. Vítima impúbere. Internacionalidade. Convenção internacional dos direitos da criança. Relator Min. Gilson Dipp. DJU, Brasília, 01 Ago. 2011, p. 2.781. Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/#acordaoExpandir/13616>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

## ANEXO IX

### BLOQUEIO DE WHATSAPP VIOLA MARCO CIVIL DA INTERNET, DIZ ESPECIALISTA

02/05/2016 19h55

Sabrina Craide - Repórter da Agência Brasil

A decisão judicial que determinou hoje (2) o bloqueio dos serviços do aplicativo WhatsApp por 72 horas viola o Marco Civil da Internet. A avaliação é do especialista em propriedade intelectual e direito digital Maurício Brum Esteves. Segundo ele, a lei não prevê que os provedores tenham de guardar comunicações privadas, apenas dados de conexão.

“A lei não fala em dados pessoais, muito menos em comunicações privadas. São apenas as informações mínimas para saber que uma máquina se comunicou com outra em um determinado horário. Essa é a informação que o provedor tem de guardar”, disse, em referência ao artigo 15 do Marco Civil da Internet, que determina que os provedores devem guardar, sob sigilo, por seis meses os registros de acesso a aplicações de internet.

O WhatsApp está bloqueado em todo o país desde as 14h de hoje, por determinação do juiz Marcel Montalvão, da comarca de Lagarto (SE). A ordem foi dada porque a empresa não forneceu à Justiça mensagens relacionadas a uma investigação sobre tráfico de drogas.

Segundo o Tribunal de Justiça de Sergipe, a medida cautelar foi concedida a pedido da Polícia Federal e do Ministério Público, baseando-se nos artigos. 11, 12, 13 e 15 da Lei do Marco Civil da Internet.

O especialista informou que a determinação prevista no Marco Civil se refere a dados como data, hora e IP do dispositivo que fez o acesso à internet. “Na minha avaliação, o Marco Civil não permite que os provedores guardem esse tipo de comunicação. Esse ponto é polêmico, mas, no mínimo, me parece evidente que ele não obriga que comunicações privadas sejam armazenadas”.

Outro ponto analisado por Esteves é que o bloqueio do WhatsApp fere a finalidade social da internet, também prevista no Marco Civil da Internet, bem como a pluralidade, abertura e colaboração e escala mundial de rede.

“Ao impor uma medida extrema para um caso isolado, o magistrado está dando uma eficácia de algo que deveria influenciar só no processo para toda sociedade. Poderia, inclusive, dizer que viola as próprias leis processuais, porque, para penalizar uma empresa, a sociedade inteira sai penalizada”

Para o especialista, o assunto deve ser debatido pela sociedade, de modo que o Poder Judiciário perceba que tem de se atualizar. “A internet não tem uma escala individual. Não foi só naquela cidade que o problema ocorreu. Isso causou problemas enormes para o país nessas 72 horas. Por um excesso de arrogância, o juiz acabou tendo uma decisão infeliz”, acrescentou.

O bloqueio do WhatsApp vale inicialmente por 72 horas, mas, se houver uma liminar derrubando a decisão, o serviço pode ser retomado antes desse prazo.

Segundo o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTeleBrasil), todas as companhias receberam a intimação e cumprirão a determinação judicial.

Edição: **Armando Cardoso**

Fonte: CRAIDE, Sabrina. **Bloqueio de WhatsApp viola Marco Civil da Internet, diz especialista. EBC Agência Brasil.** Política. Brasília, 02 Mai. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/>

noticia/2016-05/bloqueio-de-whatsapp-viola-marco-civil-da-internet-diz-especialista>. Acesso em 06 Jul 2016

## **ANEXO X**

### **POR QUE JUIZ PODE BLOQUEAR WHATSAPP NO BRASIL? VEJA PERGUNTAS E RESPOSTAS**

**02/05/2016 16h44 - Atualizado em 02/05/2016 17h41**

Justiça de Sergipe determinou interrupção do aplicativo por 72 horas.

Pedido integra investigação criminal que prendeu executivo do Facebook.

A Justiça determinou o bloqueio do aplicativo Whatsapp por 72 horas. A medida começou a valer às 14h desta segunda-feira (2). Veja a seguir as principais dúvidas sobre o bloqueio:

#### **Quem bloqueou o aplicativo?**

A decisão foi do juiz Marcelo Montalvão, da Vara Criminal da Comarca de Lagarto, em Sergipe.

#### **Por que o bloqueio foi determinado pela Justiça?**

O bloqueio foi pedido pela Polícia Federal em uma investigação de tráfico de drogas porque o Facebook, dono do WhatsApp, não cumpriu uma decisão judicial anterior de compartilhar informações que subsidiariam essa investigação. Segundo a legislação brasileira, o descumprimento de decisões judiciais é punido. A recusa já havia resultado na prisão do presidente do Facebook para América Latina em março.

#### **Por que essa decisão é de um juiz da cidade de Lagarto (SE)?**

A investigação foi iniciada após uma apreensão de drogas na cidade de Lagarto, a 75 km de Aracaju. Segundo o delegado Aldo Amorim, membro da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal em Brasília, existe uma organização criminosa na cidade, e o não fornecimento das informações do Facebook está obstruindo o trabalho de investigação da polícia.

## **A decisão, por ser da Justiça comum, pode ter alcance nacional?**

Segundo especialistas, não há problema, pois a competência se deve ao fato de que há uma investigação criminal em curso na Polícia Federal. A Justiça em São Bernardo do Campo, no ABC paulista, também já havia determinado a suspensão do aplicativo, em dezembro de 2015, por descumprimento de uma decisão judicial de fornecimento de informações para uma investigação de uma quadrilha de roubo a banco.

## **Qual a fundamentação do juiz para bloquear o aplicativo?**

Segundo o juiz, a medida cautelar é baseada no Marco Civil da Internet, nos artigos 11, 12, 13 e 15, caput e parágrafo 4º da Lei 12.965/14. Os artigos citados pelo magistrado dizem que uma empresa estrangeira responde pelo pagamento de multa por uma “filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no país” e que as empresas que fornecem aplicações devem prestar “informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.”

## **O que é Marco Civil da internet?**

O Marco Civil da Internet é uma lei que funciona como uma Constituição para o uso da rede no Brasil. Ela prevê que os “provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações”. Mas essa norma ainda depende de regulamentação, o que, segundo especialistas, causa interpretações divergentes. Leia mais

## **A Justiça pode bloquear um aplicativo como o Whatsapp?**

Segundo Luiz Moncau, pesquisador e cogestor do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Direito Rio, existem alguns tipos de dados que as empresas são obrigadas a guardar, segundo o Marco Civil. Se a empresa se recusa a fornecer dados como as horas em que o sujeito utilizou o aplicativo, seu ID, com quem ele se comunicou, existiria uma obrigação de conceder esses dados. Um provedor de aplicações, como o Whatsapp, é obrigado a guardar esse tipo de informação por seis meses. “Já para outras informações, principalmente o conteúdo das mensagens, não existe obrigação de guardar. Seria extremamente grave

do ponto de vista da privacidade”, afirma.

### **Existe fundamento jurídico para bloquear o Whatsapp?**

Segundo Moncau, aparentemente houve uma “interpretação equivocada” do §3º do artigo 11 do Marco Civil, que determina que as empresas protejam a privacidade de comunicação. “Mas como não tivemos acesso à decisão, por ser segredo, fica difícil dizer. O que se pode dizer é que a questão é extremamente técnica e o juiz não está na melhor posição. Ele está olhando só para o caso concreto, por isso, surge uma decisão que é desproporcional. Não é uma decisão que afeta as partes do processo, está afetando o Brasil inteiro. E a gente não sabe nem o que está acontecendo”, afirma.

### **O que dizem as empresas sobre o bloqueio?**

Em comunicado, o WhatsApp disse que não tem as informações pedidas, mas não informou quais seriam elas, e afirmou que a decisão “pune mais de 100 milhões de brasileiros que dependem do nosso serviço para se comunicar, administrar os seus negócios e muito mais”. Segundo o Sinditelebrasil, sindicato das operadoras, todas as empresas – TIM, Oi, Vivo, Claro e Nextel – foram notificadas e afirmaram que vão cumprir a determinação judicial.

### **Como essa decisão pode ser revertida?**

Por se tratar de decisão de um juiz da Vara Criminal, é preciso que as partes interessadas recorram ao Tribunal de Justiça de Sergipe, para que um desembargador decida se mantém ou se derruba o bloqueio. Quando a suspensão foi determinada em São Paulo, o Tribunal de Justiça paulista determinou o desbloqueio a pedido da Oi. O desembargador Xavier de Souza disse, em sua decisão, que, “em face dos princípios constitucionais, não se mostra razoável que milhões de usuários sejam afetados em decorrência da inércia da empresa” em fornecer informações à Justiça.

### **Para quem vale o bloqueio?**

Para clientes de TIM, Oi, Vivo, Claro e Nextel.

### **O que acontece se as empresas não fizerem o bloqueio?**

A multa é de R\$ 500 mil em caso de descumprimento da ordem judicial.

Fonte: D'AGOSTINO, Rosanne. **Por que juiz pode bloquear WhatsApp no Brasil?** Veja perguntas e respostas. G1. Globo.com. São Paulo, 02 Mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/por-que-juiz-pode-bloquear-whatsapp-no-brasil-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso em 06 Jul 2016.

# A execução de alimentos e o novo sistema processual civil brasileiro

**Luiz Gustavo de Santana Matos Junior**  
**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Suzana S. S. Andrade**

**RESUMO:** JUNIOR, Luiz Gustavo de Santana Matos. A execução de alimentos e o novo sistema processual civil brasileiro. 2016, 25 f. Artigo - Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Ciências Empresariais. Santo Antônio de Jesus - BA. 2016

O artigo em comento tem como intuito a análise do instituto da execução de título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar. Neste sentido, contempla-se conceitos de diversos autores sobre o que seja “alimento”, as figuras que se apresentam nesta seara, quais sejam credor e devedor; os meios cabíveis para satisfazer tal obrigação, tendo em vista o inadimplemento da prestação; as dificuldades antes enfrentadas e as inovações perpetradas pelo advento de um novo sistema processual civil brasileiro, inaugurado pela lei 13.105 de 2015 (Novo CPC); as espécies de título executivo extrajudicial e a não necessidade de homologação pelo magistrado. Também é campo de discussão no presente trabalho a reflexão sobre a possibilidade de inscrição do nome do devedor de alimentos nos sistemas de proteção ao crédito – SPC, como uma forma de forçar o devedor a cumprir a prestação alimentícia. A missão maior é demonstrar que tal espécie de alimentos é essencial para a sobrevivência da pessoa necessitada, pois não se cumpre o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se não exercitar as garantias que induzam a uma dignidade material, que se enlaça na realidade fática do indivíduo. Para tanto, o trabalho valeu-se da metodologia em que compara legislação anterior e a vigente e utilizou os autores de obras doutrinárias, a saber: Maria Berenice Dias (2013), Pablo Stolze (2015), Carlos Roberto Gonçalves (2006) etc.

**Palavras-chave:** Alimentos. Dignidade da pessoa humana; Adimplemento; Execução; título executivo extrajudicial.

**ABSTRACT:** JUNIOR, Luiz Gustavo de Santana Matos. A execução de alimentos e o novo sistema processual civil brasileiro. 2016, 25 f. Artigo - Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade de Ciências Empresariais. Santo Antônio de Jesus - BA. 2016

The article under discussion is to order the analysis of the Institute of extrajudicial execution of execution that contains maintenance obligation. In this sense, it is contemplated concepts of several authors about what is “food”, the figures presented in this harvest, which is the creditor and debtor; the appropriate means to fulfill this obligation, in view of the breach of the provision; the difficulties faced before and innovations perpetrated by the advent of a new Brazilian civil procedural system, inaugurated by Law 13,105 of 2015 (New CPC); the extrajudicial execution of species and no need for approval by the magistrate. It is also field of discussion in this paper to reflect on the possibility of registration of food debtor's name in the credit protection systems - SPC, as a way to force the debtor to meet the food supply. The greatest mission is to demonstrate that this kind of food is essential to the survival of needy person, because it does not fulfill the principle of human dignity, the foundation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, if not exercise the guarantees that induce a dignity material that is snared in the objective reality of the individual. Therefore, work has earned the methodology that compares previous and current legislation and used the authors of doctrinal works, namely: Maria Berenice Dias (2013), Pablo Stolze (2015), Roberto Carlos Gonçalves (2006) etc.

**Keywords:** Food. Dignity of human person; due performance; Execution; extrajudicial execution.

## 1 INTRODUÇÃO

O ser humano, no decorrer da sua existência, celebra negócios jurídicos, constitui direitos e deveres perante o Estado e perante outros indivíduos. O ordenamento jurídico reconhece a força e validade desses negócios, tendo em vista o respeito ao princípio da *pacta sunt servanda*, ou força obrigatória dos contratos.

Toda pessoa que celebra um contrato, tanto oral quanto escrito, busca adimplir, satisfazer a obrigação, em razão da presunção de boa-fé negocial que se aplica ao Direito Brasileiro. Na hipótese de inadimplemento obrigacional, uma anomia comportamental, emana para o credor o direito de buscar a satisfação e cumprimento da prestação por meio da tutela jurisdicional do Estado, que exerce o poder coercitivo.

O dever de prestar alimentos funda-se no princípio da solidariedade familiar, em que os parentes devem ajudar uns aos outros no momento de necessidade que mais clama atenção. Tal obrigação de prestar alimentos é natural, pois emana da lei em sentido estrito e que, com ajuizamento de ação de alimentos cabível, se formaliza por meio de um pacto escrito, em que fica ajustado valor, data da prestação, o beneficiário. Logo, se a obrigação natural não é cumprida espontaneamente, o credor tem possibilidade de acionar o Poder Judiciário a fim de intermediar a busca da efetividade do direito.

No campo nuclear da sobrevivência humana, a análise de toda história permite inferir que, desde muito tempo atrás, o homem sempre necessitou de auxílio e cuidados por parte de outros indivíduos. Os alimentos podem ser definidos, numa análise breve, como um elemento essencial à sobrevivência. Neste sentido, autoriza-se afirmar que alimento é toda substância que o ser humano utiliza para nutrição, para saciar as necessidades biológicas fundamentais, mas que não se resume a essas características, tendo em vista que a maioria da doutrina elenca um rol bem mais amplo.

Este estudo pretende responder ao seguinte questionamento: “O Novo CPC promoveu avanços em prol da efetivação das condenações de alimentos?”

Cumpre anotar, logo no início dos trabalhos, que o objetivo geral deste artigo vislumbra analisar as alterações principais invocadas pelo Novo Sistema Processual Civil Brasileiro, instaurado pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, no tocante ao rito processual e suas aplicações na execução de alimentos. Neste sentido, essencial trazer à baila um

histórico das normas anteriores e das normas já plenamente em vigor, apreciando de forma crítica a efetividade real de tal procedimento executório.

No campo dos objetivos específicos, busca-se apresentar conceito jurídico acerca da execução de alimentos, definindo o que seja um título executivo extrajudicial. Ademais, se discutirá a necessidade ou não de homologação do título extrajudicial atinente à prestação alimentar e, por fim, serão apresentadas as inovações mais relevantes trazidas com o Novo CPC referente à matéria em exame.

A metodologia utilizada no presente trabalho se vale de pesquisa à Constituição Federal, aos Códigos de Processo Civil anterior e o atual, bem como consulta a vasta doutrina brasileira, bem como jurisprudência.

## **2 A EFETIVIDADE DA SATISFAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO ALIMENTAR ATRAVÉS DE UM NOVO PROCESSO CIVIL**

### **2.1 – CONCEITOS E PRINCÍPIOS**

A obrigação de prestar alimentos que o presente trabalho analisa, trata dos alimentos devidos em razão do vínculo de parentesco e/ou solidariedade familiar, que é o caso, por exemplo, do pai que busca alimentos do filho quando o primeiro está em situação de dificuldade financeira ou na idade avançada; e de outro lado, o filho pleiteando dos pais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei maior do nosso país, expressamente prevê em seu artigo 229 que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Face à supremacia constitucional, impõe-se a toda análise legal ou jurisprudencial, a nítida observância deste preceito, que há de orientar todos os ramos do direito.

Nesta senda, cumpre elencar o conceito elaborado pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2006), em que os alimentos representam as prestações periódicas fornecidas por alguém no intento de suprir as necessidades de outrem e assim assegurar a sua subsistência como uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo, sendo, portanto, a obrigação alimentar.

No entendimento do doutrinador Walsir Edson Rodrigues Junior (2007, p. 374), o termo alimentos “abrange também o vestuário, a habitação, assistência médica, enfim, todo o necessário para atender às necessidades da vida, e, em se tratando de menor, compreende também o que for preciso para sua educação e instrução”. Notoriamente é admissível incluir as despesas médicas, como medicamentos, consultas, cirurgias, assistência odontológica etc. Não se busca aqui entender para além dos limites e impor carga densa e difícil ao devedor, mas contemplar ao máximo possível (dentro do binômio necessidade e possibilidade) tudo o que pode ser feito tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

O doutrinador Orlando Gomes (2002), na obra intitulada “Direito de Família”, revela sua posição quanto ao conceito de alimentos, de certa forma mais ampla, em que os alimentos constituem prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão-somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

Tal espécie de alimentos é definida pela doutrina através do princípio da solidariedade familiar, em que os parentes mais próximos devem cumprir seu papel no auxílio dos que necessitam. A escusa injustificada no cumprimento da prestação alimentar autoriza, em uma extensão maior e severa, a prisão civil do devedor, pois tal crédito é essencial para a sobrevivência.

A segunda espécie de alimentos é a originada em ato ilícito, ou até mesmo lícito, mas que de alguma forma proporcione danos a alguém, tema este estudado sob a ótica da Responsabilidade Civil, o que não é objeto deste trabalho.

De qualquer sorte, alimentos são os devidos por um devedor a ser pagos ao credor, para satisfazer as necessidades de vida e sustento por determinado período.

O Código Civil de 2002 cuida do tema, estabelecendo regras gerais e específicas, bem como a Lei de Alimentos, lei 5478/68, a fim de ser possível buscar pelas vias jurídicas tal prestação. O conceito jurídico de alimentos e a sua exigibilidade rodeiam-se pela conjunção do critério binomial necessidade de “quem requer” e possibilidade de “quem presta”, ou seja, não existe um critério objetivo, matemático puro, nem

uma tabela para designar alíquotas e valores referenciais.

Mas também, como se verificará no decorrer do artigo, existe a previsão expressa de inscrição do nome do devedor de pensão alimentícia no cadastro de maus pagadores, através de ofício do juiz aos órgãos de proteção ao crédito, como o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, e com isso aplica-se restrição de crédito a tais pessoas inadimplentes.

Seguindo a linha conceitual aqui proposta, na intenção de compreender de forma cristalina o conceito de execução, necessário se impõe observar a evolução histórica do instituto em tela.

No trato dos negócios do dia a dia, celebração de contratos de diversas naturezas e objetos, é natural se esperar que se opere o adimplemento. Noutras palavras, se espera o cumprimento espontâneo das obrigações assumidas pelas partes contratantes.

Porém, nem todos querem cumprir com o que foi acertado, ocasionando problemas para algumas das partes, que têm um crédito violado. Por esta razão, o legislador previu hipóteses para que o credor pudesse exercitar a cobrança de um direito em juízo.

A execução revela-se como o meio cabível, legitimamente admitido pelo ordenamento jurídico, para a realização de cobrança de um crédito e tem como fundamento um título, ou seja, um documento que conceda o direito.

Notavelmente, assevera-se como essencial para propor execução a presença não duvidosa do inadimplemento do devedor e considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença ou a obrigação a que a lei atribuir a eficácia de título executivo.

Misael Montenegro Filho (2009) traz em sua obra um conceito de execução que bem explica o tema, ao apontar que a execução se revela como o instrumento processual posto à disposição do credor para exigir o adimplemento forçado da obrigação através da retirada de bens do patrimônio do devedor ou do responsável (no modelo da execução por quantia certa contra devedor solvente).

Tais bens, conforme se colhe do autor retro citado, hão de ser suficientes para a plena satisfação do exequente, operando-se no benefício deste independentemente da vontade do executado, e mesmo contra a sua vontade, conforme entendimento doutrinário unânime.

O título executivo extrajudicial pode ser reconhecido como tal,

desde que esteja presente no rol do artigo 784 do Novo CPC. Tem de conter em si algumas características, como ser líquido, certo e exigível. O caráter da certeza requer algo determinável ou determinado, logo há de ser presente a natureza da prestação, seu objeto, sujeitos etc. O documento que esteja incluso no rol do artigo mencionado não necessita passar pelo processo de conhecimento, podendo ser executado desde logo.

A liquidez requer um objeto prestacional apreciável, uma qualidade (o que se deve, o objeto) e a quantidade (quanto se deve). A exigibilidade tem a ver com a possibilidade jurídica, se é admitido ou não em direito, bem como a análise quanto ao termo inicial, condição suspensiva, tendo, assim, relação com o tempo (vencimento). A certeza se verifica quando no título executivo estiver retratada a natureza da prestação, o objeto e seus sujeitos, quais sejam credor e devedor, a espécie da obrigação (dar, fazer, entregar)

## 2.2 - TÍTULO EXECUTIVO NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Cumpre trazer à baila as espécies de títulos executivos, que são muitas, disciplinadas em rol taxativo de títulos, apenas dando azo a que, por lei, sejam criados outros. Mas não se pode afirmar que o rol seja exemplificativo, como o cheque, nota promissória, escritura pública assinada pelo devedor, dentre as quais, serão elencadas somente as que interessam ao presente tema, conforme se pode ver, da extração da Lei 13.105 de 16/03/2015 (Novo CPC):

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; (...) (grifo nosso).

No esteio do Código de Processo Civil (CPC) vigente, estampado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, não há que se falar em reforma das normas processuais, mas de fato, inaugura-se um Novo Sistema Processual Civil. Notadamente, há normas sem qualquer novidade, mera repetição do CPC de 1973. Mas o que se destaca é que se cuidou de tornar expresso aquilo que na prática já se aplicava.

A necessidade de normatizar expressamente pode ser valorada como uma tentativa de afirmar, de tornar cristalina a norma, de modo que não parem dúvidas, instauração, portanto, de um direito líquido e

certo, o que acontece na maioria das vezes, consubstanciado em norma expressa, o que antes era necessário se submeter à doutrina e jurisprudência.

O Código de Processo Civil de 2015, nos canais dos artigos 528 a 533, trata do tema em capítulo próprio denominado “Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos”. Neste momento, incumbe alertar que a execução almeja nada mais nada menos que o cumprimento da prestação, ou seja, que no plano fático, o credor receba o que é devido.

### 2.3– NÃO NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Na seara dos títulos executivos extrajudiciais, o Código de Processo Civil anterior (1973) exigia a prévia homologação dos mesmos, a fim de que tais documentos fossem submetidos à apreciação do Poder Judiciário para ensejar uma execução mais “sólida”. Tal razão se manifestava, pois, uma vez preenchidos os requisitos de formação do título, o mesmo já é suficiente para propor execução, não ingressando, portanto no processo de conhecimento.

Fique claro que, com o advento do Novo CPC, não é mais exigível a prévia homologação do título executivo extrajudicial, conforme apontado acima. Mas se a parte desejar buscar homologação, não há proibição nesse sentido.

Cumprе elucidar que há diversas possibilidades executórias, a saber: desconto em folha de pagamento, expropriação de bens ou até mesmo, a mais severa forma, que é a coerção pessoal, através da prisão do devedor.

Incumbe asseverar que só existem dois tipos de alimentos: os provisórios (fixados em decisão interlocutória) e os definitivos (fixados em sentença transitada em julgado).

No sistema atual, não há mais que se falar em alimentos provisionais (medida cautelar, preparatória, em que se observava os requisitos da fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) e o perigo na demora (*periculum in mora*), pela probabilidade do direito substancial invocado e o receio de perigo de dano próximo ou iminente). Tal dualidade (alimentos provisórios e provisionais) está superada pela vigência do Novo CPC.

Mesmo assim, tais expressões comportam observações. Não se entenda o termo “alimentos definitivos” como um dever prestacional “pétreo”, irrevogável ou imodificável”. A natureza da “definitividade”

se impõe pelo simples fato de haver sentença, em que não cabe mais recurso.

A fórmula a ser conjurada para encontrar um valor adequado e justo tem de levar em consideração dois critérios: necessidade e possibilidade. Naturalmente, se um dos dois se altera com o decurso do tempo, em que a prestação se torna insuficiente para suprir as necessidades do credor ou até mesmo difícil de suportar pelo devedor, há possibilidade de nova apreciação.

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), contempla tal previsão, fundando-se na realidade dos fatos e circunstâncias do caso concreto, em que se pode buscar a redução (quando excessivo), majoração (quando insuficiente) ou até mesmo a exoneração (quando provado não mais necessário), emoldurada pelo artigo 1.699, em que:

“Se, fixados os alimentos, *sobrevier mudança na situação financeira* de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

A Lei federal nº 5.478 de 1968 é o diploma legal específico que versa sobre os alimentos. No seu artigo 15, preceitua que “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

Tal tema é propício a discussões, das mais extensas na doutrina, sem dúvida. Na visão da doutrinadora civilista Maria Berenice Dias (2010), se encontra diante de uma expressão legal equivocada, pois “a possibilidade revisional leva à falsa ideia de que a sentença que fixa alimentos não é imutável”. Logo, para a referida autora, a assertiva não é verdadeira.

Berenice ainda cita Sérgio Gilberto Porto (2003), em que o autor assevera que “Estabelecida a obrigação alimentar, que envolve inclusive o estado familiar das partes, transitada em julgado, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo essa questão ser reexaminada”.

Maria Berenice persiste em esclarecer que face possibilidade de modificação da realidade das partes envolvidas, por se tratar a prestação de alimentos de uma relação jurídica continuativa, relação de trato diferido ou continuado, a sentença tem implícita a *clausula rebus sic stantibus*. A ação revisional é outra ação com objeto próprio, porque

diferente da causa de pedir, pois tal ação pleiteia modificação para mais ou menos no valor a ser prestado a título de alimentos.

Cumpra esclarecer que a intenção da ação de alimentos é a formação de um título (acordo extrajudicial, sentença), logo, há que se reconhecer que neste momento, há tão somente a obrigação natural, pois não formalizada ainda por documentos. Por sua vez, a execução de título extrajudicial relativo a prestação de alimentos busca efetivar o direito reconhecido por tal título, que já existe, ou seja, fazer com que o credor dos alimentos (quem necessita) possa ver o recurso do devedor ser revertido em proveito do credor, a fim de satisfazer suas necessidades de alimentação, estudo, saúde, educação etc.

### 3. INOVAÇÕES MAIS RELEVANTES DO NOVO CPC

A matéria a ser ventilada neste tópico impõe a apresentação de inovações substanciais mais expressivas, em que o Novo Código de Processo Civil (2015) contempla, de forma expressa, o que antes era atividade impulsiva da doutrina e da jurisprudência pátrias. Tais institutos muito bem nortearam a aplicação de um tema não regulado por legislação.

Incumbe destacar que uma das consequências do não cumprimento da prestação alimentar é a prisão civil. Tal tema é comentado pelo Jurista Baiano, Pablo Stolze (STOLZE, 2015), ao discorrer sobre a prisão civil do devedor de alimentos, em que explica que:

A prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, em face da importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é, em nosso entendimento, medida das mais salutares, pois a experiência nos mostra que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçada pela ordem de prisão.

Nota-se, desde já, que a jurisprudência se encarregou de conferir a tais medidas (penhora, desconto em folha de pagamento, prisão civil) uma ordem de preferência, pois a última medida (prisão civil) só será aplicada caso o devedor não pague espontaneamente, não justifique a impossibilidade ou não tenha bens que respondam pela dívida.

No campo de processo executório, o princípio da realidade ensina que os bens respondem pela execução. Não mais se admite prisão civil do devedor nas execuções em geral, só se admitindo exclusivamente no caso do devedor de alimentos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 sofreu “mutação constitucional” (alteração no sentido,

apesar de manter o texto intacto), com a inadmissibilidade doravante da prisão civil por dívidas, exceto as de natureza alimentar, pois o pacto de São José da Costa Rica assim prenuncia.

No tema em apreciação, calca-se a discussão sobre as prestações que não mais se enquadrem como recentes, a saber, as que ultrapassem os últimos três meses. Neste sentido caminha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, através da Súmula 309:

O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é a que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Falando neste momento em título executivo judicial, aquele que é formado por sentença, com o advento do Novo CPC, um novo entendimento se constrói, pois, o título executivo formado na sentença comporta não mais uma execução em processo autônomo, mas, de forma muito mais célere, com o pedido nos próprios autos, de cumprimento da sentença. Não enseja necessidade de citação, pois não mais é processo novo.

A lei de alimentos nº 5478/1968, através do artigo 20, admite a possibilidade, na busca de bens do devedor. Para tanto, o credor pode se valer de pesquisa junto à Receita Federal, para obter informações e dados para encontrar o endereço do executado, cujo texto mostra que as repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução dos processos previstos nesta lei e à execução do que for decidido ou acordado em juízo.

Na demonstração de como os Tribunais vem compreendendo e aplicando o citado artigo 20 da Lei de Alimentos, verifica-se a plena possibilidade, confirmando que não somente a Receita Federal, mas os órgãos públicos devem colaborar para prestar as informações necessárias ao processo de alimentos, conforme se observa na Jurisprudência colacionada abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - INDEFERIMENTO DE REQUISIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL - POSSIBILIDADE. 1 - Nos termos do art. 20 da Lei nº 5.478/68, estão os órgãos públicos, incluída a Receita Federal, obrigados a prestar informações necessárias à instrução dos processos relativos a alimentos, o que torna desnecessário a exequente comprovar ter esgotado todos os meios para localizar o devedor ou bens de sua propriedade. 2 - Recurso provido. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0027.05.062433-0/001. Relator: Desembargador Edgard Penna Amorim. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 14.06.2007. Data da Publicação: 02.08.2007).

Insta enunciar que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de

março de 2015) inovou ao trazer uma nova possibilidade, qual seja a inscrição do nome do devedor de alimentos no rol de maus pagadores, conforme disposto a seguir:

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

§ 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. (grifo nosso)

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial. (Novo CPC, BRASIL, 2015)

A análise do dia a dia das atividades forenses permite inferir que a execução que se calca na expropriação de bens do devedor na busca incessante da satisfação desse crédito alimentar tem resultado em medida menos eficaz, tendo em vista que muitos dos executados fogem dos deveres, dilapidam o patrimônio, colocam em nome de terceiros, fazendo com que a execução seja infrutífera.

Neste sentido, a nova disposição legal, contida nas normas do Novo Código de Processo Civil de 2015, tem caráter nitidamente efetivo, pois busca resolver os conflitos de modo mais eficaz, com resultado prático mais benéfico para as partes, pois busca a conciliação e mediação antes de tudo. Impõe ao julgador o dever de buscar das partes a possibilidade de resolver o litígio consensualmente.

A missão do legislador, da doutrina e do julgador é unir forças para encontrar o meio mais efetivo em cada caso, seja bloqueando valores na conta bancária, seja realizando a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Pode-se contar também com o apoio da Receita Federal na obtenção de informações, como o endereço do executado, para que este seja localizado, e assim não tenha a execução um conteúdo nitidamente fantasioso e infrutífero, o que resultaria em prejuízos sérios para o alimentando que necessita da verba alimentar para sobreviver.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se afigura pretensão do artigo em tela o esgotamento do

tema de execução de alimentos e a sua relação especial com o Novo Sistema Processual Civil Brasileiro. O tema encontra-se em constante modificação, tendo em vista as produções legislativas que muito se avolumam no Brasil.

A crítica mais relevante que se deve observar é que, não obstante o Novo CPC inovar ao admitir a inscrição do devedor de alimentos no rol de maus pagadores, cumpre esclarecer que não se trata de sanção pura, pelo descumprimento de uma obrigação, tendo em vista que não é pena, não existe um prazo fixado para cumprimento. Tal situação se manterá enquanto não for paga a dívida.

Na sociedade é muito comum ouvir que o Poder Legislativo deve criar normas mais severas para inibir o descumprimento. A realidade é que podem vir leis mais rígidas, penas mais densas, não se elimina totalmente a vontade de descumprir a lei. A conscientização, todavia, funciona como um efeito redutor, para que as pessoas compreendam que é necessário, melhor, cumprir espontaneamente as obrigações, evitando levar toda demanda ao Poder Judiciário.

O que parece mais acertado é incentivar conciliação, minimizando litígios. A cultura influencia o homem. Logo, quando existir no homem o sentimento de “dever cumprir” um comportamento qualquer, não se preocupando tão somente com a sanção, mas por realizar o que deve ser feito, a judicialização será minimizada.

O Novo CPC busca a conciliação entre as partes, pois é a melhor forma de extinguir um processo, conforme preceituado em seu artigo 3º, § 3º, em que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O dever de prestar alimentos não deve ser distribuído por aí livremente. Tal imposição que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais cometem a alguém em virtude do parentesco há de observar a necessidade de quem pleiteia, tendo em vista o custo com alimentação propriamente dita, estudos, lazer, saúde. Não há como proclamar e garantir uma vida digna se não assegurar o mínimo existencial. Logo, havendo parentes, não é o Estado que deve prestar, mas os parentes.

Neste momento de conclusão, impõe-se registrar que o Novo CPC apesar de ser imperfeito, traz novidades (inscrição do devedor de alimentos no rol de maus pagadores; não necessidade de homologação

do título executivo extrajudicial), e tudo isso propicia maior efetividade nas condenações, qual seja, o dinheiro de fato chegar às mãos do credor necessitado.

## REFERÊNCIAS

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em Senado. Consulta em 17 de junho de 2016.

**Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em Senado. Consulta em 17 de junho de 2016.

**Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em Senado. Consulta em 17 de junho de 2016.

**Código Civil de 2002.** Disponível em Senado. Consulta em 17 de junho de 2016.

Dias, Maria Berenice. 2013. **Alimentos aos Bocados. Revista dos Tribunais.**

DIAS, Maria Berenice. **A reforma do CPC e a execução de alimentos.** Disponível na Internet: < <http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A prisão civil do devedor de alimentos.** Disponível na Internet: < <http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 6. Pablo Stolze, pag .607

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família.** v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2007.

GONCALVES, CARLOS ROBERTO. **Curso de Direito Civil**, 2006, p.441

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Os Alimentos e a Transmissibilidade da Obrigação de Prestá-los. Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 37. Porto Alegre: 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Coisa julgada no processo de família**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2717, 9 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17984>>. Acesso em: 15 jun. 2016

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108)

FILHO, MISAEL MONTENEGRO. **Teoria Geral dos recursos em espécie e processo de Execução**, 5ed. São Paulo, Atlas, 2009

STOLZE, PABLO. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 6, pagina 607, 2015

GOMES, Orlando. **Curso de Direito Civil**. 14ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, página 200.

# A evolução dos valores jurídicos na constituição da família como garantia da dignidade da criança e do adolescente

Vanusa Santos Correia Ferreira<sup>1</sup>

**Resumo:** Nos últimos anos é possível perceber uma mobilização das várias espécies de famílias existentes na sociedade brasileira, todas com o intuito de buscarem igualdade de direitos, bem como, o respeito às suas especificidades. Assim, objetiva-se no presente artigo destacar a evolução dos valores jurídicos no instituto da família, esta influenciada pelas mudanças que ocorrem no âmbito social e natural, bem como de outros fatores determinantes, como a busca da realização pessoal do indivíduo. Portanto, as considerações feitas apontam que o instituto da família tem como característica marcante a sua constante evolução, destinado a ser o primeiro espaço social de acolhimento e expressões do indivíduo. As mudanças demonstram que o afeto tem sido o norteador da garantia da Dignidade da Pessoa Humana além da sua influência na formação da personalidade da criança e do adolescente, porém não tem sido o valor jurídico principal para a normatização do Instituto da Família. Para tanto, o presente trabalho fundamenta-se em, Paulo Luiz Netto Lobo (2002), Friedrich Engels (1884), Flávia Piosevan (2000), Ingo Wolfgang Sarlet (2001) entre outros.

## 1. INTRODUÇÃO

A família nunca foi uniforme, desde o período primitivo ao atual, o referido instituto sofre alterações históricas e culturais.

Em cada cultura, fatos sociais e naturais foram percebidos diversamente. Em algumas comunidades, a morte enquanto ocorrência natural asseverava o fim de um contexto familiar, todavia, contemporaneamente, compreende-se pela continuidade da família, sob novo formato, o monoparental, quando a família tinha como base o matrimônio.

Quando as mudanças ocorrem no âmbito social, estas sofrem influência da cultura, da crença religiosa, da mídia, além de outros fatores determinantes, como a busca da realização pessoal do indivíduo. Ora, o instituto da família tem como característica marcante a sua constante evolução, destinado a ser o primeiro espaço social de acolhimento e expressões do indivíduo. A forma como esses indivíduos se organizam para atender às suas necessidades e desejos, inclusive, dentro dos seus grupos sociais, constitui aquilo que se chama de cultura.

Por isso mesmo, que no ambiente familiar o ser humano se distingue dos demais animais, tendo em vista que está sempre suscetível às escolhas dos seus caminhos e orientações, formando grupos nos quais

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Empresariais- FACEMP. Vanusacorreiadv@hotmail.com

irão formar a sua personalidade.<sup>2</sup>

O atendimento às necessidades e desejos, bem como o que alguns autores tratam como felicidade<sup>3</sup>, é sem sombra de dúvida o ponto propulsor para o permanente processo de mudança da família, por tal motivo é que se tem visto inúmeros modelos de famílias, e todas com o mesmo desejo: ser feliz.

Historicamente, a forma hegemônica de família tem o seu início com pai e mãe. No entanto, após a formação desses fortes vínculos iniciais, assumem papéis principais também, as pessoas que vivem o cotidiano: avós, irmãos, padrastos, madrastas, professores, amigos, educadores, vizinhos, médicos entre outros, com o objetivo de contribuir para formação e o bom desenvolvimento da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988 especificamente em seu artigo 1º, III tem como fundamento o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio tem como objetivo propiciar proteção aos destinatários dos novos modelos familiares, ou seja, proteção direta aos cidadãos. Isso leva a crer que a pluralidade de famílias existentes na sociedade brasileira deve ter primordialmente o amparo e a segurança por parte deste princípio, ensinando o alcance da felicidade no vínculo familiar.

Dignidade da pessoa humana comporta um sentido para cada grupo de identidade. Homoafetivos, cristãos, negros, mulheres, crianças, etc. Neste sentido, o código civil de 2002 comporta uma abrangência ao conceito do homem médio, que era um padrão para todos, mas em vista à racionalidade ética propõe-se à alteridade (Enrique Dussel).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, afirmam que:

**Não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas** que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. “STOLZE, PABLO. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. VOL. 6. 3ª ED, 2013.P. 39.” (grifou-se).

Portanto, para tratar sobre a pluralidade da família, suas mudanças na sociedade e no Ordenamento Jurídico Brasileiro, dividiu-se este trabalho em quatro capítulos, o qual terá como objetivos específicos: Fazer um comparativo histórico analisando a evolução dos valores jurídicos na entidade familiar; Identificar o papel da família e sua importância para garantia da dignidade da criança e do adolescente e Analisar a influencia do afeto na formação da personalidade da criança

2 CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Famílias. Vol. 6, 5ª Edição. Ed. Juspodivm. Pag. 38

3 Por exemplo, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze. Direito de Família, vol. 6.2013.

e do adolescente.

Assim, no decorrer do trabalho, será utilizado o método dedutivo, buscando responder o seguinte questionamento: o afeto é considerado um valor jurídico e a causa fundamental para o reconhecimento e garantia da dignidade da criança e do adolescente nas novas espécies de família?

O primeiro capítulo irá abordar as famílias na pré-modernidade, demonstrando o caráter histórico e variável daquele instituto. Deste modo, busca-se investigar que a família tem seu traço histórico e seus valores jurídicos distintos no decorrer do tempo.

Quanto ao segundo capítulo, o presente trabalho visa explorar os valores jurídicos que constituíram a família no Código Civil de 1916, como eram tratados os indivíduos em sua totalidade.

Por outro lado, no capítulo terceiro, serão abordados os valores jurídicos reconhecidos na Constituição Federal de 1988, seu desdobramento nas legislações posteriores e Emendas Constitucionais. Ademais, tratar-se-á da influência da constituição em outras normas como o Código Civil de 2002 que altera diversos conceitos, adequando-se ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por último, no capítulo quatro, analisará a importância do afeto nas relações familiares para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, bem como a sua influência na formação da personalidade da criança e do adolescente.

## 1. A FAMÍLIA NO PERÍODO PRIMITIVO

Neste capítulo será analisado o caráter histórico e variável da família. No período primitivo as famílias eram constituídas através de relações sexuais sem entraves, ou seja, não existiam as limitações proibitivas que se conhece hoje. As relações sexuais eram recíprocas entre ascendentes e descendentes, de modo que não se sabia quem era o pai de determinada criança, ficando esta sob a responsabilidade de toda a comunidade.

Neste sentido, Friedrich Engels, (1884, p.7) afirma que “houve uma época primitiva em que imperava o comércio sexual promíscuo”, de modo que cada mulher pertencia<sup>4</sup> igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres. Isso acontecia ante a prática da po-

---

<sup>4</sup> Polândria: união entre uma mulher e mais de um homem.

ligamia entre os homens e a poliandria entre as mulheres. Tal formato possibilitou relações hoje tidas como incestuosas e que descaracterizam nossos modelos familiares atuais.

Neste estado de “prosmicuidade” formaram-se famílias, as quais os filhos eram comuns a todos, logo, o dever de proteger e educar as crianças também era recíproco a toda comunidade. (ENGELS, Friedrich. 1884 p.7)

Ocorre que, a relação sexual havida entre ascendentes e descendentes ensejava o cometimento de doenças hereditárias<sup>5</sup> e más formações aos recém-nascidos, e isso ocasionou a exclusão dos direitos e deveres do casamento entre os sujeitos mencionados.

Diante disso, a referida exclusão foi o surgimento do primeiro progresso na organização da família.

### 1.1. A FAMÍLIA PUNALUANA- HAVAÍ SÉCULO XIX

Se o primeiro progresso na organização da família, segundo Engels (1884) consistiu em excluir os descendentes e ascendentes das relações sexuais recíprocas, o segundo foi à exclusão dos irmãos e os irmãos colaterais em segundo grau, que hoje conhecemos como primos.

De acordo com Engels (1884, p. 07) a exclusão dos irmãos da relação sexual mútua foi de grande relevância, no entanto com mais dificuldade que a exclusão dos ascendentes e descendentes dadas a maior igualdade nas idades dos participantes.

A referida exclusão se deu inicialmente entre os irmãos uterinos<sup>6</sup> e depois gradativamente, uma vez que a exclusão tornou-se regra geral, estendendo a proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais, tendo como objetivo principal a ruptura da má formação congênita.

Nesta entidade familiar, um ou mais grupos de irmãos convertiam-se no núcleo de uma comunidade, e seus irmãos carnais, no núcleo de outra. O que ensejava o surgimento de uma nova família, na qual a mulher transferida era chamada de “*punalua*” que quer dizer companheiro íntimo ou como quem diz “*associê*” (ENGELS, 1884), e todos os homens desta nova família a tinha por esposa, conhecido como casamento por grupo<sup>7</sup>, e consequentemente os filhos seriam comuns a todos os homens

5 Segundo o Dr. Ciro Martinhago, especialista em genética médica - CRM 102030/S, “A doença hereditária, como o nome já diz, é herdada. Uma herança genética que é transmitida entre gerações e que vai se manifestar em algum momento da vida, com diabetes ou obesidade, com hipertensão ou alergia. A doença faz parte da genética familiar e nesse caso não é doença genética. É hereditária.”

6 Irmãos por parte de mãe.

7 Trata-se da união conjugal em massa de toda uma classe de homens em que todos da tribo tinham o direito de possuir sexualmente determinada mulher.

do grupo familiar. Trata-se, portanto, de uma forma de família comunitária, todavia, diferente da família primitiva.

Diante disso, Engels afirma que,

“em todas as formas de família por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Ainda que ele chame filhos seus a todos os da família comum, e tenha deveres maternais para com eles, nem por isso deixa de distinguir seus próprios filhos entre os demais. É claro, portanto, que em toda parte onde existe o matrimônio por grupos a descendência só pode ser estabelecida do lado materno, e, por conseguinte, apenas se reconhece a linhagem feminina” (ENGELS, FREDERICH. A ORIGEM DA FAMÍLIA DA PROPRIEDADE PRIVADA E DO ESTADO, 1884, P.08)

Assim, embora a família tenha sido constituída através do casamento por grupo, e não soubesse quem era o pai, tal circunstância não servia de empecilho para o cuidado e educação por parte do suposto pai.

## **1.2. FAMÍLIA SINDIÁSMICA- AUSTRÁLIA SÉCULO XIX**

A experiência histórica mais atual, no século XIX, permitiu que o casamento por grupos tornasse inviável, considerando que as tribos, clãs e gens (tribos ligadas pela consanguinidade) já haviam utilizado de todos os meios possíveis para impedir os deveres do casamento entre irmãos, filhos e qualquer parente sanguíneo, seja qual for o grau, dando ensejo à família sindiásmica, através da união por pares. (ENGELS, 1984).

As uniões por pares tinham duração mais ou menos longa, em que um homem vivia com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuavam a ser um direito dos homens, por serem considerados guerreiros e valentes. Apesar de a poligamia ser raramente observada, por causas econômicas, exigia-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. (Engels, 1984,10)

Por fim, o vínculo conjugal dissolvia-se facilmente, voltando os companheiros a ter o direito de casar-se novamente com quem quisesse, no entanto, os filhos pertenciam exclusivamente à mãe, diferentemente do que ocorre nos dias hodiernos, em que há a possibilidade da guarda compartilhada.

## **1.3. GENS GREGA**

Enquanto nas famílias anteriores não havia exceção para o casa-

mento dentro do grupo familiar, na Gens Grega, tornou-se obrigatório o casamento da jovem núbil<sup>8</sup> para evitar a saída das riquezas, sendo esta a única exceção, desde que a jovem fosse herdeira. (Engels, 1984,25)

Frisa-se que a exceção exposta acima, foi consequência da cessão do direito materno ao paterno, em que a fortuna de uma rica herdeira que se casa, passa ao marido dela, ou seja, a outra gens.

Com a ascensão da economia, observa-se o começo da decadência da organização gentílica<sup>9</sup>, dando lugar ao direito paterno, com herança dos haveres pelos filhos, facilitando a acumulação das riquezas na família e tornando esta um poder contrário à gens, inserindo a diferenciação de riquezas, repercutindo sobre a constituição social pela formação dos primeiros rudimentos de uma nobreza hereditária e de uma monarquia.

Diante disso, com o surgimento da economia, os indivíduos dão lugar ao individualismo e ao egoísmo, como consequência a família vai perdendo o seu sentido comunitário, passando a ser uma família baseada na hereditariedade onde o principal fator é a herança. Assim, tais circunstâncias impediram que cada um dos membros da entidade familiar pertencesse ao seu âmago, bem como a integração de sentimentos, esperanças e valores.

Insta salientar que a família nunca teve um caráter unívoco, tendo, portanto variado ao longo das eras e das regiões. A dignidade das pessoas, não foi constituída em um sentido histórico de linha reta, de forma que podemos refletir que em algumas eras passadas a família estava mais bem estruturada para cuidar dos seus membros que contemporaneamente em povos ditos avançados.

## 2. A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Como demonstrado no capítulo 01(um) a família é um traço histórico. As leis estão em conformidade com a realidade social. Deste modo, as legislações devem se adequar às mudanças sociais, crenças e materializar na forma de leis. A família nuclear<sup>10</sup> está demonstrada nesse capítulo.

O código civil de 1916 tinha a família como organização social

8 Segundo o Dicionário online de Português: Que já possui a idade necessária para se casar; que já se pode casar.

9 Caracteriza-se pela existência de uma estrutura comunitária com predomínio de laços parentais e produção autossuficiente, sendo a propriedade de usufruto coletivo.

10 A família nuclear tem como principal característica o fato de ser um conceito de família que foi desenvolvido no Ocidente para se referir ao grupo familiar que é formado por: pai, mãe e filhos. (MÉNDEZ, Sebastián Errico)

essencial à base do sistema que era constituída apenas através do matrimônio e tinha no homem a grande figura do núcleo familiar. A mulher por sua vez, era mera colaboradora, considerada relativamente incapaz (art. 6º, II do Código Civil de 1916), dando-se margem ao entendimento de que o intuito do legislador era deixar a mulher sempre sob o comando masculino.

Observa-se que a família tida como base do sistema estava acima da realização do indivíduo. Deste modo não se permitia o divórcio, pois manter a família era mais importante que a realização dos indivíduos. Em contextos como estes, como seria a educação e realização das crianças e adolescentes filhos de casais insatisfeitos?

O Código Civil refletia valores patriarcalistas, o pátrio poder era exercido pelo homem, e em casos excepcionais pela mulher, como em caso de morte. Neste sentido, o artigo 233 combinado como artigo 240 do referido código designava o marido como único chefe da sociedade conjugal, enquanto à mulher era atribuída apenas a função de colaboradora no exercício dos encargos da família, conforme demonstrado adiante.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Importante frisar que, a família era matrimonializada, ou seja, se constituía através do casamento, entre um homem e uma mulher. A monogamia era um traço marcante no relacionamento familiar, não sendo tolerada qualquer outra forma de relacionamento, como o concubinato, a união estável e conseqüentemente a filiação fora do casamento.

Os legisladores à época, ao codificar o casamento inseriram direitos e deveres dos cônjuges, regime de bens, impedimentos para a sua realização, como por exemplo, a vedação do casamento entre ascendente e descendente, bem como entre os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, até o terceiro grau<sup>11</sup>, bem como a vedação ao divórcio.

Quanto à filiação, havia uma evidente distinção entre filhos legí-

---

11 Artigo 183, I e IV do Código Civil de 1916.

timos e ilegítimos, adotivos e naturais, tendo inclusive que ser registrada tal situação no assento de nascimento. O artigo 359 do CC/16 deixava expressa a impossibilidade do filho, havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, residir no lar conjugal sem que houvesse o consentimento do outro cônjuge.

Ora, sob a luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) pode-se examinar se a criança e o adolescente podem ser tratados de forma indigna em relação à outra, apenas por suas raízes? Estaria então a família nuclear acima da proteção ao indivíduo?

A CRFB/88 garante a igualdade formal aos indivíduos. No Código de 1916 estava impregnada a preocupação com o patrimônio e com a honra dos indivíduos, pouco importando com a dignidade destes, seja no seio familiar ou na sociedade. Deste modo a igualdade material se mostra prejudicada.

Além disso, o art. 358 rezava que os filhos incestuosos e os adúlteros não poderiam ser reconhecidos. Como ficava a situação desta criança e adolescente, que tinha a sua acolhida e dignidade negadas em detrimento da honra?

Em comparação com as famílias *punaluana* e a *sindiásmica*, não nucleares, o compromisso com a dignidade e a proteção de seus membros estava acima, da consanguinidade e da honra, baseando-se apenas na educação e cuidado das crianças e adolescentes por meio da coletividade.

Pergunta-se então qual o valor maior: a preocupação com a honra objetiva ou a dignidade da criança e adolescente?

Não se pode olvidar que, enquanto não havia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, ou ainda, o consentimento do outro cônjuge para que a criança ou o adolescente (filho ilegítimo, bastardo, incestuoso, espúrio e adotivo), fosse residir no lar conjugal, tais indivíduos ficavam nas ruas, a mercê da criminalidade, da violência, da tortura e isso ocasionava sérios problemas sociais e políticos.

Diante de tamanho problema, em 1979, aprovou-se o Código de Menores, através da Lei nº 6.697 de 1979, que regulava a assistência, à proteção e à vigilância a menores. Essa lei criou a adoção plena, reconhecendo os direitos sucessórios ao adotado e adoção simples, deferindo ao adotado metade dos bens que coubesse ao filho legítimo.

O Código de Menores foi criado com o objetivo primordial de regularizar a situação dos meninos e meninas encontrados nas ruas dos grandes centros urbanos. Estes eram considerados menores irregulares.

Estes menores abandonados são frutos de uma sociedade individualista que não estariam sob o compromisso de uma família comunitária.

Insta salientar que, a aprovação da referida lei esteve atrelada a questões de segurança pública e não à proteção integral às crianças que se encontravam em situação de risco. Trata-se de uma percepção fundamentada em uma cultura patriarcalista e patrimonialista, onde os interesses econômicos falavam mais alto que os interesses sociais. Este é um dos problemas da família nuclear, a perda de responsabilidade social pelos seus pares. Seria a família nuclear um avanço quando se transfere a responsabilidade e acolhimento dos cidadãos?

O artigo 326 do CC/16 estabelecia a guarda ao cônjuge inocente em caso de desquite judicial, pouco importando o sentimento da criança. Vejamos:

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. (grifou-se)

Por outro lado, sendo os dois cônjuges considerados culpados, os filhos eram separados de acordo com o sexo e a idade. Se meninas, enquanto estivessem menores ficaria sob a guarda da mãe. Quanto aos meninos, estes ficariam sob a responsabilidade da mulher até completar seis anos, depois eram entregues à guarda do pai, era o que previa o §§ 1º e 2º do CC/16, sendo a guarda atrelada à culpa na separação e não ao bem-estar da criança.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Mais tarde, em 1962 foi alterado os §§ 1º e 2º do artigo 325 através da lei 4.121, o qual estabeleceu que os filhos menores ficassem sob a guarda da mãe, desde que tal circunstância não trouxesse prejuízo moral para as crianças. Além disso, o legislador à época disciplinou que, em não podendo os filhos permanecer sob poder do pai ou da mãe, o juiz deferiria a guarda a pessoa da família de qualquer dos cônjuges, ainda que não mantivessem relações sociais. Vejamos:

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

Diante do exposto, percebe-se que a família do Código Civil de 1916 era apenas um grupo de indivíduos ligados pela consanguinidade sem sentido, sem carinho, sem vínculos reais, pouco importando a relação afetiva entre os integrantes do referido grupo, principalmente no que tange a criança e o adolescente.

Assim, o patrimônio e a honra objetiva eram os valores jurídicos presentes nas famílias disciplinadas pelo Código Civil de 1916, o que por si só restringe a busca da realização pessoal do indivíduo bem como a garantia da dignidade da pessoa humana.

### **3. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, OS NOVOS VALORES JURÍDICOS E A FAMÍLIA.**

A Constituição Federal de 1988 traz novos valores jurídicos, tendo como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana. Mais tarde, matérias antes só tratadas pelo Código Civil de 1916 ganham previsão constitucional e assim o Código Civil de 2002 tem sido interpretado à luz da Constituição. Isto é um fenômeno denominado constitucionalização do Direito Civil ou Direito Civil constitucionalizado, que rompe com o modelo familiar patriarcalista e patrimonialista. Como diz Lôbo (2002, p.2): “[...] a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”.

Esta legislação magna foi base para a construção da dignidade da pessoa humana que teve em vista o reconhecimento das pluralidades de entidades, assim.

Para Stuart Hall, há três concepções diferentes de identidade que emergem em épocas distintas da nossa história recente. No Iluminismo preferia-se uma identidade centrada em um núcleo essencial e imutável, sendo o homem igual durante toda sua existência. Talvez essa ainda seja a concepção do Código Civil Brasileiro. Porém, essa noção de sujeito perdeu importância ante a chamada identidade sociológica, em cuja construção se percebe a franca influência das relações intersubjetivas, culturais e ainda pertinentes aos elementos históricos na formação identitária da pessoa.

O sujeito sociológico desenvolve-se a partir de sua essência em constante diálogo com o outro,

sendo a alteridade um importante marco na construção da identidade. O sujeito pós-moderno, por sua vez, subverte uma e outra concepção. Sua identidade é plástica, fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial. Há elementos cambiantes historicamente construídos que alteram a percepção de identidade imutável e permitem a emergência de um sujeito em perene construção. (BEZERRA, JOYCEANE DE MENEZES, GONÇALVES CAMILA FIGUEIREDO OLIVEIRA, PG. 02.)

Vale ressaltar que, embora a Constituição tenha sido promulgada em 1988, somente em 2010 através da Emenda Constitucional 65/2010 que foi abrangido o conceito de família, baseada na igualdade e no afeto entre os indivíduos. Vejamos o artigo 226.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Grifou-se)

Não se pode olvidar que, enquanto estava acontecendo a promulgação da CRFB/88 o Código Civil de 1916 ainda estava em vigor com seu conteúdo patrimonialista. Por isso mesmo que, o direito de família levou um bom tempo para que fosse adequado à realidade social, só vindo a ser disciplinado na Carta Magna em 2010.

Assim, o direito de família adotou vários princípios, consequentemente abrangendo o seu conceito baseando-se a união dos indivíduos no amor recíproco.

Ademais, apesar de estar previsto no artigo 226 CRFB/88, precisamente no parágrafo 4º, o qual entende também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o conceito de família vem ganhando espaço com o passar do tempo na sociedade brasileira, indo além da presença de qualquer dos pais.

Embora explicitadas, as novas entidades familiares na CRFB/88 quais sejam união estável e da comunidade monoparental, estas não são *numerus clausus* (LOBO, 2002), considerando que os indivíduos estão sempre em busca da sua realização pessoal e amor recíproco, enquadram-se na modalidade de família que mais si identifica, quais sejam:

### **a) Família Matrimonial**

A família matrimonial estava disciplinada no Código Civil de 1916, a qual só era constituída a partir do casamento entre um homem

e uma mulher, em que, a não observância de tal requisito era tida como família ilegítima.

### **b) Família Monoparental**

A família monoparental prevalece o vínculo de parentesco de ascendência e descendência, tendo em vista que, é constituída por um dos pais e seus descendentes. Esta família está prevista na CRFB/88 no §4º do artigo 226.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

### **C) União Estável**

Para Rizzardo (2007, p. 891) a união estável consiste em “uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio”.

Este modelo de família está reconhecida na Carta Magna de 1988, precisamente no artigo 226, § 3º, tendo a união estável como entidade familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Além disso, o Código Civil de 2002, também passou a regular a matéria, vejamos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

### **d) Família Substituta**

Consiste em substituir a família natural da criança, adolescente e até mesmo de adultos (adoção de maiores).

Insta salientar que a referida substituição poderá ocorrer em caráter temporário ou permanente.

Previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 19, o qual dispõe que, toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família, seja ela biológica ou substituta.

### **e) A família anaparental**

A família anaparental é aquela sem a presença de pais. Embora na família anaparental tenha a presença da parentalidade, esta não possui vínculo de ascendência e descendência, baseando-se no afeto familiar.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, tal instituto se dar com,

“união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe, que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;”

### **f) Família Pluriparental/Mosaico**

É uma espécie de entidade familiar que resulta da pluralidade de relações parentais. De acordo com Dias (2006, p. 47) esta entidade familiar é constituída a partir do desfazimento de relações ensejadas por separação, divórcio, dissolução de união estável ou até mesmo viuvez. Assim, estas famílias que outrora foram dissolvidas, se unem a outros indivíduos e constituem novas famílias, ou ainda, se unem a outras famílias que também se desmembraram por motivos semelhantes e acabam por criar novos vínculos familiares.

### **g) Família Eudemonista**

Segundo Andrade (2008):

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão para qual os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais de um núcleo familiar.

Na mesma perspectiva Lobo (2002, p.138), afirma que, “A família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

Ainda para o mesmo autor, a família eudemonista também pode ser,

[...] a união de pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; ( LOBO. 2002, p.138)

Assim, o vínculo entre os integrantes desta entidade familiar é afetivo e não somente jurídico ou biológico.

### **h) Família Homoafetiva**

É a família constituída por pessoas do mesmo sexo. Está presente

nos meios sociais e é reconhecida, embora sem legislação. O reconhecimento na união homoafetiva como união estável se deu através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Segundo o Ministro Marco Aurélio,

“Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal.”

Assim, o reconhecimento da união homoafetiva, como união estável, ensejou mais uma espécie de família na sociedade brasileira.

Ora, diante das inúmeras possibilidades e diversidade de famílias, não se pode ter como elemento exclusivo para a sua constituição o casamento, tal instituto teve total importância para formação da família nas constituições anteriores, pois era uma maneira de reprimir qualquer tipo de família considerada ilícita.

De acordo com Gustavo Tepedino (1997, p. 56),

“A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, **para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento** como um bem em si mesmo, enaltecido como instituição essencial”. (grifou-se)

De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior Nunes (2006, pg. 511), a Constituição buscou a integral proteção da criança e do adolescente devido,

“o país vivia um momento social difícil, em que havia marginalização da criança, que era colocada de lado, no processo de integração social. Tal preocupação fez com que o constituinte de 1988 destinasse longo capítulo à família, à criança e ao adolescente”.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 considera o direito à convivência familiar e comunitária um direito fundamental da criança e do adolescente. (Artigo 227 da CRFB/88). Este direito também encontra respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19, o qual regulamenta o referido dispositivo constitucional, determinando que toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Além disso, há de se observar que as crianças e adolescentes devem ter assegurado prioritariamente pela família o direito à convivência familiar, à liberdade, ao respeito, à cultura e à dignidade. É o que prevê o artigo 227 da CR/88, vejamos:

**"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."** (grifou-se).

Não diferente o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, preconiza o direito de liberdade da criança e do adolescente, esta liberdade abrange principalmente o direito à convivência familiar, seja ela legítima ou não, não cabendo qualquer tipo de discriminação.

**"Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos [...] V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;"** (ECA-Art. 16.) (grifou-se)

Para Pablo Stolze Gagliano (2013, p. 38),

*"a família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos".*

O jurista supracitado tem total razão, principalmente quando no ambiente familiar tem indivíduos em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (criança e adolescente), sendo tal instituto responsável pela realização do sujeito e sua identificação.

Assim, a evolução jurídica no Brasil, após a promulgação da CRFB/88 bem como as emendas constitucionais, buscaram garantir e assegurar os direitos dos indivíduos, visando, sobretudo a sua proteção e integração tanto na sociedade como no seio familiar, tendo como principal valor jurídico o afeto e o amor recíproco entre os seus integrantes.

### 3.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, sendo o fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo como finalidade assegurar aos indivíduos o mínimo de direitos que devem ser respeitado por toda uma coletividade.

Não se tem um conceito exato do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no entanto diversos estudiosos têm o seu ponto de vista,

seja ele cristão, sociológico, ou filosófico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, (2001, p.60) a Dignidade da Pessoa Humana consiste em:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Ainda de acordo com, Flávia Piovesan diz que (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, **imprimindo-lhe unidade de sentido**, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (grifou-se)

Assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, não pode em quaisquer hipóteses ser relativizada, pelo contrário, a sua concretude se dá de forma absoluta, alcançando todo e qualquer indivíduo. Além disso, deve ser respeitado por todos e em todos os ambientes, seja ele familiar ou social.

#### **4. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO FUNDAMENTAL PARA O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO AMBIENTE FAMILIAR.**

A CR/88 juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente está preocupada em garantir o cuidado, a educação, a formação, o acolhimento e o afeto, e não em sustentar uma família nuclear e natural onde os indivíduos são impedidos de alcançar sua realização pessoal, em alguns casos sofrendo maus tratos e abandono afetivo, tudo em nome do patrimônio e da honra objetiva.

Frisa-se que o lugar da criança e do adolescente não é nos asilos, tampouco nos abrigos. Lugar de criança é onde há afeto. Por isso mesmo o afeto tem sido o norte das tomadas de decisões dos juristas, utilizando do princípio do melhor interesse da criança, como garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988.

Apesar da palavra afeto não estar expressa no texto constitucio-

nal, a mesma encontra-se de maneira implícita na legislação pátria, conforme leciona Dias (2009, p. 69):

(...) ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, **tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.** (grifo nosso)

Para Dias (2010, p. 10) o afeto constitui no,

“Envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional — cujo núcleo é a vontade — e o conduz para o direito das famílias, **cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde patrimônios**, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. (grifo nosso)

Consolidando o entendimento constitucional e doutrinário, os Tribunais têm utilizado o afeto e o princípio do melhor interesse e proteção integral da criança, para a colocação destas em família substituta, ainda que não haja o consentimento dos genitores para adoção, por exemplo. Vejamos.

TJ-RS - Apelação Cível AC 70062283361 RS (TJ-RS). Data de publicação: 28/11/2014. **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, **está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70062283361, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/11/2014).

Outro caso que prevaleceu a relação afetiva entre os indivíduos, foi na ação de investigação de paternidade, na qual a filiação socioafetiva imperou sobre a verdade biológica, vejamos.

TJ-RS - Apelação Cível AC 70065544017 RS (TJ-RS). Data de publicação: 03/08/2015. **Ementa:** APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DNA. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIO AFETIVA. **Estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva, esta relação impera sobre a verdade biológica. Incabível, assim, alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrentes da investigatória.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70065544017, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 29/07/2015)

Desse modo, o afeto como um novo elemento a ser considerado

juridicamente, ganhou dimensões significativas, que outrora estava à sombra: o sentimento. Este, tomado como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas, se fez presente<sup>12</sup>.

A Constituição Federal de 1988 intensificou este entendimento na esfera jurídica, tendo em vista que, a importância dos interesses individuais e igualitários dos membros da família se sobrepõe aos aspectos formais e patrimoniais. Em outras palavras, a realidade social influenciou decididamente a mudança legislativa. Carbonera complementa:

“embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias **fundadas no afeto e no desejo de estar junto**, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja seu elemento central”. (CARBONERA, Silvana Maria. op. cit., p. 295.) (grifo nosso)

A afetividade nas entidades familiares foi jurisdizada quando leva em conta “os desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal”<sup>13</sup>.

Perlingieri complementa,

“O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”. Perlingieri (2002, p.244)

O afeto, enquanto característica inata dos seres humanos, mais do que uma garantia constitucional, é um direito natural do homem. Nesta perspectiva o direito ao afeto é a liberdade de um indivíduo se afeiçoar a outro (a), é uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações. (BARROS, 2002).

Cabe ressaltar que, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) através dos seus enunciados, demonstra que o afeto tem grande relevância na vida do indivíduo, podendo inclusive, ser reconhecido o abandono, bem como gerar reparação pelo dano causado<sup>14</sup>.

Como visto, a criança e o adolescente são indivíduos em desenvolvimento. Por tal razão estes indivíduos devem ter todo o amparo jurídico possível para que sua dignidade não seja violada. O afeto como elemento norteador no seio familiar é de grande relevância, pois pouco importa se há ou não o vínculo sanguíneo entre os membros, mas o carinho e o amor que a eles são dispensados, é verdadeiramente a con-

12 CARBONERA, Silvana Maria. op. cit., p. 286.

13 Ibid., id., p. 290.

14 Enunciado 08 - O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado. Enunciado 10 - É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

cretude do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É de observar ainda que, o ambiente familiar em que estejam inseridos a criança e o adolescente deve ter uma estrutura sentimental que possa nutrir as relações. Ensejando o crescimento saudável, o desenvolvimento psicológico, a formação da personalidade (PIAGET, 1977) e principalmente a possibilidade e oportunidade de manter relações interpessoais na sociedade, objetivando a realização pessoal, como garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ainda, uma família baseada no afeto possibilita a realização da dignidade da pessoa humana. É uma família plural, que aceita diversidades, logo possibilita que os indivíduos se manifestem em auto realização e felicidade. Por isso estruturada. Estruturada no amor, no acolhimento e na alteridade.

Famílias não estruturadas no afeto podem constituir relações opressoras, podendo, inclusive, ensejar a produção de danos individuais e sociais, tendo em vista que, o ato infracional na adolescência pode ser uma experiência de busca de sentido e de limite, da mesma maneira que pode ser um equivalente depressivo, uma maneira de mascarar a depressão decorrente de abandono afetivo, emocional e familiar (TRINDADE, 2002. pg. 74)

As circunstâncias que levam a um adolescente a se tornar infrator são muitas vezes complexas e variadas. Donald Woods WINNICOTT<sup>15</sup> relaciona a negligência e a privação familiar com fatores responsáveis pelo cometimento de delitos. Pois, as maiorias dos jovens possuem família, mas, no entanto esta é ausente, não cria um vínculo para assumir realmente seu papel, não há uma figura que represente autoridade, seja por situações de maus-tratos, abandono, privações materiais, alcoolismo ou drogas. (TRINDADE, 2002. pg. 74)

Deste modo, a família desempenha papel fundamental no desenvolvimento do indivíduo. Naquela que surge os primeiros valores para a vivência em sociedade, pouco importando a posição que cada indivíduo ocupa, tendo em vista que é neste lugar onde será idealizado a integração de sentimentos. Hironaka apud Dias (2010, p. 27) assevera:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

<sup>15</sup> Pediatra e psicanalista nasceu numa próspera família de Plymouth, na Grã-Bretanha, em 7 de abril de 1896, e morreu em Londres, em 25 de janeiro de 1971. Donald tinha duas irmãs mais velhas e aos 14 anos foi para um internato.

A ausência da família, a carência de amor e de afeto compromete o desenvolvimento da criança e do adolescente. A família é, portanto, o agente socializador por excelência do ser humano. (LIBERATI, 2007, p. 25)

#### **4.1. O AFETO NA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE SEGUNDO JEAN PIAGET**

A formação da personalidade e a realização da dignidade da pessoa humana estão diretamente imbricadas. Deste modo, Jean Piaget<sup>16</sup> desenvolveu pensamento pedagógico Cognitivo que ajuda neste sentido.

Jean Piaget (1977) defende que o funcionamento mental da criança possui lógica qualitativa diferente do funcionamento mental do adulto. (PIAGET, 1977)

Importante salientar que, para o desenvolvimento da criança Jean Piaget (1977) descreve quatro estágios, quais sejam: sensório-motor; pré-operatório; operações concretas e operações formais e pensamento hipotético dedutivo.

O estágio sensório-motor trata-se da fase do nascimento aos dois anos de idade. É neste estágio que a criança possui inteligência prática, a relação com o meio ocorre pela experimentação direta. Inicia-se, também, a construção prática das noções de espaço, objeto, tempo. (PIAGET, 1977)

Por outro lado, o período pré-operatório corresponde dos dois aos sete anos de idade, e, tem como avanço mais importante o aparecimento da linguagem que irá ensejar mudanças nos aspectos afetivo, intelectual e social da criança. No aspecto afetivo, segundo Bock (2002) surgem os sentimentos interindividuais, sendo que um dos mais relevantes é o respeito que a criança nutre pelos indivíduos que julga superiores a ela.

Já o período das operações concretas, esta ocorre dos sete aos doze anos. Nesta fase, a criança possui melhor desenvolvimento mental, iniciando a capacidade de estabelecer relações que lhe permitam a ordenação de pontos de vista diferentes. No plano afetivo, significa que a criança será capaz de cooperar com os outros, de trabalhar em grupo e, ao mesmo tempo, de ter autonomia pessoal. (BOCK, et al, 2002).

---

<sup>16</sup> Jean William Fritz Piaget foi um epistemólogo suíço, considerado um dos mais importantes pensadores do século XX. Defendeu uma abordagem interdisciplinar para a investigação epistemológica e fundou a Epistemologia Genética, teoria do conhecimento com base no estudo da gênese psicológica do pensamento humano.

Por último, o estágio de operações formais e pensamento hipotético-dedutivo. Aqui inicia-se a partir dos doze anos de idade, há a lógica formal em que realiza abstrações. De acordo com Wadsworth (1996), é nesta fase que as estruturas cognitivas da criança alcançam seu nível mais elevado de desenvolvimento e tornam-se capazes de aplicar o raciocínio lógico a todas as classes de problemas.

Jean Piaget afirma que, as fases do desenvolvimento da criança serão influenciadas, podendo ser inclusive alterado, de acordo com a estrutura familiar, como, falta de alimentação, moradia adequada, carinho e afeto, que de forma direta influencia no adulto em que a criança se tornará, assim como as relações socioculturais e afetivas.

Deste modo, percebe-se que o afeto por si só tem capacidade de influenciar no desenvolvimento do indivíduo. Além disso, através de relações afetivas estáveis e duradouras, assim como, com base familiar segura de seu papel, a criança crescerá em um ambiente propício para que seu desenvolvimento ocorra plenamente e essa criança seja um adulto capaz de resolver conflitos e lidar com as situações cotidianas de forma confiante e estável, garantindo a sua dignidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito evolui de acordo com as transformações vivenciadas pela sociedade, ou seja, há um acompanhamento nas mudanças sociais, buscando regulamentá-las. Assim é possível afirmar que as referidas mudanças e adequações também ocorrem nas relações familiares.

Observamos que, o afeto ainda não é um valor jurídico e a causa fundamental nas novas espécies de família. No entanto, ele vem ganhando espaço ante as mudanças sociais, a necessidade da realização pessoal de cada indivíduo, bem como a garantia da dignidade da pessoa humana.

Além disso, houve grandes e importantes alterações nas legislações brasileiras, a exemplo, do Código Civil de 2002, CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. As mudanças sofridas nas leis em comento influenciaram nas tomadas de decisões dos Tribunais, criando jurisprudências, nas quais o afeto vem ganhando espaço em casos específicos.

Notamos ainda que, a teoria pedagógica de Jean Piaget reconhece que o desenvolvimento da criança e do adolescente passa por estágios, estes são influenciados de forma significativa pelo afeto que são

dispensados ou não no ambiente familiar, podendo inclusive, se tornar opressores e violentos, conseqüentemente ocasionará o cometimento de atos infracionais.

Além disso, é importante considerar como verdadeiros pais aqueles que amam, educam e dedicam sua vida a um filho e neles esse filho busca carinho, exercendo realmente as funções essenciais que atendam, prioritariamente, o melhor interesse da criança e do adolescente, contribuindo para a formação da personalidade e garantindo a sua dignidade.

Ante o exposto, analisando os estudos realizados para a elaboração deste trabalho, percebe-se a necessidade de regulamentar as novas entidades familiares, que tenha como base o afeto, que embora estejam desprovidas de disciplina legal, estão cada vez mais presentes na realidade social brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, **Vidal Serrano Júnior**. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 511.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**, disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana\\_no\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf)> acesso em 27 de abril de 2016 às 14:25.

BERENICE, Maria. **Sociedade de afeto, janeiro de 2006**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2396/Afeto-no-ambito-juridico>>, acesso em 27 de abril de 2016 às 17:00 horas.

BEZERRA, Joyceane de Menezes. GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. **A construção da identidade pela Articulação dos princípios da dignidade Da pessoa humana, da igualdade e da Liberdade**: expressão do direito Geral de Personalidade. Disponível em: [http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/21\\_Doutrina%20Nacional%204\\_OK.pdf](http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%204_OK.pdf)> Acesso em: 04 de junho de 2016.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da criança e do Adolescente**. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)> acesso em 25/04/2016

BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**

de 2002. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> acesso em 24/04/2016

CALDAS, Rita de Cassia. **Adolescência e At Infracional**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/rita-de-cassia-caldas-da-silveira.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2016.

CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Famílias**. Vol. 6, 5ª Edição. Ed. Juspodivm. Pag. 38.

**Código civil de 1916**, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>, acesso em 25 de abril de 2016.

DILL, Michele Amaral. CALDERAN, **Thanabi Bellenzier Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)> acesso em 15 de março de 2016.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado: Texto Integral**. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [S.d]. p. 31-7. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2).

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomás Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 11. Ed. 1. Reimp. – Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

**Jurisprudência**, acesso em 04/05/2016  
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=V%C3%8DNCULO+AFETIVO+CONSOLIDADO>

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>, acesso em 02 de abril de 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

SLTOZE, Pablo. 3ª edição, **direito de família**, vol. 6. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **In A Nova Família: Problemas e Perspectivas**, Vicente Barreto (coord.), Rio, Renovar, 1997.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil: compêndio transdisciplinar**. 3. Ed. Porto Alegre, 2002. p. 74.

YASSUE Izabela. **A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais.** 2010. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>,> acesso 18 de março de 2016.

## Legalidade da cobrança de taxa de manutenção nos loteamentos fechados ("condomínios de fato"), em Santo Antônio de Jesus – Bahia.

**RESUMO:** O crescimento vertiginoso das pequenas cidades, o avanço desenfreado da criminalidade e a insegurança geral institucionalizada, têm levado cada vez mais as pessoas a procurarem imóveis urbanos localizados dentro de áreas fechadas, Loteamentos fechados ou "Condomínios de fato", com guarita de segurança e área de lazer de uso coletivo. Estes, muito embora tenham as mesmas características de um Condomínio edilício, não gozam das mesmas prerrogativas, e além do mais, padecem de uma regulamentação municipal. A proposta é fomentar a discussão sobre a (i) legalidade da cobrança de taxa de manutenção, em especial os rateios das despesas ordinárias e extraordinárias, decorrentes da aquisição de imóveis urbanos em "Condomínios de fato", juridicamente definidos como loteamentos fechados. A perspectiva é direcionar os holofotes para um fato social atual, complexo e que aos poucos vem servindo de debates nas reuniões de associação de moradores dos Condomínios de fato, inclusive afetada pelo STJ como recurso repetitivo na Resp 1439163 (2014/0037970-0 - 22/05/2015), e pelo STF como repercussão geral no RE 695911 – Recurso Extraordinário.

**Palavras-Chaves:** Loteamento; Condomínio; Dir. Constitucional; Dir. Urbanístico; Estatuto das Cidades; Urbe.

**ABSTRACT:** The rapid growth of small towns, the rampant spread of crime and institutionalized general insecurity, have led more and more people to seek urban properties located within closed areas, closed Allotments or "actual charges" with security guardhouse and area of collective use leisure. These, although they have the same characteristics of a edilicio House, do not enjoy the same privileges, and moreover, suffer from a municipal regulation. The proposal is to promote the discussion of (i) the legality of charging maintenance fee, especially apportionments of ordinary and extraordinary expenses arising from the acquisition of urban real estate in "fact charges" legally defined as closed allotments. The perspective is to direct the spotlight on a current social fact, complex and gradually has served debates in association meeting residents of fact charges, including affected by STJ as repetitive feature in Resp 1439163 (2014 / 0037970-0 - 22 / 05/2015), and by the Supreme Court as a general repercussion in RE 695,911 - extraordinary appeal.

**Key Words:** Allotment; Condominium; Right. Constitutional; Right. Urbanistic; Statute of Cities; Urbe.

## INTRODUÇÃO

A Cidade de Santo Antônio de Jesus, muito bem localizada geograficamente, passou por grandes transformações nos últimos 15 anos, um período de desenvolvimento econômico, atraindo pessoas de diversas partes do país em busca de emprego, qualidade de vida e moradia. Tornou-se muito atraente para o ramo imobiliário, pois a necessidade de expansão urbana fez surgir vertiginosamente inúmeros empreendimentos, legalmente constituído como Loteamentos, mas comercializados como condomínios fechados.

A oferta de imóveis localizados dentro de áreas fechadas, com guarita de segurança e área de lazer de uso restrito, passou a ser objeto de desejos de muitas famílias que buscavam assegurar maior tranquilidade e qualidade de vida. O mercado imobiliário viveu o “bum”, a cidade passou a ganhar novos contornos e vários Loteamentos fechados foram criados pelas construtoras a fim de inflacionar os valores destes lotes, muito embora, para a Lei, não exista o loteamento “fechado”, “aberto”, “atípico”, ou “intramuros”.

Os Loteamentos fechados passaram a ser tratados como “Condomínio de fato”, termo incorreto por se tratar de objetos juridicamente diferentes, vez que a distinção entre condomínio e loteamento é de uma dimensão incomensurável, pois são regidos por leis próprias.

Ademais, os adquirentes de imóvel em loteamento fechado tornam-se obrigados ao rateio das despesas mensal correspondente aos serviços prestados à coletividade partícipe, bem como se sujeitando a norma regularmente prevista no estatuto social, regimento ou acordos prévios, sendo necessária a constituição formal de uma associação de moradores, a qual terá legitimidade para representar judicialmente e extrajudicialmente os interesses e decisões da coletividade. Porém, uma indagação tem gerado controvérsias e suscitado questionamentos em relação à legalidade da cobrança da taxa de manutenção e de conservação: “sendo um loteamento, qual é a legalidade da cobrança das taxas de rateios?”

Na maioria das vezes os fatos sociais antecipam as normas jurídicas, historicamente falando, conduzindo sempre a judicialização matéria quando necessário para tratar da realidade fática. Daí a iniciativa de escrever o presente artigo, sem a pretensão de esgotar todo conteúdo, até porque a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal como matéria de repercussão geral, o qual deverá se posicionar e por fim a uma discussão que extrapola os limites do Município de Santo Antônio de Jesus.

Para alcançar os objetivos expostos, utilizamos a metodologia de pesquisa quantitativa, com coleta de dados em alguns cartórios, levando-se em conta a quantidade de “condomínios de fato” existentes e o número de associações registradas com o objetivo de administrar estes condomínios em Santo Antônio de Jesus. Utilizamos a pesquisa teórica e bibliográfica, para análise da situação apresentada, cientes da necessidade de coleta de mais informações consistentes e aprofundadas sobre o tema.

## 1. POLÍTICA URBANA MUNICIPAL

O artigo 182, da Constituição da República Federativa Brasil de 1988, estabelece diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, e atribui ao poder público municipal a execução de medidas com finalidade de que a cidade cumpra sua função social e garanta o bem estar de seus habitantes.

Em 10 de julho de 2001, foi criada o Estatuto da Cidade, através da Lei 10.257, uma espécie de “Código Urbano”, com objetivo de fazer com que a cidade cumpra sua função social e estabeleça critérios definidores das políticas de urbanas. Neste sentido, Alexandre Mazza (2014) define que,

Constitui uma norma de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, estabelecendo normas gerais de direito urbanístico, o que não exclui a competência das demais entidades federativas no tocante a edição de norma específica sobre a matéria (Mazza, Alexandre, “Manual de Direito Administrativo”, 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 751)

Há que se falar também do Plano Diretor, instrumento básico que é indispensável para política de desenvolvimento e expansão urbana, com previsão legal no Art. 4º, III, “a”, da Lei 10.257/2001, obrigatório nas cidades que possuem mais de 20.000 habitantes.

O Plano Diretor da Cidade de Santo Antônio de Jesus foi devidamente aprovado em 19 de novembro de 2004, instituído pela Lei nº 18/2004. No Art. 2º, mais precisamente no inciso V do Plano Diretor fica estabelecido como objetivo principal estruturar a cidade para melhor atender às suas funções sociais e ao bem estar dos habitantes. O Estatuto das Cidades estabelece, no art. 40, que o Plano Diretor aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Nesse sentido é fundamental avaliar em que medida o plano diretor incorpora diretrizes e instrumentos para criação dos loteamentos fechados.

## 2. LOTEAMENTO CONVENCIONAL E “FECHADO”

### 2.1 CONCEITO

A definição legal de loteamento está prevista em nosso ordenamento jurídico no Art. 2º, § 1º, da Lei 6.766/79, como sendo a divisão

do solo em unidades edificáveis (lotes), com acesso a vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, sujeito às normas estabelecidas pela União no Código Civil de 2002, na Lei 6.766/79, com a alteração introduzida pela Lei 9.785/99, bem como, por outras normas urbanísticas impostas pelo Município na legislação edilícia adequada às peculiaridades locais. Assim, o loteamento urbano convencional está disciplinado por legislação própria - federal e municipal - que ordena desde a sua formação até a alienação e utilização das unidades edificáveis, dos espaços livres e das vias públicas de uso comum do povo, além do mais na constituição do loteamento.

## 2.2 REGRAMENTO LEGAL

Diversamente, os loteamentos especiais, também conhecidos por “Loteamento fechado” vêm sendo implantados sem que haja um normativo adequado para esse tipo de empreendimento, quer federal ou mesmo local regulamentador de seus aspectos urbanísticos. Tais loteamentos são bem diferentes dos convencionais, pois as áreas de domínio público têm utilização privativa por seus moradores.

Os chamados loteamentos fechados, apesar de apresentarem os mesmos requisitos urbanísticos exigidos para implantação de um loteamento convencional, possuem características próprias que acabam diferenciando-os, especialmente pelo fato de o acesso às vias e aos logradouros nos loteamentos fechados serem restritos ao trânsito de moradores e visitantes. Muito embora o fechamento do acesso principal através de implantação de guaritas e barreiras seja de forma ilegal, pois não há previsão na Lei Orgânica do Município, a prática é contumaz e com anuência ou omissão do poder público, que ao emitir o alvará de autorização para construção dos loteamentos, ignora a previsão de edificação de limitadores de acesso ao local, constante no memorial descritivo.

Segundo, Hely Lopes Meirelles, os loteamentos fechados constituem uma realidade que tem surgido nas imediações das grandes cidades, mas que padece de regulamentação específica, vejamos:

“Os loteamentos especiais estão surgindo especialmente nos arredores das grandes cidades, [...]. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõem-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso”. (in “Direito Municipal Brasileiro”, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 468/469).

Para o Prof. José Afonso, o loteamento fechado é uma forma especial de utilização do terreno com aproveitamento comum, vejamos:

“Então o chamado loteamento fechado’ constitui modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço para fins de construção de casas residenciais térreas ou assobradadas ou edifícios. Caracteriza-se pela formação de lotes autônomos com áreas de utilização exclusiva de seus proprietários, confinando-se com outras de utilização comum dos condôminos. O terreno, assim loteado, não perde sua individualidade objetiva, conquanto sofra profunda transformação jurídica...” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 2ª ed., Malheiros, pg. 289.)

Logo, muitos dos loteamentos fechados que se multiplicaram ao longo dos anos no Município de Santo Antônio de Jesus não passam de loteamento convencional, que foram comercializados como “Condomínio de fato”, e por falta de previsão legal no Plano Diretor Urbano e na Lei Orgânica do Município, carecem de legislação específica, sendo que a falta de previsão legal cria alguns impasses, dentre os quais se destaca a problemática referente ao rateio das despesas em comum.

Em pesquisa realizada no Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Santo Antônio de Jesus, identificamos o registro de 32(trinta e dois) loteamentos convencionais regularmente constituídos, inclusive com assentamento da matrícula, números conflitantes com a realidade local, vez que na Cidade existem mais de 90 (noventa) loteamentos facilmente identificados, muitos com guarita de segurança que limitam o acesso da população às áreas públicas ali resguardadas, funcionando como “Condomínio de fato”. Identificamos também apenas 02 (dois) Condomínios legalmente constituídos. Cabe ressaltar que não conseguimos informações sobre os loteamentos ou Condomínios registrados no Cartório de Registro de Imóveis do 2º Ofício.

Em busca de mais informações, fizemos levantamento junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídica, único da cidade, onde encontramos o registro de 34(trinta e quatro) associações, formalmente constituídas, criadas com finalidade específica de administrar o rateio das despesas e disciplinar os direitos e deveres daquelas que ali residem ou são proprietários de imóveis.

Ocorre que o fechamento dos loteamentos convencionais demanda custas e despesas com a manutenção e conservação de suas estruturas, como guarita, contratação de pessoal, material de limpeza e etc. A necessidade de rateio das despesas é indiscutível, não podendo ser ignorada pelas as pessoas que optaram por morar ou adquirir um imóvel dentro destes espaços.

Esta é uma realidade de muitas Cidades brasileiras, tendo em vista que o custo com a criação de um loteamento é infinitamente menor que a criação de um Condomínio, daí provavelmente a justificativa para a prática tão contumaz em Santo Antônio de Jesus: a implantação de loteamentos convencionalmente custa menos que a criação de um Condomínio. Muito embora seja esta prática considerada ilegal, tendo em vista que na Lei Orgânica do Município e no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano não existe nenhum regulamento que discipline a matéria, uma contradição em a teoria e a prática, o que se tem visto é o consentimento do poder público e a omissão de seus agentes.

De acordo com a Lei Orgânica do Município, seção V, que trata da Política Urbana, na criação de um loteamento as áreas definidas em memoriais descritivos como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação alterada, portanto padece de omissão a lei municipal que deveria regulamentar a criação dos loteamentos fechados.

Na cidade de Salvador, foi inserido no ordenamento jurídico, através da Lei n. 8.032/2011, Art. 8º, a autorização da implantação de barreiras ou guaritas de controle de acesso aos loteamentos convencionais, desde que preencha os requisitos preestabelecidos, vejamos:

“Art. 8º O Poder Executivo Municipal fica autorizado a aceitar, a custo dos interessados, propostas para implantação de portões ou guaritas em vias públicas de acesso estritamente local que dêem acesso a residências de uso unifamiliar, objetivando aprimorar a segurança de suas habitações, permitindo o fechamento de ruas ou trechos de ruas sem saída e travessas.”

A justificativa para o consentimento de tal medida decorre da necessidade de aperfeiçoar a segurança de suas habitações. Por via reflexa, nota-se que necessitar-se-á de constituição de uma associação de moradores para rateio das despesas para implantação e conservação de tal medida, tendo em vista que o poder concernente se desobriga dos custos.

Portanto, teve o legislador a cautela de exigir, conforme o disposto no artigo adiante transcrito, a constituição de uma associação, capaz de responder pelos atos praticados no exercício regular de um direito:

Art. 8º- A. Para o fechamento de ruas, travessas ou vilas, os moradores das referidas vias deverão constituir uma Associação, ou declaração subscrita por, no mínimo, 70% (setenta por cento) dos moradores, proprietário dos imóveis situados dentro da referida via, sendo que o teor será de total responsabilidade dos signatários, sob as penas da legislação administrativa, civil e criminal vigente, cumprindo as exigências:

I - Em caso de Associação deverá constar cópia do Estatuto, Certidão de Inscrição junto ao cartório competente;

III - desenho da área de interesse retirada da Base Cartográfica do Município, evidenciando o local de fechamento.

A previsão legal de autorização municipal para a o fechamento de um loteamento, mediante a constituição de uma associação, demonstra a necessidade de uma legislação específica para disciplinar a obrigação.

### 3. CONDOMÍNIO

#### 3.1 CONCEITO DE CONDOMÍNIO GERAL

De acordo com a enciclopédia livre<sup>1</sup>, condomínio trata-se do domínio de mais de uma pessoa simultaneamente de um determinado bem, ou partes de um bem, ou seja, direito exercido por mais de uma pessoa sobre o mesmo objeto, sobre a mesma coisa.

O condomínio geral (voluntário ou necessário) tem previsão legal no Código Civil, mais especificamente nos seus artigos 1.314 a 1.330. Configura-se, em síntese, quando duas ou mais pessoas (naturais ou jurídicas) são proprietárias, simultaneamente, de um mesmo bem de raiz, cada uma titulando parte, fração ou quota ideal sobre o todo. São, portanto, condôminos, devendo submeter-se às regras de utilização da coisa comum estipuladas no Código Civil. A cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa, e não uma parcela material desta (como ocorre nos loteamentos, desmembramentos, desdobros, condomínios edilícios e condomínios horizontais de lotes). Cabe esclarecer que o instituto do condomínio não se confunde com o instituto da sociedade, o qual está previsto nos Artigos 951 à 958 do Código Civil.

Segundo Cunha Gonçalves (in “Da propriedade e da posse”, Lisboa: Edições Ática, 1952, p. 95), a indivisão ou compropriedade pode ter uma das causas seguintes: “a) falecimento de um proprietário, deixando dois ou mais herdeiros, que lhe sucedem conjuntamente no gozo dos seus bens; b) alienação feita pelo proprietário de uma coisa a dois ou mais adquirentes, ou a outra pessoa de uma parte da sua coisa; c) aquisição feita em comum por dois ou mais indivíduos; d) ocupação efetuada por duas ou mais pessoas de uma coisa que não tinha dono; e) dissolução de uma sociedade, seguida da fase de liquidação, mas só enquanto esta não se concluir.”

<sup>1</sup> WIKIPÉDIA—CONDOMÍNIO-Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Condom%C3%ADnio> Acesso:05 de junho de 2016.

### 3.2 CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS

O Condomínio residencial de natureza jurídica é regulamentado pela Lei 4.591/64, e no Código Civil (Lei 10.406/2002), nos artigos 1314 a 1326, nos quais a figura do condomínio tem como característica básica o fracionamento da gleba em partes ideais e tudo que está dentro da área do projeto é área privada. Vale ressaltar que o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, entre outros documentos, a minuta da futura convenção do condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações.

No Condomínio residencial o proprietário tem a obrigação de participar concorrendo com as despesas de manutenção e conservação das áreas comuns, feita através do rateio, além do mais, por se tratar de área privada é permitida a implantação de barreiras físicas e controle de acesso, mediante autorização dos proprietários. As despesas com condomínio constituem responsabilidade propter rem do proprietário, incidindo sobre o próprio bem.

Por essas razões, o condomínio tem um valor muito mais elevado, vez que o proprietário está comprando a piscina, o campo de futebol, a rua, a guarita. Tudo isso está embutido no preço e é de uso exclusivo dos condôminos. Inclusive devendo custear as despesas com IPTU.

Em Santo Antônio de Jesus, de acordo com a pesquisa realizada no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Região, identificamos apenas 02(dois) Condomínios formalmente constituídos, com sua Convenção averbada no próprio Cartório onde foi registrado o imóvel, ou seja, mais de 60% dos Condomínios de Santo Antônio de Jesus são loteamentos convencionais, mas que gozam apenas de direitos de um Condomínio.

### 3.3 CONDOMÍNIOS URBANÍSTICOS

Em face das mudanças que vêm ocorrendo nas cidades brasileiras e com a formatação urbana atual, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 20/2007, que trata da Responsabilidade Territorial Urbana e deverá substituir (revogará) a Lei Federal n.º 6.766/79. Há de se pontuar neste projeto de lei a previsão de uma terceira espécie de parcelamento do solo para fins urbanos: o condomínio urbanístico, a par das figuras do loteamento e do desmembramento.

Com o objetivo de disciplinar o parcelamento do solo para fins urbanos e promover a regularização fundiária sustentável de áreas ur-

banas, o Projeto de Lei n.º 20/2007, que ainda tramita no Congresso Federal, no inciso XII, do artigo 3º, define condomínio urbanístico da seguinte maneira:

“a divisão do imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, sendo admitida a abertura de ruas de domínio privado e vedada a de logradouros públicos internamente ao perímetro do condomínio”.

O condomínio urbanístico, portanto, ao contrário do loteamento, do desmembramento, e do condomínio horizontal de lotes, gera unidades autônomas, e não lotes. As unidades residenciais têm acesso apenas a áreas de uso comum dos condomínios, que incluem a malha viária interna ao empreendimento, e não a via ou logradouro público. Não há, portanto, divisão física de lotes. O lote é um só e assim continuará sendo. O que existe dentro do lote único são unidades residenciais autônomas, da mesma forma que existem em um prédio de apartamentos (condomínio edifício vertical).

O artigo 154 do Projeto de Lei n.º 20/2007, diga-se, prevê que as relações entre os condôminos do condomínio urbanístico regular-se-ão pelas disposições da Lei Federal n.º 4.591/64 e pelo Código Civil, de sorte que esta continuará em pleno vigor após a aprovação do Projeto de Lei n.º 20/2007. Restará revogada, no entanto, a Lei Federal n.º 6.766/79.

Em sendo aprovado o Projeto de Lei n.º 20/2007, os loteamentos fechados até então existentes e aprovados com base em legislação estadual ou municipal serão legalizados.

### **3.4 LOTEAMENTO X CONDOMÍNIO RESIDENCIAL**

Os loteamentos convencionais criados em Santo Antônio de Jesus são regidos pela Lei 6766/79, muitos já trazem em seu memorial descritivo a previsão de limitação do acesso público mediante a edificação de guarita de segurança. O fato é que são fechados por ato do loteador ou de uma associação de moradores, com anuência ou omissão do poder público, de forma ilegal. Com efeito, os tais “loteamentos fechados” juridicamente não existem; não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o Direito Urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo. A constituição da associação

para administração do loteamento fechado prescinde de um Estatuto ou Convenção, a qual deverá ser subscrita por todos os proprietários de lotes no loteamento, e ao final registrada no Cartório de registro de títulos e documentos de Pessoa Jurídica, tornando-se os signatários obrigados a concorrerem com os rateios das despesas.

O Condomínio residencial (vertical ou horizontal) caracteriza-se pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privativa, regido pela Lei Federal n.º 4.591/64. O proprietário/empreendedor deve apresentar ao Ofício do Registro de Imóveis os seguintes documentos: requerimento solicitando o registro da instituição condominial em que conste referência expressa aos dispositivos legais supracitados; projeto devidamente aprovado pela municipalidade, a qual deverá conter legislação que autorize a aprovação deste tipo de empreendimento, contendo: memorial descritivo (descrição das unidades autônomas contendo especialmente as áreas privativa, comum e total e a fração ideal correspondente na área total etc.); planta de lotes; planilha de cálculo de áreas; planilha de custos da realização da infra-estrutura; uma convenção de condomínio, na qual deverão estar previstas, entre outras cláusulas previstas em lei, as formas e características que cada construção poderá apresentar; e a anotação de responsabilidade técnica (ART) do responsável pelo projeto.

#### **4. LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO NOS LOTEAMENTOS FECHADOS ("CONDOMÍNIOS DE FATO")**

A Lei Orgânica Municipal não disciplina a criação dos loteamentos fechados, também conhecidos como "condomínio de fato", tão pouco se verifica previsão legal no PDDU, muito embora a Constituição Federal tenha atribuído aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como "instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana" (art. 182, § 1º). Observa-se, no Município de Santo Antônio de Jesus, a carência de legislação específica, o que acaba criando alguns impasses, dentre os quais se destaca a problemática referente ao rateio de despesas de manutenção e conservação de áreas e equipamentos de uso comum. Assim, a falta de previsão legal, que discipline no município a transformação de loteamentos convencionais, loteamentos fechados, ou "condomínios de fato", gera a insegurança jurídica, diante de um problema atual e latente.

A Constituição Brasileira atribuiu aos Municípios competência para editar normas destinadas a "promover, no que couber, adequado

ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes" (art. 182, caput), portanto, a inclusão no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de norma específica que autorize a criação de Loteamentos fechados ou a legalização dos existentes.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade e a legitimidade dos Municípios e do Distrito Federal no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, no que tange a criação de normas específicas sobre o fechamento de loteamentos convencionais, vejamos o ACÓRDÃO RE 607940/DF, data de publicação dje 26/02/2016 - ATA Nº 18/2016. DJE nº 36, divulgado em 25/02/2016:

A C Ó R D Ã O - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 348 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. O Tribunal, também por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, fixou tese nos seguintes termos: "Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor". Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, nesta assentada, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em sessão anterior.

O impasse é que estamos diante de um problema bastante complexo, pois, embora os loteamentos convencionais sejam fechados, restringindo o acesso aos bens públicos e funcionando como Condomínio de fato, não há previsão legal no rateio das despesas de manutenção e conservação. Contudo, as obrigações de ordem civil, sejam de natureza real sejam de natureza contratual, pressupõem como fato gerador a existência de uma lei que as exija ou de um acordo firmado com a manifestação expressa de vontade das partes pactuantes, pois, em nosso ordenamento jurídico positivado, há somente duas fontes de obrigações: a lei ou o contrato.

Nesse contexto, a solução encontrada para legitimar as ações de cobrança no rateio das despesas foi a constituição de uma associação de moradores com a criação de um Estatuto e Regimento Interno, instituindo inclusive a obrigatoriedade de rateio das cobranças referentes à manutenção e conservação, que devem ser custeadas pelos signatários dos respectivos Estatutos. Diferente dos Condomínios, que devem ter sua Convenção registrada no Cartório de Imóveis, os loteamentos fe-

chados devem ter o Estatuto de sua associação registrado no Cartório de Títulos e Documento de Pessoa Jurídica.

Para o Superior Tribunal de Justiça, ainda que seja criada uma associação com objetivo de administrar os loteamentos fechados, estes, mesmo assim, não podem ser considerados condomínios nos moldes da Lei nº 4.591/1964. Até porque, para haver a incidência da mencionada legislação, é necessário, entre outros requisitos, que a aquisição de fração ideal do terreno esteja atrelada à atividade de incorporação imobiliária.

Portanto, os chamados loteamentos fechados ou Condomínios fechados, possuem características que os aproximam mais do loteamento disciplinado pela Lei nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e apesar de apresentarem os mesmos requisitos urbanísticos exigidos para implantação de um loteamento convencional, possui características próprias que acabam diferenciando-os, especialmente pelo fato de o acesso às vias e aos logradouros nos loteamentos fechados serem restritos ao trânsito de moradores e visitantes.

Ocorre que a Constituição Federal assegura a qualquer pessoa a faculdade de permanecer associado, não sendo possível, portanto, a exigência de pagamento de forma compulsória dos rateios decorrentes de taxas de manutenção e conservação para os não associados.

Neste diapasão, o STJ reconheceu que mesmo sem anuir à associação, a aceitação tácita dos serviços prestados à coletividade e a vedação ao enriquecimento sem causa são os fundamentos que amparam a conclusão de que as taxas, contribuições de manutenção ou de conservação, podem ser impostas ao proprietário de imóvel adquirido em loteamento fechado após a constituição da associação, em face da vedação do enriquecimento. Um cenário de colisões entre a liberdade associativa (art. 5º, XX, da CF) versus vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), normas que não podem ser interpretadas de forma isoladas.

O princípio da liberdade de associação assegura a liberdade de reunião e associação pacífica de um grupo de pessoas agregadas por objetivos comuns. Tal princípio presente no ordenamento jurídico brasileiro, consolidado na liberdade de associação, firma a participação de toda a sociedade no Estado Democrático de Direito. Ainda, o mesmo diploma aduz no art. 5º, em seu inciso XVII, que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar, o que novamente ratifica a presença do associativismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o Supremo Tribunal Federal, não cabe fundamentar a legalidade da cobrança das mencionadas taxas obrigacionais apenas por vedação ao enriquecimento ilícito, pois a adoção de tal posicionamento significaria esvaziar o sentido e a finalidade da garantia fundamental e constitucional da liberdade de associação, conforme restou demonstrado no RE 432.106-RJ (DJe 4/11/2011), encontrando a matéria, inclusive, afetada ao rito da repercussão geral no Agravo de Instrumento 745.831-SP (DJe 29/11/2011).

Estas decisões, dentre outras, ratificam as conclusões deste trabalho sobre a ilicitude das cobranças de taxas de rateios em loteamentos fechados, diante da inexistência de legislação municipal, que autorizem o fechamento dos loteamentos convencionais, transformando-os em condomínio de fato. Contudo, é necessário esclarecer que as despesas decorrentes de manutenção e conservação dos imóveis, localizados dentro destes loteamentos fechados, precisam ser rateadas com os proprietários, pois a valorização dos imóveis, ali localizados, sem concorrer para o custeio das despesas, pode configurar como enriquecimento sem causa, repellido em nosso ordenamento jurídico, nos termos do Art. 884 e ss do CC.

## CONCLUSÃO

O crescimento desordenado das cidades e a dinâmica da vida em sociedade têm demonstrado cada vez mais a necessidade de políticas urbanas eficientes que possam regular as diversas formas de uso e parcelamento do solo urbano, competência constitucionalmente delegada aos Municípios. A criação do Estatuto das Cidades e a exigência de um Plano Diretor Urbano nas cidades que possuem mais de 20 mil habitantes, tem por finalidade assegurar que os Municípios possam se desenvolver de forma responsável com a propriedade cumprindo sua função social.

A criação de loteamentos convencionais na década de 60 tinha por objetivo permitir o crescimento urbano, de forma racional e organizada das cidades. A ineficiência do estado em garantir segurança, saneamento básico e infra-estrutura adequada, associada às empresas imobiliárias que viam no mercado uma oportunidade de lucro, fez surgir os loteamentos fechados, ou Condomínios de fato, espaços urbanos criados através uma norma específica, Lei nº. 6766/79, mas funcionando com características de Condomínio, inclusive no que diz respeito à legislação específica, Lei nº 4.591/64.

A falta de norma expressa na Lei Orgânica do Município e no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, autorizando o fechamento

dos loteamentos convencionais constituídos sob a égide da Lei 6.766/79, torna ilegal a cobrança dos rateios de despesas com manutenção e conservação nos Condomínios de fato, criados em Santo Antônio de Jesus. Contudo, se ao adquirir um imóvel situado em loteamento fechado, em data anterior à constituição da associação, não poderá a associação impor ao adquirente a cobrança de taxas obrigacionais a quem não se associou nem a ela anuiu.

Da mesma forma, caso a compra ocorra em data posterior à constituição da associação, na ausência de fonte criadora da obrigação, ou seja, sem uma lei específica ou contrato, não pode o poder jurisdicional, sob a fundamentação apenas da vedação ao princípio do enriquecimento sem causa, constituir um dever tácito a terceiros.

Mesmo admitindo que exista uma colisão de princípios, quais sejam, a vedação ao enriquecimento sem causa, Art. 884, do Código Civil e a liberdade de associação, Art. 5º, XX, da CRFB/88, prevalece, dentre eles, dada a verticalidade de preponderância, os preceitos constitucionais. No entanto diante da insegurança jurídica instalada caberá tão somente à Suprema Corte, no âmbito da repercussão geral, definir qual norma deverá ser afastada.

É preciso que o Município de Santo Antônio de Jesus, no exercício de sua competência, conferida pela Constituição Federal Brasileira, e após ampla discussão com a sociedade, fixe diretrizes gerais com o objetivo de regularizar a situações dos loteamentos fechados existentes, bem como ordenar o pleno desenvolvimento da cidade com o cumprimento da sua função social na perspectiva de garantir o bem estar dos seus habitantes.

A revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano da cidade, será uma oportunidade de corrigir as irregularidades consentidas, nas permissões concedidas para criação dos loteamentos fechados, podendo inclusive, assegurar legalidade às cobranças de taxa de manutenção nos loteamentos fechados.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade, **Loteamento Fechado**, Revista de Direito Imobiliário, vol. 11, janeiro/junho - 1983, p. 65

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Cobrança de taxa de manutenção em condomínio de fato**. Recurso repetitivo (art. 543-c do cpc e res. 8/2008-

stj). Tema 882. Informativo de Jurisprudência nº 0562. 18 a 28 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Uso. Marca. **Confusão inexistente**. Informativo de Jurisprudência nº 0470. 25 a 29 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Despesas. Condomínio. Rateio. **Informativo de Jurisprudência nº 0456**. 15 a 19 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Associação residencial. Cobrança. Contribuição. Conservação. Legitimidade. **Informativo de Jurisprudência nº 0343**. 17 de dez de 2007 a 8 de fev de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 695911** (eletrônico). RECTE.(S): Teresinha dos Santos. RECD.O. (A/S): Associação de Proprietários Amigos da Porta do Sol – Apaps. Relator: Min. Dias Toffoli. São Paulo, 19 de junho de 2012. Lex.: Jurisprudência do TJE e Supremo Tribunal Federal. São Paulo, v. 3. Junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=426212> Acesso: 09 de junho de 2016.

Câmara Municipal de Santo Antônio de Jesus – BA. **Lei Orgânica do Município**. Leis municipais. 2013. Disponível em < [http://camarasaj.ba.gov.br/index/legislacaom/id-624/leis\\_municipais](http://camarasaj.ba.gov.br/index/legislacaom/id-624/leis_municipais) > Acesso em fevereiro de 2016

DE FREI, José Carlos. **Da legalidade dos loteamentos fechados**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/sitioslagos/documentos/ilegalidade.html>> Acesso em maio de 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Loteamento Fechado**. RDI, vol. 09, janeiro/junho – 1982

SILVA, José Afonso da, **Direito Urbanístico Brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997

## Os fundamentos especistas do pensamento cartesiano: razão e linguagem como critérios de aferição moral.

**RESUMO:** O presente ensaio tem como objetivo analisar, à luz do pensamento cartesiano, o uso da linguagem e da razão como critérios de distinção entre o homem e os animais não humanos. A partir de uma abordagem crítica, pretende-se demonstrar que razão e linguagem não são critérios idôneos para diferenciar o homem dos outros animais, uma vez que não são atributos exclusivos da espécie humana. Além disso, ainda que os animais fossem destituídos de qualquer racionalidade ou capacidade comunicativa, a ausência desses atributos não seria uma razão suficiente para que eles sejam excluídos de uma esfera de consideração moral.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito animal, bioética, abolicionismo animal, especismo.

**ABSTRACT:** This essay aims to analyze the use of language and reason as criteria for distinguishing between humans and nonhumans in the light of Cartesian thought. From a critical approach it seeks to demonstrate that reason and language are not suitable criteria to distinguish man from other animals, since they are not unique attributes of the human species. Furthermore, even if the animals were devoid of any rationality or communicative capacity, the absence of these attributes would not be a sufficient reason to exclude animals of a sphere of moral consideration.

**KEYWORDS:** Animal rights, bioethics, animal abolitionism, speciesism.

### 1. INTRODUÇÃO

Após um breve estudo da filosofia ocidental, dos gregos aos dias atuais, é possível ter uma ideia do seu caráter eminentemente antropocêntrico, movido pela crença de que a natureza e os animais existem exclusivamente a serviço da espécie humana. Esse pensamento é a base do que o psicólogo britânico Richard Ryder chama de especismo, segundo ele, uma ideologia que atribui um valor maior aos interesses de uma determinada espécie em detrimento das demais.

Nesse contexto, além de negar um status moral aos animais não humanos, Descartes considerava toda a natureza como uma máquina destituída de qualquer dimensão espiritual. Ao contrário de Aristóteles, por exemplo, que ao menos enxergava nos animais a presença de uma alma ou um lampejo de consciência (capacidade de sentir prazer ou dor), para Descartes os animais eram insuscetíveis de qualquer tipo de sofrimento, físico ou psicológico.

No meio científico, o pensamento cartesiano caiu como uma luva para justificar a experimentação animal, e no meio religioso, ratificou

a cultura judaico-cristã, segundo a qual o homem, feito à imagem e semelhança de Deus, deveria reinar sobre todos outros seres vivos. O pensamento cartesiano também serviu de justificativa para uma relação de domínio e exploração do homem com o meio ambiente, cujas consequências podem ser vistas facilmente nos dias atuais.

## **2. AS ORIGENS DO PENSAMENTO ESPECISTA**

### **2.1 A FILOSOFIA GRECA**

Os fundamentos do especismo tem sua raiz nas origens do pensamento ocidental, notadamente na filosofia grega e na cultura judaico-cristã. Na Grécia antiga, a filosofia levou a razão a ocupar um papel de destaque na busca pelo conhecimento, e o homem, até então considerado o único ser racional, adquiriu um status quase que divino na sua relação com os demais seres vivos.

Os filósofos gregos acreditavam na natureza como um bem a serviço exclusivamente da espécie humana. Os sofistas, por exemplo, especialistas na arte da retórica e do discurso, defendiam a máxima de que o homem era a medida de todas as coisas, afirmação esta atribuída a Protágoras de Abdera, que estabeleceu a essência de um humanismo e relativismo filosófico que influencia até hoje o pensamento ocidental (LOURENÇO, 2008, p.59).

A partir da ideia de que a razão deveria reinar sobre os instintos e desejos do homem, Platão (2005 apud LOURENÇO, 2008, p.63) formulou o modelo de uma sociedade hierarquizada, onde os indivíduos mais racionais deveriam controlar e exercer um domínio sobre os demais. Para ele, os animais não humanos e as plantas possuíam apenas uma alma primitiva, localizada na região do tórax, enquanto a alma racional seria um privilégio exclusivo da espécie humana, com exceção das mulheres, escravos e crianças.

Aristóteles (2009, p.56-57), por sua vez, foi quem primeiro definiu o homem como um animal político, reconhecendo a sua natureza animal, mas também considerava a razão um atributo exclusivamente humano. Defensor da escravidão natural e da superioridade do homem sobre a mulher, Aristóteles acreditava na existência de três tipos de almas: a vegetativa, a sensitiva e a intelectual. Enquanto os vegetais teriam apenas uma alma vegetativa, responsável pela nutrição e crescimento, os animais também teriam uma alma sensitiva, responsável pela

percepção, mas somente o homem teria uma alma intelectual, responsável pela linguagem e pelo senso de justiça.

Apesar de reconhecer nos animais a capacidade de sentir dor, prazer e também de expressar esses sentimentos através da voz - o que depois seria negado por Descartes – Aristóteles (2009, p.54) não considerava a senciência algo relevante a ponto de atribuir aos animais algum valor moral. A existência animal em Aristóteles só terá sentido na sua relação com a existência humana.

Segundo ele, assim como a alma reina sobre o corpo, o homem deveria reinar sobre os escravos e animais, e mesmo os animais domésticos, de natureza superior, estariam em melhor condição se estivessem a serviço do homem. O boi, por exemplo, deveria exercer o papel de escravo numa família de poucos recursos. Esse vínculo de dependência e submissão em relação ao ser humano seria não só justo como também vantajoso para o próprio animal (2009, p.55-62).

O pensamento aristotélico, no entanto, desafia a noção cartesiana de que os animais são meras máquinas ambulantes, na medida em que reconhece que até mesmo alguns animais inferiores seriam dotados de uma sabedoria prática, imaginação e memória, muito embora não tivessem um juízo universal, exclusivo do homem (2010, p.134-151).

Aristóteles (2010, p.172-173) também reconhece que a amizade não é um sentimento exclusivamente humano, podendo ser encontrada também nos pássaros e na maioria dos animais. Essa observação seria meramente casual, se Aristóteles também não atribuísse à amizade um valor superior ao próprio senso de justiça, que, segundo ele, seria um elemento distintivo entre a vida humana e a vida animal. Ora, se amizade é superior ao senso de justiça e também está presente nos animais, não seria nenhuma heresia levá-la em consideração ao se mensurar o valor da vida animal. Esta, porém, não era a conclusão de Aristóteles.

## **2.2 A CULTURA JUDAICO-CRISTÃ**

O pensamento religioso não menos contribuiu para um tratamento desigual na relação do homem com os animais. A crença judaico-cristã atribuída ao livro do Gênesis de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus e que deveria dominar sobre as outras criaturas vivas sempre serviu como justificativa ideológica para uma relação extremamente predatória com a natureza.

Santo Agostinho (2003 apud LOURENÇO, 2008, p.134), por

exemplo, atribuía a alguns objetos, como dinheiro e comida, uma importância maior do que a vida de um animal. Segundo ele, a passagem do evangelho de São Marcos, onde Jesus tira os espíritos malignos de um homem e os coloca numa manada de porcos, que em seguida morre afogada, seria uma evidência da superioridade humana e da irrelevância moral dos animais não humanos.

Para Tomás de Aquino (apud LOURENÇO, 2008, p.146), haveria uma ordem hierárquica na natureza, onde o homem, feito à imagem e semelhança de Deus, ocuparia o posto mais elevado numa escala de perfeição. Assim como Aristóteles, Aquino acreditava que as plantas foram feitas para servir de alimento para os animais e os animais para o homem. O mais interessante é que, para ele, essa relação, além de justa, estaria em perfeita harmonia com o plano divino. Como não há pecado em usar algo para o fim a que se destina, não seria crime algum matar um animal não humano, pois servir de alimento seria algo inerente à própria natureza do animal.

Segundo Nancy Mangabeira Unger (1991, p.61), no entanto, o domínio sobre a natureza da Bíblia se refere ao domínio sobre os próprios impulsos destrutivos e autodestrutivos da natureza humana. Na mitologia grega, os deuses puniam a voracidade e desmesura do homem enviando a ele a deusa Até, a cega loucura, deusa de pés macios, pois pisa apenas sobre a cabeça dos mortais. A partir daí, inicia-se na vida do homem condicionado um processo fatal e irreversível de autodestruição, que se dá como uma consequência natural de suas próprias ações.

A opinião de alguns teólogos cristãos contemporâneos também não se coaduna com a tradição racionalista e antropocêntrica da Igreja Católica. O sentido da palavra “dominar” não é mais visto como uma licença irrestrita para uma relação exploratória, mas sim como o fundamento para uma relação de respeito e cuidado. O homem seria, portanto, não mais o algoz, mas sim o jardineiro do Éden, responsável por cuidar e proteger a natureza e todas as criaturas de Deus.

Na lição de Leonardo Boff (1999, p.27), nos momentos mais críticos de sua trajetória, a humanidade precisa revisitar a sabedoria ancestral dos povos antigos e se colocar novamente na condição de aprendiz. É preciso construir um novo ethos, ou seja, uma nova ética que permita uma nova convivência entre o ser humano e os demais seres da comunidade biótica, propiciando um reencantamento do homem com o universo e toda a sua complexidade de relações.

## 2.3 O PENSAMENTO CARTESIANO

Considerado o fundador da filosofia moderna, René Descartes (1975, p.70) acreditava que o universo seria exatamente como uma máquina, o que se aplicaria inclusive ao próprio corpo humano, cujo funcionamento seria semelhante ao do corpo de um animal. A presença da razão e da linguagem, no entanto, manifestações típicas da alma, e não do corpo, daria uma dignidade maior à espécie humana.

Na sua ótica, se houvesse uma máquina que imitasse perfeitamente o comportamento de um animal, não haveria meio algum de provar que esse animal e a máquina são diferentes. No entanto, se existisse uma máquina que imitasse perfeitamente o comportamento humano, até mesmo do ponto de vista moral, haveria dois meios bastante seguros de diferenciá-la de um homem comum. Um deles seria a linguagem. O outro seria a capacidade de agir de acordo com o conhecimento.

Para Descartes (1975, p.78), os animais não passavam de máquinas biológicas destituídas de qualquer sensibilidade ao prazer e à dor. Além disso, como eles não pensam, e o pensamento seria a função principal da alma, também não poderiam possuir alma alguma. Os seus seguidores chegavam a dizer que o som emitido por um animal em situação de sofrimento não seria diferente do som emitido por um simples instrumento musical (THOMAS, 2010, p.44).

Igualmente a Aristóteles, Descartes (1975, p.58) também descrevia o homem como um animal, mas existem duas diferenças significativas entre o pensamento cartesiano e o aristotélico. A primeira é que Aristóteles reconhecia que os animais tinham uma alma, ainda que inferior à alma humana. A segunda é que, para Aristóteles, os animais eram seres sencientes, ou seja, seres capazes de sentir prazer ou dor.

No que diz respeito à relação do homem com o mundo animal, a filosofia cartesiana não encontrou nenhuma resistência na Igreja Católica. O fato de Descartes ter considerado a alma uma característica exclusiva do homem foi de fundamental importância para eliminar a ideia de um Deus injusto que permitia o sofrimento de criaturas inocentes e a culpa humana por esse sofrimento (THOMAS, 2010, p. 45). Descartes (1975, p.73) acreditava que atribuir uma alma aos animais seria um pecado tão grande quanto negar a própria existência de Deus.

O pensamento cartesiano não era diferente do pensamento de Francis Bacon, segundo o qual o objetivo da ciência seria dominar e controlar a natureza a qualquer custo. Na visão baconiana, o conheci-

mento científico não só poderia como deveria ser usado com a finalidade de tornar o homem o senhor de toda natureza material (CAPRA, 2006, p.56). Segundo Bacon (apud CAPRA, 2006, p.52), a natureza deveria ser escravizada pelo homem, que teria o direito de extrair, sob tortura, todos os seus segredos.

Existem basicamente duas ideias fundamentais para se compreender o caráter especista do pensamento cartesiano. A primeira é a visão mecanicista do mundo, segundo a qual o universo seria uma máquina destituída de qualquer intencionalidade. A segunda é a ideia de que os animais não tinham alma, o que seria talvez a principal razão pela qual o sentimento de culpa não acompanha o homem cartesiano, quando ele submete um animal a uma situação de dor ou sofrimento.

Como explica Fritjof Capra (2006, p.37), Descartes concebe o universo material como uma máquina destituída de qualquer propósito, vida ou espiritualidade, sujeita apenas a leis mecânicas e matematicamente exatas. Essa concepção do mundo se tornou o paradigma dominante da ciência no período que se seguiu a Descartes até o advento da física quântica no século XX, servindo como uma sanção científica para a manipulação e exploração da natureza.

Para Capra (2006, p.37), a ênfase conferida ao pensamento racional na cultura ocidental tem sua síntese no cogito cartesiano (Penso, logo existo), que encorajou o homem moderno a confundir a sua identidade com a mente racional, e não com o organismo como um todo. Essa divisão entre espírito e matéria forjou uma concepção mecanicista do universo, que, por sua vez, foi estendida ao meio ambiente e aos demais seres vivos, considerados máquinas a serem exploradas por diferentes grupos de interesses.

Heron Gordilho (2009, p.129) observa que o mecanicismo cartesiano nega qualquer dimensão espiritual aos animais, que viriam a ocupar o status de simples máquinas destituídas de qualquer sensibilidade, passando a servir de engrenagem dentro do processo de exploração econômica dos recursos naturais pela sociedade industrial então emergente. Na lição de Luc Ferry (2009, p.68), o pensamento cartesiano viria a ser o contraponto da filosofia dos direitos dos animais e o modelo perfeito de antropocentrismo que concede todos direitos exclusivamente à espécie humana.

Na verdade, o objetivo de Descartes era fazer do homem o senhor e proprietário da natureza. Para isso, era conveniente que ele descrevesse as outras espécies como seres inertes e desprovidos de qualquer dimensão espiritual. Assim, ele conseguiu instaurar uma divisão

absoluta entre o homem e a natureza, abrindo espaço para o exercício ilimitado da dominação humana (THOMAS, 2010, p.46).

### 3. ANÁLISE CRÍTICA

#### 3.1 A RAZÃO COMO UMA CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A EXISTÊNCIA

O “cogito ergo sum”, ou “penso logo existo” de Descartes, foi fundamental para que os animais fossem vistos como máquinas destituídas de qualquer valor moral. A leitura feita pelo próprio Descartes de sua máxima sugere que o pensamento é uma condição necessária para a existência, o que merece uma crítica especial neste tópico. O questionamento que se faz é o seguinte: não há dúvida de que o pensamento é uma condição suficiente para a existência, ou seja, se alguém pensa, isto é um sinal de que ele existe, mas seria o pensamento também uma condição necessária para alguém existir?

A fim de responder a essa questão, o cogito cartesiano será visto aqui em duas sentenças distintas: “Se eu penso, logo existo” e “Se eu existo, logo penso.” Da primeira frase, que representa a expressão original da máxima cartesiana, pode-se concluir que o pensamento prova a existência de alguém. Se uma pessoa pensa, isso é uma prova de que ela existe. Mas tão somente isso. Nada impede que outras características, que não o pensamento, venham a provar a sua existência.

A segunda frase, por sua vez, sugere que o pensamento é uma consequência imediata da existência e que tudo o que existe pensa. Se tudo o que existe pensa, então quem não pensa não existe. Ou seja, o pensamento é uma condição necessária para a existência. Se o animal não pensa, ele não existe do ponto de vista moral. Está justamente aqui o erro de Descartes. Muito embora a segunda frase não represente a sua expressão original, esta foi a conclusão adotada pelo próprio Descartes e de forma majoritária pela comunidade científica da época.

Note-se, entretanto, que não existe uma relação de causalidade entre pensamento e existência. A causa do pensamento não é a existência, nem a causa da existência é o pensamento. Uma pessoa não existe moralmente somente porque pensa. Ela merece consideração e respeito também porque sente, deseja, experimenta, tem amigos, família, preferências (ARISTÓTELES, 2010, p.276), e muitos outros atributos negligenciados pelo mecanicismo cartesiano.

Na verdade, Descartes condiciona a existência ao pensamento, de modo que um não possa existir sem o outro. Mas se os animais não pensam como o ser humano, eles existem porque são seres sencientes, buscam o prazer (ARISTÓTELES, 2010, p.165), interagem entre si e com outras espécies através do afeto, da empatia, e por muitas outras características que não deveriam ficar de fora de uma consideração moral.

A senciência, por exemplo, é um item fundamental até mesmo na tutela da vida humana. Os deficientes mentais, as crianças de tenra idade e o nascituro não são munidos de um pensamento propriamente racional, mas nem por isso suas vidas e integridade física são deixadas ao acaso.

### **3.2 A RAZÃO E A LINGUAGEM COMO CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE O HOMEM E OS ANIMAIS.**

Na história do pensamento ocidental, a razão certamente é um dos critérios mais utilizados para se estabelecer os limites entre a vida humana e animal. Aristóteles, Platão, São Tomás de Aquino, Santo Agostinho e Descartes, todos eles se amparavam na razão para justificar a superioridade da vida humana. Num contexto histórico mais recente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz a razão como fundamento dos direitos naturais do homem à igualdade, liberdade e fraternidade.

Muito embora não se possa dizer que os animais tenham uma razão do tipo kantiana, não há como negar que eles tenham um mínimo de inteligência e habilidade para se adaptar ao meio em que vivem. Aristóteles (2010, p.134-151), na Grécia Antiga, já reconhecia que os animais tinham uma sabedoria prática e uma memória individual, sobretudo aqueles que manifestavam um certo poder de previsão sobre a sua própria vida.

Segundo Marc Hauser (apud REVISTA TERRA, 2004, p.51), professor do departamento de Psicologia da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, autor do livro *Wild Minds*, o pensamento não seria nada mais do que um maneira de processar informações de modo a se adaptar às situações e condições do meio ambiente. Para ele, os animais pensam como crianças que não aprenderam ainda a utilizar a linguagem.

No mesmo sentido, Charles Darwin (2009, p.161) explica que os animais possuem inclusive um senso de utilidade. Um cachorro, quando se aproxima do outro, demonstra através do seu movimento que não tem a intenção de brigar. Além disso, alguns gestos que se manifestam a

partir de determinados sentimentos, às vezes, são usados pelos animais para manifestar um sentimento completamente oposto. Cachorros e gatos, quando brincam, têm consciência de que não podem abusar de suas unhas e dentes afiados, caso contrário, podem ferir um ao outro.

No que diz respeito à linguagem, Darwin (2009, p.59) observa que, para os animais sociais, o poder de intercomunicação entre os membros de uma mesma comunidade e com outras espécies é de suma importância. Muito embora essa comunicação normalmente ocorra através da voz, os animais também utilizam gestos e expressões faciais para se comunicarem. Segundo ele, os macacos poderiam compreender perfeitamente gestos e expressões um do outro e também do próprio ser humano.

Darwin (2009, p.79) realça que a voz é utilizada pelos animais com múltiplas finalidades. Os animais que vivem em comunidade geralmente chamam uns aos outros quando estão separados e experimentam uma grande alegria quando se encontram novamente. Os filhotes chamam pela sua mãe e a mãe também chama pelos seus filhos quando estão perdidos. O naturalista inglês constatou que os homens que trabalhavam com quadrúpedes de grande porte são tomados pelo sentimento de pena quando presenciam seus gritos de sofrimento.

Para Sigmund Freud (apud HABERMAS, 1982, p.255), entretanto, a linguagem é linha divisória que separa a vida humana da vida animal. Segundo ele, a espécie humana se distingue da animal por uma série de atributos e processos internos que permitem ao homem adquirir a qualidade de ser consciente. Essa função seria exercida justamente pela linguagem.

Neste viés, Gadamer (1999, p. 645) dirá que a linguagem é uma condição para a existência, assim como era o pensamento para Descartes. Se um ente não se comunica, ele não existe para a comunidade moral. Seria somente por um equívoco que se acredita na existência de uma linguagem nos animais, já que a linguagem, em seu uso, é uma possibilidade variável e livre exclusiva da espécie humana.

Na visão cartesiana, a ausência da fala nos animais se deve não a uma deficiência motora, mas sim a uma incapacidade intelectual. Os papagaios, por exemplo, conseguem pronunciar palavras, mas são incapazes de falar como um ser humano e pensar no que dizem. Já os homens que nascem surdos e mudos não possuem órgãos capazes de falar, mas conseguem criar sinais através dos quais conseguem se comunicar entre si e com outras pessoas. Isso não prova apenas que os animais possuem uma razão inferior à razão humana, mas sim que são destituídos

de qualquer atributo racional (DESCARTES, 1975, p.71).

Refutando a ideologia especista e o paradigma cartesiano, um casal de cientistas norte-americanos, Allen e Beatrice Gardner, percebeu que a dificuldade dos animais em falar não tinha como causa a incapacidade intelectual, mas sim uma deficiência motora que os impedia de pronunciar as palavras como seres humanos. Tentando comprovar essa tese, o casal tentou ensinar a linguagem dos sinais para um chimpanzé de nome “Washoe”, e, para a admiração geral, tiveram êxito. O animal aprendeu cerca de trezentos e cinquenta sinais diferentes e a usar corretamente cerca de cento e cinquenta. O mais surpreendente é que o chimpanzé, além de aprender a linguagem dos sinais, passou a ensiná-la a um bebê chimpanzé por ele adotado posteriormente (SINGER, 2006, p.120).

A utilização da linguagem ou da razão como critério para se aferir o status moral de um indivíduo, no entanto, pode ensejar consequências polêmicas, como a negação desse status a crianças de tenra idade e deficientes mentais, que não detêm um desenvolvimento mental completo. Condicionar a existência moral à presença da linguagem é também reduzir a existência ao significado a ela atribuído pelo homem, pois o que é linguagem para uns não é para outros.

Tudo depende do sentido que se atribui ao conceito de linguagem. Note-se que a discussão sobre o que é ou não linguagem pode ser utilizada também para estabelecer uma hierarquia entre povos e culturas que utilizam diferentes formas de comunicação, seja ela escrita, falada ou visual. Um exemplo aqui seria os povos aborígenes. Ao se fazer uma associação entre linguagem e valor moral, seria possível atribuir um valor inferior à linguagem desses povos, e, assim, estabelecer um valor moral inferior não só a sua cultura, mas também à vida de seus membros.

### **3.3 RAZÃO E CONSIDERAÇÃO MORAL**

Independentemente de se reconhecer nos animais uma capacidade de inteligência ou não, é preciso analisar por que a ausência de razão faz com que os interesses à vida e ao não sofrimento dos animais sejam moralmente irrelevantes.

Segundo Immanuel Kant (2000, p.68), a racionalidade, enquanto capacidade de ser livre para consentir e se submeter a uma lei moral universal, seria o motivo pelo qual o homem não deveria nunca ser visto como um meio, mas sim como um fim em si mesmo. Na sua ótica, os animais teriam apenas um valor condicional, na medida em que, se não forem úteis ou ne-

cessários de alguma forma para a espécie humana, não teriam valor algum.

No entanto, Kant (1989, p.309) dirá que o ser humano tem deveres indiretos em relação aos animais, considerando que a insensibilidade para com um animal pode levar à insensibilidade para com o próprio homem. Para ele, maltratar os animais é contra o dever que o homem tem em relação a si mesmo, já que, ao embotar a compaixão que se tem em relação aos animais, termina por enfraquecer uma disposição natural da moralidade na relação com a própria espécie humana. Esses deveres, entretanto, não levariam em conta o sofrimento animal em si, mas apenas o impacto que esse sofrimento pode causar nas relações humanas. Daí serem também chamados de deveres indiretos.

O filósofo norte-americano Tom Regan (1983, p.182) aponta uma falha estrutural na teoria kantiana, que para ele seria injusta e arbitrária. Se Kant reconhece que maltratar um animal pode levar alguém a maltratar um ser humano, isso ocorre porque há uma semelhança óbvia entre o homem e o animal que não existe entre um homem e um objeto qualquer. Esta semelhança é justamente a senciência, ou seja, a capacidade de sentir prazer ou dor. A maioria dos sintomas observados em um animal, em situações dolorosas, também é encontrada em um ser humano comum. Logo, se o sofrimento humano e o sofrimento animal são iguais, ou pelo menos parecidos, e causar sofrimento em um homem é errado, por que também não seria errado causar sofrimento a um animal?

Para Bernard Rollin (1992, p.53), a filosofia kantiana sugere que a racionalidade é uma condição necessária e suficiente para que alguém seja considerado um agente moral. No entanto, a racionalidade sozinha não preenche por completo a ideia de moralidade. Por que se deveria considerar moralmente alguma atividade que não tem nenhuma relação com a razão, como a dor, por exemplo? Seria porque alguns aspectos da vida, como os sentimentos, os desejos e os prazeres diários estão diretamente relacionados com a atividade racional? Obviamente que não. A maioria das preocupações morais que uma pessoa tem em relação às outras não tem nenhuma relação com o fato de elas serem ou não racionais. Pelo contrário, todos se sentem, de certa forma, na obrigação de respeitar alguns aspectos da vida que não têm nenhum vínculo com a razão. É por isso que, por exemplo, não seria correto deixar uma pessoa passar por fome e frio mesmo se ficasse comprovado que essas privações trariam como resultado um aumento em sua capacidade intelectual.

O também alemão Arthur Schopenhauer (2001, p.60) irá tecer críticas incisivas à filosofia kantiana. Para ele, Kant se equivoca ao tra-

tar a razão como um princípio ético fundamental. Muito embora se tenha acreditado que os homens mais racionais atuem sempre de forma refletida e cautelosa, isso não implica necessariamente um comportamento ético. Muito pelo contrário. Pode-se muito bem agir de forma racional, refletida, prudente, metódica e movido pelas máximas mais egoístas e perversas. É por isso que, antes de Kant, jamais alguém identificou o comportamento justo e virtuoso com o comportamento racional. A razão e a injustiça também andam de mãos dadas. Além disso, é a sua união que torna possível, muitas vezes, os crimes mais graves e de maior repercussão social.

Analisando a comunidade ideal de Habermas, pautada na racionalidade do homem e na capacidade lógica de argumentação, Agnes Heller (apud LUÑO, 2001, p.171), filósofa húngara, observa que os homens que seguem o ideal da racionalidade não são homens íntegros, pois carecem de corpo, sentimentos e nem sequer têm relações humanas. A relação entre eles se ampara exclusivamente na discussão de valor, o que não é suficiente para um ser humano.

#### **4. CONCLUSOES ARTICULADAS**

Diante do exposto acima é possível se chegar às seguintes conclusões:

4.1 Na filosofia cartesiana, a razão e a linguagem são vistas como critérios de distinção entre a vida humana e a vida animal, partindo-se da crença de que estes atributos são exclusivamente humanos. Ratificam esse pensamento: Aristóteles, Platão, Habermas, Gadamer, Sigmund Freud, Immanuel Kant e uma parte significativa dos filósofos ocidentais.

4.2 Além de critério distintivo, razão e linguagem são usadas como justificativa para excluir os animais de uma esfera de consideração moral, e, conseqüentemente, cancelar a sua exploração pelo homem.

4.3 A máxima cartesiana em sua expressão original, “Penso, logo existo”, sugere apenas que a racionalidade é uma condição suficiente para a existência. Todavia, a leitura feita pelo próprio Descartes, e por toda comunidade científica da época, sempre se orientou no sentido de que a razão seria uma condição necessária para a existência, de modo que a ausência de pensamento implicaria na própria inexistência moral.

4.4 A preocupação moral que um indivíduo tem em relação ao próximo está muito mais relacionada com a capacidade de sentir do outro do que com a capacidade de pensar. Na verdade, a disposição mo-

ral implica o respeito a alguns aspectos da vida que não têm nenhuma relação com a razão ou com a linguagem.

4.5 Privilegiando o princípio da reverência à vida, conclui-se que a diferença não implica necessariamente a exploração de um ser pelo outro. Assim como ocorre na relação do homem adulto com crianças e deficientes, a superioridade humana deve conduzir a uma relação de proteção e de cuidado, e não de negligência à vida e ao sofrimento dos animais.

## 5. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. **Tradução de Torrieri Guimarães**, 4.ed. São Paulo: Martins Claret, 2010.

ARISTÓTELES. Política. **Tradução de Pedro Constantin Tolens**, 5.ed. São Paulo: Martins Claret, 2009.

BOFF, Leonardo. Saber Cuidar: **Ética do humano – compaixão pela terra**. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

DARWIN, Charles. **A expressão das emoções no homem e nos animais**. Tradução de Leon de Souza Lobo Garcia, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DESCARTES, René. **O Discurso Sobre o Método**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: HEMUS – Livraria Editora – LTDA, 1975.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

EXISTO, logo Penso. **Revista Terra**, p. 47-58, jan. 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GORDILHO, Heron José Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Introdução e tradução de José N. Heck, Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A, 1982.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, Lda, 2000.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Trad. Adela Orts y Jesús Sancho. Madrid: Técnos, 1989.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais. Fundamentos e Novas Perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 7. ed. Madri: Tecnos, 2001.

REGAN, Tom. **Do animals have a right to life?** Disponível em: <<http://www.animal-rights-library.com/texts-m/regan01.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

REGAN, Tom. **Case for animal rights**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1983.

ROLLIN, Bernard E. **Animal Rights & Human Morality**. New York: Prometheus Books, 1992.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral**. Tradução Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

THOMAS, Keith. **O Homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

UNGER, Nancy Mangabeira. **O Encantamento do Humano: ecologia e espiritualidade**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

# O sentido de justiça em Kant

Írlen dos Anjos Bastos<sup>1</sup>

Margarete AVP Simon<sup>2</sup>

**Resumo:** A justiça no pensamento kantiano e seus variados vieses contribuem até os dias atuais para diversos estudos, precipuamente para a doutrina do Direito, o que conduz à expansão intelectual, jurídica e, sobretudo, humana dos aplicadores do Direito, bem como, uma visão pluridisciplinar, contemporânea e humanizada dos novos fatos jurídicos. A justiça deve permear as relações jurídicas e interpessoais, isto só pode ser alcançado com o uso da razão na elaboração e aplicação das leis e, sobretudo, com o respeito aos princípios de liberdade e igualdade. O método desta pesquisa foi de cunho exploratório da obra kantiana *Metafísica dos Costumes* e comentadores.

**Palavras-chave:** Immanuel Kant. Justiça. Liberdade. Igualdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Na história filosófica foram realizados vários estudos sobre o conceito de justiça. Grandes filósofos dedicaram suas vidas a fim de desvendá-lo. Por se tratar de um tema demasiado complexo, há, por parte dos filósofos, compreensão diferenciada acerca desse assunto. Assim, uma interpretação do conceito de justiça que expresse uma consciência coletiva tem sido um desafio e objeto de muito questionamento.

É inegável que formar um conceito de justiça que seja reflexo da vontade de todos trata-se de uma tarefa árdua. Em um cenário onde há singularidades de indivíduos e que cada qual possui uma consciência particular do que é justo e injusto, torna-se imperioso discutir acerca de um conceito universal de justiça. Pensadores que tratam do assunto se dão ao prazer de divergir. Seria justa a ação em conformidade com o ordenamento jurídico? Ou justa seria a ação com aspecto valorativo, atrelada à moral e a virtude? Trata-se aqui de um conceito designado por um critério jurídico ou um critério axiológico?

O direito natural e o direito positivo se esgrimam na fundamentação do conceito do justo e do injusto e utilizam de diferentes critérios para defini-los. Mas a dúvida que se ergue diante dessa luta de espadas afiadas é se uma ação puramente jurídica, de acordo com os ditames da lei, seria uma ação necessariamente justa.

É de suprema importância que se estude os mais variados concei-

1 Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Empresariais — FACEMP. irlen\_anjos@hotmail.com.

2 Doutora em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Professora da Faculdade de Ciências Empresariais (FACEMP) em Santo Antônio de Jesus, na Bahia, na qual também coordena o Núcleo de Pesquisa Científica "Cultura, Emoção e Ação no Direito".

tos a fim de expandir o conhecimento sobre esse tema historicamente abordado, mas que se renova a cada dia por estar atrelado a processos empíricos e existências da vida humana, os quais perpassam gerações e fronteiras e resultam nos mesmos questionamentos.

A proposta de se discutir acerca do assunto leva a expansão intelectual, jurídica e sobretudo humana o que acarreta numa visão pluridisciplinar, contemporânea e humanizada das necessidades coletivas, que se multiplicam e se individualizam na mesma proporção em que a sociedade evolui.

O posicionamento do aplicador do direito frente aos novos fatos sociais que repercutem no mundo jurídico carece de uma conduta justa. Em seus estudos o filósofo moderno – Immanuel Kant 1724 – 1804 coloca o sentido de justiça como princípio orientador da conduta humana, para tanto, é imprescindível o conhecimento não só do ordenamento jurídico como também adentrar nas minúcias desses novos fenômenos sociais que exigem do juiz um julgamento assentado em interpretação consciente das leis e principalmente sensível a unicidade de cada caso. E, é exatamente por isso que essa pesquisa, seu fundamento e principalmente a sua inserção no sistema jurídico é uma tarefa convidativa e imensamente necessária. Seu método foi de cunho exploratório a partir de literatura específica: a obra kantiana *Metafísica dos Costumes* e alguns comentadores.

Kant, para a filosofia do Direito, traz à luz a definição do que é justo e injusto tanto para ao Direito Positivo, quando para o Direito Natural, e as ações do indivíduo ligada a sua liberdade. Portanto, faz-se necessária uma análise sobre essa dialética, já que, segundo o filósofo, a liberdade está diretamente associada à ideia de justiça, e precisa atender a uma lei universal. Ambas as doutrinas e suas principais divergências serão analisadas no presente estudo, bem como, sobre qual doutrina o sistema judiciário brasileiro se assenta para a regulação dos conflitos sociais.

## **2 CONCEITO DE JUSTIÇA EM KANT**

Os conceitos filosóficos de justiça mostram-se distintos. Analisar brevemente a concepção de justiça em Sócrates, Platão e Aristóteles fundamenta historicamente o presente estudo e serve como premissa aos pensamentos dos filósofos que virão a seguir, inclusive, Kant.

Sócrates (470 - 399 a.C.) pensava justiça a partir do ser humano, não como elemento isolado, mas inserido na sociedade. Ele vai além quando nega a justiça como vontade divina “as coisas não são justas porque os deuses querem, mas os deuses as querem porque são justas”.<sup>3</sup>

---

3 PLATÃO, A República. Trad. Enrico Convissieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

Para Platão (427 – 347 a.C.), Seguidor de Sócrates, ser justo é estar de acordo com as leis, já que a justiça consolida a lei, e, portanto, o direito. Ele traz a justiça como um elo permanente com a felicidade, afirmando a máxima de que ser justo é ser feliz “a vida mais justa é a mais bem-aventurada”.<sup>4</sup>

Seguindo o curso da história tem-se o pensamento Aristotélico (384 – 322 a.C.) segundo o qual a justiça é a maior das virtudes, uma virtude moral que seria adquirida através da prática reiterada de boas ações, tornando-se assim, um hábito.<sup>5</sup>

Já na era moderna, Kant estabelece uma nova formulação do conceito de justiça, afastando-se parcialmente da concepção de justiça como virtude, como uma ideia ou, para os estoicos, como razão, mas acrescentando ao que já fora posto, uma nova perspectiva e um olhar voltado para questões que até então não tinham sido tratadas, tais como a liberdade das ações e a igualdade como elemento regulador.

A ideia de justiça em Kant está mais voltada para a organização da sociedade e, por conseguinte, do Estado. Seu critério de justiça propõe que uma conduta justa é aquela que está de acordo com as leis externas criadas racionalmente e a injusta é aquela que as contraria.

Assim, para ser justo a conduta do indivíduo deve estar em conformidade com os ditames da lei (dever jurídico), mas não se limita somente a tal critério para se estabelecer a justiça, ele traz à luz de seu entendimento o dever ético, que diferentemente do dever jurídico, não se sujeita a legislação positivada. O dever ético está associado às leis internas (morais) e em seus estudos, por vezes, é colocado como dever de virtude e até mesmo como dever de respeito para com os outros. Assevera Kant: “embora [o dever de livre respeito para com os outros] tratar-se de um mero dever de virtude, é análogo ao dever jurídico de não fazer minguar a ninguém aquilo que é seu [...]”.<sup>6</sup>

Diante da impossibilidade da criação de leis que reflitam rigorosamente os elementos das leis internas é que se avalia o justo e o injusto a partir do aspecto externo, ou seja, a partir do momento em que a vontade torna-se ação, a qual, por sua vez, será analisada no que se refere a sua adequação ou não ao ordenamento jurídico.

É nesse contexto da exteriorização da vontade dando origem a uma ação que repercute no convívio social, que Kant volta sua pre-

4 RECANTO DAS LETRAS. A evolução do conceito de Justiça. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3614409>>. Acesso em: 03/02/2016.

5 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

6 Tradução de José Lamego: KANT, I. A Metafísica dos Costumes. 2004, p. 392.

ocupação para o indivíduo em meio a organização social, jurídica e política. Ele direciona seus estudos tendo como base o ser humano não em sua individualidade, mas como parte da sociedade. Nesse sentido, aproxima-se do pensamento de Sócrates apreciado na introdução desse artigo. Percebe-se, na teoria kantiana, o aspecto da universalidade sobrepujando o individualismo, desse modo, a justiça é colocada como centro e atuando em função dela, a liberdade e a igualdade.

Kant traz como fundamento de justiça os conceitos de liberdade e igualdade que em vários momentos aparecem como sendo a própria justiça. Sua teoria acerca desses conceitos como alicerces da ideia de justiça foi base para um dos maiores acontecimentos históricos de sua época: a Revolução Francesa.<sup>7</sup>

Nessa nova perspectiva, a liberdade aparece como arbítrio. O filósofo trabalha a ideia do ser humano inserido no contexto social onde suas ações, concebidas como liberdades externas, repercutem diretamente na coletividade, portanto, o exercício do arbítrio de uma pessoa não pode prejudicar as liberdades externas de outrem. As ações de cada indivíduo, segundo o seu arbítrio, não podem afetar a esfera do arbítrio de terceiros, caso isto ocorra caracterizar-se-á uma ação injusta.

Segundo o entendimento kantiano, uma ação justa seria exatamente o livre exercício do arbítrio de um indivíduo em coexistência com a liberdade de exercício de outros indivíduos. Dessa forma, Kant enfatiza que o critério de justiça está atrelado a existência de liberdade de ações e que estas devem coexistir pacificamente segundo a lei universal: “É justa toda ação que por si ou por sua máxima não constitui obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo as leis universais.”<sup>8</sup>

Sendo assim a ideia de justiça em Kant é apresentada em três momentos: no primeiro momento tem-se por justa a ação que admite a liberdade como sendo um direito natural pertencente a todos os humanos. No segundo momento, justa seria a ação por meio da qual seriam realizadas as liberdades externas de cada um, contudo, tendo a igualdade como elemento limitador que, nesse sentido, aparece como lei universal harmonizando e estabelecendo a organização social. No terceiro momento, justa seria a lei criada tendo como base a racionalidade, a partir disto ter-se-ia uma ordem jurídica universal que compusesse a vontade de todos.<sup>9</sup>

---

7 JOAQUIM, CS. A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 6.

8 KANT, Emmanuel. Doutrina do direito. 2. ed. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 46.

9 JOAQUIM, CS. A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Destarte, a liberdade como expressão de toda a vontade humana ergue-se como primeiro fundamento de justiça, mas em seu encaixe está a igualdade como lei universal limitando o exercício das liberdades de cada um, harmonizando-as de modo a garantir a organização social.

A igualdade, em Kant, apresenta-se com três aspectos: todos os seres racionais são igualmente detentores do direito a liberdade (direito natural); a igualdade como elemento limitador das liberdades individuais para a formação de uma sociedade civil organizada e a igualdade num contexto político na participação da criação da vontade geral, o que inclui também as leis. Essa organização social seria alcançada com uso da razão na elaboração do direito positivo.

### **3 CRITÉRIOS DE JUSTIÇA NO DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO**

Em Kant, o Direito Natural ocupa-se dos princípios a priori, aqueles que se originam da razão, portanto, para definir o que é justo ou injusto é preciso afastar-se do empírico e valer-se sempre da razão. Para sua doutrina do Direito Natural somente a razão como legisladora interna pode definir o que é justo ou injusto, já que está se fundamenta em princípios sólidos e imutáveis fornecendo, assim, um conceito universal de justiça.

Já o Direito Positivo tem como objeto as leis positivas e estas se criam a partir das experiências práticas. O direito positivo diferentemente do Direito Natural, não se apegam ao aspecto racionalista, volta-se para os princípios empíricos (a posteriori), preocupa-se somente com a observação dos códigos positivados.

Sendo assim, para a doutrina do Direito Positivo, o operador do direito deve buscar o critério de justiça nas leis positivas e seguir rigorosamente o que está previsto no ordenamento jurídico. O critério de justiça advém da vontade do legislador no exercício do poder que lhe foi conferido. A vontade do legislador reflete a vontade do Estado que dita o que deve ou não ser considerado justo.

No Direito Natural, a razão gera autonomia de juízo culminando na capacidade de questionar, refletir e criticar a verdade das leis postas. Já o direito Positivo é submisso ao Estado e não pode ir contra a sua autoridade. Diante do exposto, percebe-se que as duas doutrinas utilizam-se de diferentes critérios para a definição do justo e do injusto. Enquanto a primeira busca, na razão, o seu critério de justiça, a última afirma que tal critério deve ser extraído das leis.

O direito natural é fundamento racional do direito positivo, logo, a criação das leis e de todo ordenamento jurídico tem o direito natural como fonte primeira. O direito positivo, a partir de suas experiências práticas limita-se somente em estabelecer o que lícito e ilícito em tempo e espaço delimitados, podendo sofrer variadas alterações e obedecendo primordialmente a vontade do Estado.<sup>10</sup>

São os princípios do Direito Natural que orientam a direito positivo. Segundo Kant, o Direito Natural além de dar direcionamento e orientação às reformas políticas, deveria ser fundamento para qualquer ato oriundo do poder legislativo. Ainda afirma que uma constituição legítima deveria ser fruto da razão pura e não das experiências empíricas e que os princípios do Direito Natural deveriam ser respeitados acima de tudo em sua elaboração.<sup>11</sup>

Os aspectos ético e moral são intrínsecos ao conceito de justiça kantiano por este considerar que a razão teria uma função legisladora, ou seja, que o ser humano teria a autonomia de criar leis internas que o direcionariam a agir sempre orientado pela razão.

A ação moral deve assentar-se na razão, cumprindo as exigências de uma lei ética (interna), diferentemente da ação legal, a qual, preocupada somente com a conformidade da ação com lei, não se importa com a consciência do agente.<sup>12</sup> Nas palavras de Kant:

“A mera concordância ou discordância de uma acção com a lei, sem ter em conta os seus móveis, chama-se legalidade (conformidade com a lei), mas aquelas em que a ideia de dever decorrente da lei é ao mesmo tempo móbil da acção chama-se moralidade (eticidade) da mesma.”<sup>13</sup>

O valor de justiça deve sempre emanar da razão, sendo assim, uma ação justa ultrapassa os limites de conformidade com as leis positivas, indo além da noção de lícito e ilícito jurídico, apesar destes também serem suscitados a partir do justo e injusto.

É insuperável o entendimento de que estar em conformidade com o ordenamento jurídico não significa irrefutavelmente estar agindo com justiça, com razão. Uma ação lícita pode violar odiosamente os princípios mais sublimes do Direito Natural, reconhecidos a todo ser humano, e uma ação que não segue rigorosamente os ditames da lei pode, a depender da individualidade do caso em questão, ser a mais justas das ações.

---

10 WEBER, T. Direito e Justiça em Kant. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2013.

11 PERES, TD. Kant e o Sentido de Justiça. Universidade Federal da Bahia.

12 SANTOS, P dos R. A moral e a justiça no pensamento de Immanuel Kant. Dissertação – Universidade Federal de Santa Catarina Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2011.

13 “Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben die Legalität (Gesetzmäßigkeit), diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.” KANT, I. DMS, 1968, p. 219, 12-16. Tradução de José Lamego: KANT, I. A Metafísica dos Costumes, 2004, p. 27.

## 4 A JUSTIÇA E SUA INSERÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO

Kant desenvolve a ideia da justiça social, além de um conceito eminentemente ético, trata-se também de um conceito político no sentido mais democrático da palavra, no qual se integra o sentido de liberdade e igualdade ao ser humano, não somente como parte isolada, como também, intermetido no contexto social. O aspecto social é uma preocupação para Kant, visto que a ideia de liberdade e igualdade que constitui sua teoria sobre justiça é inerente à condição humana, devendo, assim, ser respeitadas na ordem política.

Inserida à concepção de justiça social, está a ideia de dignidade da pessoa humana, que assim como a liberdade e a igualdade, é própria do ser humano, e, juntas, corroboram para a realização do bem supremo para uma vida racional em sociedade.

Já é manifesto que segundo a construção filosófica de Kant as ações de uma pessoa não podem interferir nas liberdades de ações de outras. A interação pacífica de todas as liberdades segundo a lei universal é o ponto de morada da justiça, sendo assim, uma ação que obstaculiza o livre exercício das ações de outrem, é, portanto, uma ação injusta.

Quando se fala em sociedade organizada, deveria se pressupor que as pessoas se dispuseram espontaneamente a agir uns para com os outros com total solidariedade e harmonia. A coerção representada pela legislação jurídica é a ferramenta do Estado para possibilitar que todas as liberdades externas coexistam, fazendo com que as pessoas convivam mutuamente e coibindo as ações injustas.<sup>14</sup>

O justo e o injusto são analisados quase sempre na perspectiva de quem comete a ação, se esta se obedece ou não ao estabelecido previamente em lei; mas apropriando-se de outra ótica, de um ponto no qual seja possível analisar os aplicadores do direito no exercício de suas funções, exsurge uma preocupação: aqueles exercem a sua função fundada nos princípios de justiça ou aplicam somente as leis e o que elas dispõem?

Como já é sabido, o Direito Positivo tem como justa a ação segundo os ditames da lei, enquanto Kant vai à contramão afirmando que a elucidação de justo tem que ser extraído da razão, obedecendo aos princípios de justiça do Direito Natural. Diante dessa retomada, e a partir da comparação e análise dos conceitos aqui trabalhados, percebe-se que o sistema judiciário brasileiro é influenciado quase que em

14 WEBER, T. Direito e Justiça em Kant. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2013.

sua totalidade pelo positivismo jurídico.

Tem-se hoje um sistema no qual, quase sempre, utiliza-se de uma interpretação literal do texto. No âmbito da validade, o judiciário dispõe de competência para interpretar as leis, podendo afastar uma lei ou interpretação que segundo seu julgamento será injusta. Para isto, utiliza-se do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Ademais, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro dispõe em seus artigos 4º e 5º respectivamente que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Mesmo com tal competência e extensa possibilidade de afastar uma lei injusta, vê-se que a interpretação das leis ainda é realizada de forma predominantemente dogmática.<sup>15</sup> Há incidência de muitas decisões judiciais pautadas estritamente na letra da lei, desatendendo por muitas vezes as peculiaridades do caso. O formalismo jurídico excedido se faz presente desde o processo de ensino-aprendizagem dos estudantes de Direito que, durante sua formação, limitam-se ao estudo dos códigos de leis.

O positivismo exacerbado conduz o operador do Direito a um conhecimento meramente técnico, desprovido de uma visão crítico-reflexiva dos fenômenos jurídicos e suas idiossincrasias e lamentavelmente insensível às necessidades coletivas. Como expõe Amilton Bueno de Carvalho:

“Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente criticada, sob pena de sermos, juízes, promotores e advogados, agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano. Não quero dizer que não se possa optar por tal sistema, mas que, se assim se fizer, o seja conscientemente.”<sup>16</sup>

O operador jurídico deve lançar mão de todos os métodos hermenêuticos legais na apreciação dos casos que lhe forem submetidos, deve transpor as barreiras do formalismo jurídico buscando os novos campos do conhecimento sociológico. Uma visão multidisciplinar acerca dos fatos sociais torna-se exigível no impasse de que a lei não prevê a multiplicidade de acontecimentos, portanto, é necessário o uso de outras ferramentas para o entendimento e apreciação desses fatos, os quais não podem subsistir sem uma solução legal por parte do judiciário.

## 4- CONCLUSÃO

---

15 BOTTAN, AC; SILVA, MM da. O conceito de Justiça segundo o pensamento de Immanuel Kant na criação judicial do Direito. *Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 1 - p.117 - 132, jan./jun. 2005.

16 CARVALHO, AB de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p.29.

O sentido de justiça como conceito universal na formação de uma consciência coletiva seria possível com o uso absoluto da razão, através da qual as pessoas, em sua particularidade de ações, se direcionariam para a realização do bem comum gerando cooperação nas relações interpessoais, o que resultaria em benefícios para todos.

A justiça assume seu valor máximo no momento em que cada um reflete sobre os efeitos do exercício de suas liberdades no âmbito social. Os indivíduos são seres sociais, mas que, sobretudo, residem em esferas individuais de existência, e, a consciência sobre isto se constitui do respeito nas relações, do conhecimento dos deveres assumidos e principalmente dos direitos adquiridos enquanto pessoas.

Não se pode almejar uma sociedade na qual todas as liberdades coexistam pacificamente, sem que os possuidores destas liberdades tenham o conhecimento dos seus direitos e limites enquanto executores de suas ações. Não há como existir uma consciência que exerça satisfatoriamente seus deveres, sem possuir distintamente o conhecimento de suas garantias e liberdades, e que as tais lhes são inerentes, irrenunciáveis e que devem acima de tudo ser respeitadas e prestadas pelo Estado.

O sentido universal de justiça emana de uma sociedade esclarecida. A razão, em igual percurso, nasce no momento em que se descobrem seres humanos dotados de consciência livre e que essa condição não lhes é negada com ataques violentos aos princípios solenes do Direito, tal como o da dignidade da pessoa humana.

O uso consciente da razão brota da igualdade percebida nas relações. A racionalidade emerge de uma sociedade na qual todos tenham, efetivamente, iguais direitos e deveres, e que nascer pobre não é condição determinante para que as garantias e direitos lhe sejam cerceados.

O sentido de justiça de Kant, extraído da razão, caminha em conformidades com as leis externas consolidadas na racionalidade e precipuamente de mãos dadas com o dever ético para com os outros. É o dever ético criando pontes entre a racionalidade e as leis frias, entre o dever jurídico e a moral. É preciso criar leis justas que atendam aos fins sociais e as exigências do bem comum.<sup>17</sup> Nenhum objetivo social pode ser buscado e alcançado com leis injustas que não obedeçam aos princípios fundamentadores da justiça: liberdade e igualdade.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>17</sup> Artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

ÂMBITO JURÍDICO. **O ideal de justiça em Aristóteles**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1613](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1613)> acesso em: 03/02/2016.

BOTTAN, AC; SILVA, MM. **O conceito de Justiça segundo o pensamento de Immanuel Kant na criação judicial do Direito**. Novos Estudos Jurídicos - v. 10 - n. 1 - p.117 - 132, jan./jun. 2005.

JOAQUIM, CS. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

JUS NAVEGANDI. **Dogmática e Justiça: uma reflexão sobre a função judicial no processo decisório**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16972/dogmatica-e-justica-uma-reflexao-sobre-a-funcao-judicial-no-processo-decisorio/2>> acesso em: 13/02/2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

OLIVEIRA, M de. **A justiça em Sócrates**. Universidade Federal de Santa Catarina.

SANTOS, RP dos. **A moral e a justiça no pensamento de Immanuel Kant**. Dissertação – Universidade Federal de Santa Catarina Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2011.

PHILOSOPHIA NA REDE. **A história do conceito de justiça**. Disponível em <<http://philosophianarede.blogspot.com.br/2010/06/historia-do-conceito-de-justica.html>> acesso em: 03/02/2016.

RECANTO DAS LETRAS, **A evolução do conceito de Justiça**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3614409>> acesso em 03/02/2016.

PERES, DT. **Kant e o sentido de justiça**. In: Daniel Tourinho Peres (Org.). Justiça, Virtude e Democracia. Salvador: Quarteto, 2006, v. p. 43-52.

WEBARTIGOS, **Sócrates e o conceito de Justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/socrates-e-o-conceito-de-justica/99874/>> acesso em: 03/02/2016.

WEBER, Thadeu. **Direito e Justiça em Kant**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho 2013.

# Ciência, autonomia e sensibilidade e os reflexos causados no ser humano

Liliane de Fátima Araujo Barreto\*

Margarete Simon\*\*

Resumo: Teorias científicas refletem diretamente no cotidiano dos indivíduos, esclarecendo-os. Contudo tal esclarecimento pode assumir viés diferente, ora positivo ora negativo, imputando consequências a toda sociedade.

Neste artigo analisaremos a relação existente entre ciência, autonomia e sensibilidade a partir das teorias filosóficas de Immanuel Kant e Theodor Adorno. Constatou-se que o desenvolvimento científico pode produzir no ser humano uma posição passível e alienada, tolhendo-lhe a autonomia e tornando-o insensível ao seu entorno, isto porque o homem perde a autonomia de pensar e de tomar decisões, afinal a ciência tende a direcionar tudo.

Palavras-chave: ciência, pensamento, alienação, conhecimento.

## INTRODUÇÃO

Por volta do séc. V a.C., a partir de estudos filosóficos em busca de explicações racionais sobre tudo o que acontece, os seres humanos alcançaram a compreensão que possuem capacidade de desenvolver pensamentos lógicos e produzir ciência. Com o desenvolvimento técnico-científico, notou-se que o ser humano se submetia facilmente ao estabelecido, abrindo mão de sua habilidade de pensar e transformando-se em um receptáculo de todo conhecimento obtido.

Agir de maneira contrária ao que foi descoberto seria um retrocesso. Apesar do ser humano se considerar livre, segundo Theodor Adorno (1947), em sua obra *Dialética do Esclarecimento*, se tornou um ser alienado pelas teorias, normas, regulamentos decorrentes do oportunismo desmedido em torno das diversas ciências.

Conforme Kant, em seu texto *Aufklärung*, o esclarecimento possibilita ao homem a liberdade que o aproxima de sua natureza interna, de seu ser autêntico e autônomo, conduzindo-o a pensar, desejar e agir; ao contrário dos ditames externos, os quais o tornam insensível a si mesmo e ao seu entorno.

É preciso que ciência, autonomia e sensibilidade se desenvolvam juntas, ocupando, cada qual, seu devido espaço em nossa sociedade. Todo desenvolvimento científico deve ser para benefício do ser humano integrado à natureza. Mas será que, a condução da ciência, em sua atu-

al conjuntura, não está prejudicando o ser humano, tornando-o, gradativamente, mais insensível ou é o ser humano que não está sabendo aproveitar tudo o que a ciência tem lhe proporcionado?

Neste artigo analisamos a relação entre ciência, autonomia e sensibilidade humana mediante reflexões sobre as obras *Dialética do Esclarecimento* de Theodor Adorno e *O que é o esclarecimento?* de Immanuel Kant, além de comentadores.

## PRINCIPAIS ASPECTOS DA LITERATURA

Theodor Adorno (1947), em sua obra *Dialética do Esclarecimento*, traz o conceito de esclarecimento como sendo um processo de transformação da ignorância para o conhecimento, pois assim o homem não age sem saber o que vai acontecer, visto já deter o conhecimento. Immanuel Kant (1783, p.1) já teorizava a esse respeito: “*Esclarecimento (Aufklärung) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável*”.

Para o homem o importante é ter o domínio de tudo o que acontece ao seu redor; a incansável busca pelo conhecimento. Segundo Adorno (1947, p.7) “o saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravidão da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo”. O esclarecimento serve para o aprimoramento dos seres humanos, entretanto, quanto mais se conhece, mais se torna refém desse conhecimento, isto na perspectiva de acomodar-se nas descobertas científicas já postuladas e seguir o que lhe é pré-determinado.

O esclarecimento, como um produto da razão, mostra que o homem, quando não controlado por entidade<sup>1</sup> externa, é capaz de caminhar e se autodesenvolver. Nesta perspectiva kantiana, o esclarecimento é o oposto de alienação. Contudo, segundo Adorno esse mesmo esclarecimento pode conduzir o homem ao domínio da natureza e dos outros.

Adorno (1947, p.7) afirma:

“O que os homens querem aprender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens. Nada mais importa. Sem a menor consideração consigo mesmo, o esclarecimento eliminou o seu cautério o último resto da sua própria autoconsciência.”

O oportunismo transbordante no ser humano lhe impulsiona a conduzir o conhecimento, como a uma charrete, ao caminho que mais lhe aprouver (razão instrumental adorniana). O conhecimento servirá

---

<sup>1</sup> Exemplo: instituições.

de “cão guia” àqueles que tateiam em busca do caminho certo. E como em um ciclo ininterrupto, o homem adquire “conhecimento” o qual lhe tolhe de adquirir verdadeiro conhecimento. Preso às descobertas e informações, não mais produz, pesquisa, cria, pondera, simplesmente segue ditames prontos, procedimentos aprovados; perde a liberdade de pensar, de ser si mesmo, autônomo e autêntico.

Nesta mesma linha, Kant (1783, p.3) deixa transparecer, conforme texto à seguir, problemas inerentes à sua época:

“O esclarecimento [em seu viés positivo] não exige nada mais do que a liberdade; e mesmo as mais inofensivas de todas as liberdades, isto é, a de fazer um uso público de sua razão em todos os domínios. Mas ouço clamar em todas as partes. Não raciocinai!”

O que Kant afirma é exatamente o que observamos atualmente. É importante frisar que esse pensamento do filósofo foi no século XVIII, uma época bem distante da realidade em que vivemos. Kant denuncia o poder de controle, por meio de instruções, informações, procedimentos, etc, que uma determinada casta exerce sobre as demais; neste tocante pode-se notar o viés negativo do esclarecimento. Apesar da “liberdade de pensar” ser um direito natural inerente a todo ser humano, este lhe é extirpado.

No entanto, o homem compreende que o esclarecimento de forma positiva o faz agir com a razão, mostrando que ele pode produzir conhecimento. Não está mais submisso à revelação divina ou aos ditames externos; possui em termos darwinianos, evoluída ferramenta, a inteligência.

Já no século XVII, Descartes descobre que o principal atributo humano é o pensamento, pois nada pode separá-lo dos seus pensamentos e nem obrigá-lo a parar de pensar. A razão através do pensamento produz sentido à realidade. Estabelece-se socialmente uma razão operativa que transforma o apreendido em objeto de estudo.

Duas perspectivas do termo esclarecimento se desnudam através das teorias de Kant e Adorno: a perspectiva positiva (oposta à alienação) e a negativa (razão instrumental).

Conforme Adorno (1947, p.10):

“O preço que os homens pagam pelo o aumento do seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este os conhece na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-lo.”

O esclarecimento, na perspectiva negativa que Adorno lhe impu-

ta, assume caráter instrumental. As necessidades do homem são constantes, e novas teorias surgem, exercendo poder sobre o homem. E a cada descoberta o homem é conduzido pela razão a seguir o caminho que previamente lhe foi postulado como correto.

Neste momento devemos discutir o aspecto mais importante deste estudo: é com a razão e através dela que a civilização foi capaz de se desenvolver-se, tornando a vida humana mais agradável e confortável, permitindo ao ser humano conhecer cientificamente o mundo em que vive. Mas e a alienação, foi desenvolvida a partir da ciência?

Para Adorno a organização da civilização foi muito cara ao ser humano. Mostra que o verdadeiro esclarecimento dialético vem acompanhado não só do bem, mas também do mal. Utiliza-se a razão, de modo instrumental, para erigir um sistema alienador, pois tolhe do indivíduo seu direito a autonomia, tornando-o dependente das teorias cientificamente aceitáveis. O homem é externamente controlado, e o contexto a sua volta lhe impede de enxergar essa realidade.

Para Kant (1783, p.6):

“Um homem pode, a rigor, pessoalmente, e mesmo então, somente por algum tempo, retardar o Esclarecimento [viés positivo] em relação ao que ele tem obrigação de saber; mas renunciar a ele, seja em caráter pessoal, seja ainda mais para a posteridade, significa lesar os direitos sagrados da humanidade, e pisar-lhe em cima.”<sup>2</sup>

Ficar alheio ao desenvolvimento técnico-científico não impede a alienação. O homem precisa do conhecimento para seu relacionamento interpessoal, contudo é necessário que ele medite à respeito das informações que lhe chegam: as avalie, as pondere, reflita sobre elas, não absorva-as sem exercer análise crítica rigorosa sobre as mesmas. Quando se deixa dominar pelas inúmeras teorias técnico-científicas o homem perde sua sensibilidade com relação ao outro e a seu entorno, perde sua autonomia, sua liberdade (Rousseau, 2005).

Freud (1930) em sua obra *O Mal Estar na Civilização*, mostra a insanidade do homem, aquele que é produto e ao mesmo tempo produtor desse mundo cheio de regras, e paga um alto preço perdendo sua felicidade. Para Adorno e Freud o que importa para esse modelo de sociedade é o desenvolvimento civilizatório e não do ser humano. Há uma macro cultura subalterna ao desenvolvimento técnico-científico que, como um rolo compressor, esmaga os indivíduos, transformando-os em componentes integradores do sistema civilizatório.

---

<sup>2</sup> Utilizamos civilização o sentido institucionalizador repressivo.

Esse modelo de ciência civilizadora tem criado homens alienados, sem autonomia e sem autenticidade, vazios, uma vez que perdem a habilidade intrínseca de produzir o seu próprio pensamento. Para preencher esse vazio, busca-se prazeres artificiais, como o consumismo, o qual, aparentemente, tem sido uma forma de felicidade para a civilização na vida moderna.

Esse padrão civilizatório quer isso mesmo do homem; domina-o, controla-o para que este não procure um caminho alternativo, o qual poderia conduzi-lo ao auto esclarecimento, segundo Kant, à autêntica emancipação. Tal indivíduo tornar-se-ia inoportuno a esse sistema, alguém revolucionário e de influência duvidosa (as próprias pessoas lhe imprimem tal alcunha, por se tratar de um ser humano tão contrário ao que lhe é socialmente imposto).

Em conclusão, esse modo científico-civilizatório aniquila do ser humano, desde tenra idade, seu direito ao esclarecimento, à autonomia, seu direito de ser si mesmo, congelando seus sentimentos autênticos, sua sensibilidade, e produzindo indivíduos automatizados, movidos por interesses infecundos.

Deve-se compreender que as ciências estão a serviço do homem, e não o contrário. Ocupar-se delas de modo autônomo e crítico, aprendendo, investigando, indo além do estabelecido, conquistando o esclarecimento positivo e não permitindo que o esclarecimento negativo o conquiste. Deste modo o homem conseguirá emergir do mar da alienação que o envolve e recuperar as habilidades (outrora perdidas) de pensar com autenticidade, de sentir, de perceber, de discernir, de refletir criticamente, e fundamentalmente de preservar sua autenticidade, sua autonomia e a integridade de sua consciência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

Adorno, T. & Horkheimer, M. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 254 p.

ERTZOGUE, M.H. & PARENTE, T. G. (Orgs.). **História e sensibilidades**. Brasília: Paralelo 15, 2006.

FERREIRA, W. **Uma análise revisionista de Adorno e Horkheimer em “A Dialética do Esclarecimento**. CSOnline Revista Eletrônica de ciências sociais, ano 2, v. 5, 2008.

FREUD, S. (1930 [1929]). **O mal-estar na civilização**. Obras Completas,

Ed. Standard Brasileira, vol. XXI, Rio de Janeiro, Imago, 1980.

GRUPO DE ESTUDOS E PESQUISAS DIFERENÇAS E SUBJETIVIDADES EM EDUCAÇÃO. **Civilização e Alienação: Diálogo com Freud e Adorno.** Campinas, v.8, 2006.

KANT, I. **Resposta a pergunta: o que é esclarecimento? Textos Seletos.** Tradução Floriano de Sousa Fernandes. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. Pg. 63-71.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é a Aufklärung. Textos seletos,** 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Cartas a Christophe de Beaumont: e outros escritos sobre a religião e a moral.** Estação Liberdade, 2005.

## Sentir: a natureza do Direito justo

Amanda Santos de Oliveira<sup>1</sup>

Alexandra de Souza Barreto<sup>2</sup>

Margarete AVP Simon<sup>3</sup>

**Resumo:** O cenário jurídico atual se revela na concreta desigualdade e arbitrariedade da aplicação da lei, como um instrumento frio, engessado, repetido, previsível, inflexível e insensível. O fato reforça a ideia de que estamos vivendo um Direito longe do verdadeiro sentido da justiça. Diante dessa problemática, esse estudo busca investigar a existência e efetividade da justiça entrelaçada ao sentir, uma vez que a justiça deve sensibilizar-se face à dinamicidade social. Nesta pesquisa bibliográfica concluiu-se que os sentimentos podem ser bons guias às decisões jurídicas e explanou-se de que forma isso efetivamente acontece.

**Palavras-chaves:** Direito; Justiça; Sensibilidade; Fenomenologia; Sentimentos.

### 1 INTRODUÇÃO

*Dura lex, sedlex*, a lei é dura, mas é lei. Esta típica expressão do latim, é advinda da Roma Antiga, mas não se sabe exatamente sua referência. Pronunciar então essa frase simboliza o absoluto império da lei, sem distinguir as pessoas envolvidas em caso particular, igualando todos os homens no universo do Direito.

A justiça é representada pela imagem da deusa Têmis. A palavra “têmis” vem do verbo *gregotithénai* e significa “estabelecer como norma”. Com os olhos vendados, a imagem pretende exercer a justiça com dignidade, a qual iguala todos os homens, avaliando com um só critério todas as ações. Essa pretensão pode ser interpretada com vários sentidos. Os olhos vendados de Têmis podem ser entendidos como uma justiça fria, seca, sem alma, desprovida de sensibilidade, como algo mecânico e sem sentimento.

Por outro lado, a venda dos olhos de Têmis nos remete ao pensamento de Saint-Exupéry (1943): “*Somente vemos bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos*”.

<sup>1</sup> Graduandas em Direito pela Faculdade de Ciências Empresariais – FACEMP.

<sup>2</sup> Bacharela em Filosofia, Mestrado em Epistemologia e Doutora em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Atualmente, dedica-se ao Pós-doutorado na FMUSP, cuja linha de pesquisa refere-se ao controle das emoções. Professora da Faculdade de Ciências Empresariais (FACEMP) em Santo Antônio de Jesus, na Bahia, na qual também coordena o Núcleo de Pesquisa Científica “Cultura, Emoção e Ação no Direito”.

<sup>3</sup> Bacharela em Filosofia, Mestrado em Epistemologia e Doutora em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP). Atualmente, dedica-se ao Pós-doutorado na FMUSP, cuja linha de pesquisa refere-se ao controle das emoções. Professora da Faculdade de Ciências Empresariais (FACEMP) em Santo Antônio de Jesus, na Bahia, na qual também coordena o Núcleo de Pesquisa Científica “Cultura, Emoção e Ação no Direito”.

A superação desse paradigma implica em trazer à consciência o fato de que quando o Direito afasta a sensibilidade da justiça, revela-se, em grande parte, arbitrário, opressor, frio, puro ato de imposição e repetição de códigos, e, com isso, oprime a quem deve proteger.

Investigaremos inicialmente sobre a importância da luta por um Direito mais sensível, indispensável para o jurista agir além do estrito legal, de modo a trazer, ao caso concreto, a dimensão da justiça.

Juristas podem despojar-se de emoções e sentimentos? Profissionais da área jurídica podem despir-se de sentimentos sem castrar e ferir o sentido da justiça de quem deveria proteger? O jurista precisa ser “insensível” para ser justo? Sentir é ir contra a razão e contra o Direito?

É de extrema importância a realização desse tipo de estudo, pois se a justiça fosse apenas demonstração de força, de poder, de intimidação, coação, não haveria lugar para a ponderação, para a reflexão, para a flexibilidade e para a consciência da percepção das necessidades humanas.

Debruçamo-nos na investigação da existência e efetividade da justiça entrelaçada a natureza humana de sentir. Para tanto, examinamos, em uma perspectiva fenomenológico-filosófica, a crise atual do cenário de tantas injustiças no ordenamento jurídico. Realizamos uma pesquisa bibliográfica sobre o assunto em questão. Analisamos o tema sob a perspectiva de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e Edmund Husserl (1859- 1938) na tentativa de evidenciar a importância da sensibilidade rousseauiana e da fenomenologia husserliana para o vigente pensamento jus-positivista e na arte de julgar os homens.

## **2 A LITERATURA SOBRE O TEMA**

### **2.1 A SENSIBILIDADE JURÍDICA**

Há um abismo desmesurado e, aparentemente, ilógico, entre aquilo que está escrito e aquilo que é interpretado, entre o que se faz e o que se diz, e entre o que se espera do sistema judicial de administração de conflitos e aquilo que ele proporciona (Lima K, 2008).

O Direito, segundo Paulo Nader (1908), é a coluna que sustenta a sociedade. Todavia, O mundo é dinâmico, seu conteúdo é alterado a todo instante, mesmo que para o sujeito, aparentemente, continue o mesmo.

Partindo desse pressuposto, Ferraz Jr. (2007, p. 21) afirma:

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideias, por que em nome de ideias conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito. (...)

Por outro lado, o atual cenário de injustiças nos remete ao Direito da expressão: “aplicar a letra fria da lei”. No entanto, o papel da filosofia é justamente sair do conformismo, daquilo que é mecânico e óbvio. O direito justo tem compromisso com o sentimento e a verdade. Trata-se da filosofia de sentir (REIS, 1995, p. 81).

Nesse sentindo, para a efetivação da verdadeira justiça, Rousseau nos ensina que é preciso começar por conhecer o coração humano, porque o acesso exterior é meramente superficial, aparente. (REIS, 1995, p. 79).

Tentativas puramente racionais no mundo jurídico, desprovidas de sensibilidade e, conseqüentemente, escassas do sentido verdadeiro de justiça se apresentam nulas e falhas. A exclusão do sentimento ou da vida do outro resulta em efeitos negativos na causa final do Direito, que é a justiça. Há um grave descuido do julgamento humano, o qual é à base de tantas injustiças, de violações da dignidade da pessoa humana e da castração das emoções e dos sentimentos no atual cenário jurídico.

Na perspectiva vigente, é imprescindível ao jurista, se ater ao que existe, essencialmente, no mundo positivado. Ao nascer, o ser humano torna-se parte desse mundo. Através do tempo aprende como as coisas são feitas, como o mundo funciona e como o aprendizado e a repetição dos seus atos o integra na sociedade em que vive. Este mundo institucionalizado é o mundo positivado. (JÚNIOR, 2000). Para todas as situações existem padrões socialmente construídos e aceitos como válidos, de sorte que para o seu descumprimento existem mecanismos coercitivos e coativos de controle e eficácia.

Os sentimentos podem ser bons guias e para que efetivamente o sejam são necessários que: a) o julgador tenha uma visão abrangente e real do caso problema; b) perspective a real dimensão do seu sentido e importância para as partes envolvidas; c) a emoção seja a de um espectador e não a de um participante.

Assim nos ensina Rousseau:

O homem é naturalmente bom, sintá-o, julgue seu próximo por si mesmo; mas veja como a sociedade deprava e perverte os homens; descubra nos preconceitos a fonte de todos os vícios dos homens; veja que todos os homens carregam mais ou menos a mesma máscara, mas saiba

também que existem rostos mais belos do que a máscara que os cobre (2004, p.327).

As leis, as normas, as tradições, as técnicas, os casos julgados anteriores e a doutrina compõem os elementos jurídicos para a tomada das decisões, são elementos necessários ao julgamento, mas além dessa contribuição, as reflexões intuitivas também servem para explicitar uma maneira específica de construir a realidade social, que vem se apresentando de forma múltipla e complexa. A multiplicidade e complexidade social vêm promovendo a construção de uma sensibilidade jurídica.

Ademais, Ayres Brito<sup>4</sup> nos ensina que, o lado direito do cérebro é o lado que se aloja o sentimento e o lado esquerdo é o *locus* do pensamento. Segundo ele, o hemisfério esquerdo é o lado “viril” do cérebro, não sendo por acaso que a expressão “Direito” seja representada por uma palavra masculina. Já a palavra “Justiça” é feminina, e tem a ver com o hemisfério direito do cérebro, lado como já visto, dos sentimentos. Daí que a palavra substantiva “sentença” venha do verbo “sentir”.

## 2.2 A FENOMENOLOGIA DO DIREITO E OS SENTIMENTOS

Direito e Justiça são institutos que desde o início da humanidade andaram juntos, vinculando-se, de maneira que o primeiro, em sua realização, sempre objective a segunda. Contudo, nem sempre realizar o Direito significa realizar a justiça. Percebemos isso no distanciamento do Direito daquilo que é considerado justo por todos. É preciso ir além da letra fria da lei e da sua mera aplicação automática. É preciso sentir. É inerente à natureza humana a sensibilidade quanto à justiça, a qual, de outro modo, tornar-se apenas letra morta.

Segundo Viviane (2002), o direito apriorístico não se confunde com o direito positivo, tampouco com o direito natural. Este é o direito previsto em normas, vigente para determinado tempo e pessoas determinadas. Aquele, o natural, é baseado em princípios e estará acima do direito positivo, sendo acionado todas as vezes que não houver uma norma que regule uma situação determinada, podemos compará-lo como a sombra da justiça. Viviane (2002, p. 592), ainda assevera, que o direito apriorístico, ou seja, da essência, não traz qualquer dependência com estes. Senão vejamos:

A existência do direito puro, não se confunde com a validade do direito positivo. Este tem começo e fim, o que não se aplica ao direito puro, que é atemporal. A relação entre direito puro e direito positivo, é, portanto a relação existente entre essência e fato.

4 Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2003 a 2012.

Desse modo, o Direito positivo é válido quando se identifica com a realidade, é para seu tempo, mutável e reconhecido para regular a vida daqueles para os quais foi criada, Viviane (2002). Contudo, quando na essência for válido para todo tempo, modo, lugar e pessoas estar-se-á diante do direito apriorístico. Assim, segundo Viviane (2002), o direito puro é atemporal, preserva a essência, não aceita os conceitos socialmente aceitos. Sua principal característica é preservar o objeto na sua origem.

A fenomenologia surge como essa nova forma de pensar. Um olhar diferente, daquilo que está socialmente convencionado. Nesse sentido, justiça, sensibilidade e Direito será denominado da mesma forma, em todo o lugar e ao mesmo tempo? Para tanto, Silva (2015) afirma, esses fenômenos deverão, segundo Husserl, ser colocado em evidência, desprovido de toda valoração, no dizer do seu mentor, colocado “entre parênteses”.

Assim, a fenomenologia coloca seu objeto, leia-se aqui, fenômeno, desprovido de toda influencia pessoal, e, observado de vários ângulos como se mostra que segundo Husserl, seria um olhar dos seus vários “horizontes” (Paulo, apud COX, 2015, p.29). Para o Juiz, o seu olhar fenomenológico sobre o caso, deverá ser destituído de toda e qualquer valoração pessoal, ou mesmo de como a imparcialidade poderá ser exercida, sem influencia externa ou interna que não a adequada para aquela situação.

A fenomenologia husserliana do Direito propõe a busca da essência das coisas. O homem percebe fenômenos através da intuição percebida na vivência. Seres humanos são dotados de razão, senso de justiça e sensibilidade. Em contrapartida, o Direito tem sido um instrumento de coerção social desde que o ser humano passou a viver e organizar-se em sociedade.

A pretensão deste método consiste na busca de fenômenos e como eles são percebidos através do tempo, espaço, cultura, sentimentos e emoções, na efetividade do bom e do justo. Isto começa de dentro para fora, e não o contrário. Sair do previsível para entrar numa nova instância reflexiva, a fenomenológica, à qual a justiça das intencionalidades que exercemos é a verdadeira justiça.

Stein (1917) define como justiça um predicado do valor que se pode atribuir a uma ordem jurídica em vigor e que exprime a conformidade desta ao Direito puro. Porém, esta não é condição indispensável *sinequanon*. Assim, o Estado deixa de realizar o direito.

A expressão direito tem duas vertentes: como direito puro entende-se aquele que existe independente de ser legislado, de ser positivado e vigente; o outro é o engessado em códigos, e, portanto, o positivado. Ambos tendo a mesma função: padronizar e regular o comportamento humano (FERREIRA, 2002, p.592).

Para tanto, a fenomenologia eleva o sujeito, através da intuição, a encontrar soluções vigentes no espaço e tempo, que possuam caráter geral e universal e que exista independente de estarem ou não positivadas, mas que sejam evidentes. Nem sempre para casos semelhantes devem-se aplicar normas iguais. É preciso sondar a peculiaridade do caso concreto. “A finalidade é atingir a essência das formações jurídicas nos seus conceitos jurídicos a priori (FERREIRA, 2002). Este é o papel da fenomenologia, isto por não ser ciência dos fatos e sim das essências” (REALE, 2003, p.554).

O jurista precisa ter sensibilidade e esta é a ponte capaz de promover, verdadeiramente, o encontro da justiça ao Direito. A consciência que a fenomenologia propõe, é a consciência dessa necessidade. Essa questão ainda é pouco disseminada, principalmente devido ao pensamento vigente ser positivista, o que implica dizer, bastante engessado em relação à construção normativa. Mas, as reflexões intuitivas voltadas para a percepção consciente dos fenômenos têm servido de norte e de ferramenta para vários estudiosos e operadores do Direito brasileiro (JULIO, 2004).

A guisa de exemplo da prática da metodologia fenomenológica no Direito, podemos citar a decisão da juíza federal Anne Karina A. Costa ao evitar o despejo de uma família, resultante de uma crise financeira enfrentada em razão da doença de um dos filhos. A juíza recorreu ao fundo pecuniário da Vara criminal de Curitiba, que resulta de valores pagos de condenados na capital paranaense, determinando sua utilização para quitação do imóvel. A decisão da magistrada adequou ao princípio máximo do direito que é a efetivação da justiça, aprendendo, através da intuição e do sentimento, a solução do objeto que estava o tempo todo exposto. Agora revelado, como fenômeno, como uma ideia nova (AZEVEDO, 2010).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fenomenologia seja como filosofia, seja como método oferta para o pesquisador uma gama de vertentes atuais para desbravar a pro-

posta de entender que o direito pode ser usado, através da apreensão de fenômenos.

Rousseau (1990) defende a necessidade de o jurista ir além das aparências, da superfície, sendo necessária a sensibilidade para se colocar no lugar do outro, a empatia.

Diante do exposto nesse estudo exploratório, percebemos que o Direito, ao longo do tempo, acabou se afastando da ideia de justiça. Justiça, como já dito exaustivamente, esta relacionada à sensibilidade. O positivismo atribuiu cientificidade ao direito, mas não é a solução única para todos os problemas.

A proposta de Husserl, através da fenomenologia do Direito, é exatamente voltar à essência das coisas e intuitivamente analisar os fenômenos através da consciência intencional e sensível. Rousseau (2002) nos ensina a conhecer o coração do outro e suas consequências frente à efetividade de um Direito sensível, que estará a serviço dos anseios da sociedade atual carente de uma justiça com valores justos e isonômicos, garantidores da dignidade da pessoa humana.

Constatamos necessário dar prosseguimento a este estudo através de pesquisa descritiva, através do estudo de campo na comunidade jurídica local de Santo Antônio de Jesus- BA, a fim de identificar o quanto a prática jurídica ainda permanece presa à letra morta, ou o quanto amplia sua visão a dinamicidade social.

Em conclusão, a consciência do jurista deve ser integral, no sentido de completude intelectual; não só como cientista que é, mas como ser humano dotado de sentimentos. Não apenas repetidor de códigos, mas capaz de questionar as metamorfoses sociais que ocorrem em sua volta e que reclamam por uma justiça mais dinâmica e sensível às necessidades de uma resposta eficaz e justa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, S. Justiça com sensibilidade. São Paulo: **Isto é**. 2010; edição 2120.

BARROS, A.J. da S., LEHFELD, N. A. de S. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Pearson Makron Books, 2000.

JÚNIOR, D.J.F.O que é Realidade. **Coleção primeiros passos**. São Paulo: editora brasiliense: 10ª edição, 1994, 4ª reimpressão, 2000.

FERREIRA, V.G. **A fenomenologia do direito e o pensamento de Adolph Reinach**, in Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 97, 2002.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**, Lisboa, 1907.

JÚLIO, A. **Direito e Defesa do Consumidor**. 2004. Disponível em:<[https://www.portalbrasil.net/2004/colunas/direito/julho\\_01.htm](https://www.portalbrasil.net/2004/colunas/direito/julho_01.htm)>. Acesso em: 06/03/2016.

LYRA FILHO, R. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 32<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, N.V.K. **O discurso do afeto**. Univ. JUS.2010; 20: 86-144.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **M. O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REIS, C.A. **Rousseau e a arte de observar e julgar os homens**. Kriterion.2002;105.

ROUSSEAU, J.J. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Hemus, 1990.

\_\_\_\_\_. **Escritos sobre a religião e a moral**. 2002.

SAINT-EXUPÉURY, A. **O pequeno príncipe**. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1992.

SILVA, M.M. da. **Direito, justiça, virtude moral e razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Paulo César Gondim da. **A Fenomenologia de Husserl**. 2015. Disponível em:< <http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/filosofia/a-fenomenologia-husserl-uma-breve-leitura.htm>>. Acesso em 19/06/2016.

STEIN, E. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.



