

Coordenadores

**PLÍNIO LACERDA MARTINS**  
**GUILHERME MAGALHÃES MARTINS**  
**MARCOS CESAR DE SOUZA LIMA**

# O DIREITO DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO

AUTORES:

ALEX FERNANDES SANTIAGO

ANDRÉ R. C. FONTES

ANDRÉ ROBERTO DE SOUZA MACHADO

CARLOS ALBERTO PEREIRA AGUIAR

FABIOLA VIANNA MORAIS

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS

JOSÉ RICARDO PARREIRA DE CASTRO

LORRAYNE FIALHO NEVES

LUCIANA PICAÇÃO DE OLIVEIRA BRANDOLIN

MARCOS CESAR DE SOUZA LIMA

PLÍNIO LACERDA MARTINS

RAFAEL DE OLIVEIRA MONACO

ROBERTA CORRÊA NASCIMENTO VAN LOON

RONEY SANDRO FREIRE CORRÊA

SIMONE SOUZA

VINÍCIUS GOMES LEAL

WAGNER DA COSTA ALEXANDRE

WILSON MADEIRA FILHO



Organizador

LUIS EDUARDO DE SOUZA LEITE TRANCOSO DAHER



# O DIREITO DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO

COORDENADORES:

PLINIO LACERDA MARTINS

GUILHERME MAGALHAES MARTINS

MARCOS CESAR DE SOUZA LIMA

Organizador

LUIS EDUARDO DE SOUZA LEITE TRANCOSO DAHER

## CONSELHO EDITORIAL

Plinio Lacerda Martins – Doutor em Direito  
Professor UFF

Ricardo Morishita Wada – Doutor em Direito  
Professor IDP

Guilherme Magalhães Martins – Doutor em Direito  
Professor UFRJ

Sergio Gustavo Pauseiro - Doutor em Direito  
Professor UFF

Marcos Cesar de Souza Lima - Doutor em Direito  
Professor UVA

Edson Alvisi Neves - Doutor em Direito  
Professor UFF

Soniárlei Vieira Leite - Doutor em Direito  
Professor UVA

Paula Cristiane Pinto Ramada – Doutora em Direito  
Professora Lusófona

Paulo Renato Fernandes da Silva - Doutor em Direito  
Professor UFRRJ

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

O Direito do consumidor no mercado de consumo  
[livro eletrônico] : "o guia para o direito do  
consumidor contemporâneo" : opinião de alguém  
organização Luiz Eduardo de Souza Leite  
Trancoso Daher ; coordenação Plínio Lacerda  
Martins, Guilherme Magalhães Martins, Marcos  
Cesar de Souza Lima. -- 1. ed. -- Rio de Janeiro :  
IDPP : PPGDIN - UFF, 2021.  
PDF

Vários autores.

ISBN 978-65-993766-3-4

1. Direito do consumidor 2. Direito do  
consumidor - Brasil 3. Direito do consumidor -  
Legislação I. Daher, Luiz Eduardo de Souza Leite  
Trancoso. II. Martins, Plínio Lacerda. III. Martins,  
Guilherme Magalhães. IV. Lima, Marcos Cesar de Souza.

21-64792

CDU-34:381.6(81)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito do consumidor : Brasil 34:381.6(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



# APRESENTAÇÃO

O livro “O DIREITO DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO” é mais um produto, fruto da pesquisa entre os doutorandos do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN da Universidade Federal Fluminense.

A disciplina Empresa e Sustentabilidade, com ênfase nas relações jurídicas de consumo, foi ministrada pelos Professores Doutores Plínio Lacerda Martins, Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, pelo Professor Guilherme Magalhães Martins, Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e pelo Professor Marcos Cesar de Souza Lima da Universidade Veiga de Almeida–UVA. O intercâmbio entre as Instituições de Ensino, somados ao conhecimento dos especialistas em Direito do Consumidor e a turma de doutorandos da UFF., permitiu a elaboração do modesto compendio bibliográfico, retratando o direito do consumidor no mercado de consumo.

Necessário refletir os direitos do consumidor perante os desafios da pós modernidade, sociedade informacional, com plataformas digitais e a responsabilidade do fornecedor em razão da economia compartilhada.

A pesquisa retrata o diálogo entre as diversas fontes do direito com o direito do consumidor, destacando a fragilidade do consumidor no comércio eletrônico, envolvendo inclusive a dupla formação dos contratos de consumo.

A obra enfatiza existência de inovações nas interações provenientes da tecnologia e a oferta de produtos e serviços na “sociedade em rede”, nas palavras de Manuel Castells.

Em relação a responsabilidade civil é relevante recordar as lições de Cláudia Lima Marques (2004, p. 70-71) que afirma em relação ao consumidor “unilateralidade visível e uma bilateralidade invisível” no que tange a respectiva responsabilidade jurídica e a necessidade de ampla proteção dos vulneráveis (consumidores) quando dos negócios jurídicos realizados por meio da internet, surgindo assim, uma nova espécie de vulnerabilidade: a informacional.

Esperamos que a obra sirva de fonte para as reflexões do direito do consumidor na atual sociedade.

Os organizadores,

## SUMÁRIO

<b>A DUPLA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO.....</b>	<b>3</b>
<i>André R. C. Fontes .....</i>	<i>3</i>
<b>A RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA DE BUSCADORES DA INTERNET ....</b>	<b>17</b>
<i>Lorrayne Fialho Neves.....</i>	<i>17</i>
<b>A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY .....</b>	<b>35</b>
<i>André Roberto de Souza Machado .....</i>	<i>35</i>
<b>TEORIA DOS SISTEMAS E DIREITO. POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO. A DUPLA CONTINGÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL AMBIENTAL. ....</b>	<b>53</b>
<i>Alex Fernandes Santiago.....</i>	<i>53</i>
<i>Plínio Lacerda Martins .....</i>	<i>53</i>
<b>O SEGURO PARA AMPARO DE DESASTRES AMBIENTAIS COMO FERRAMENTA DE GESTÃO EMPRESARIAL .....</b>	<b>101</b>
<i>Roberta Corrêa Nascimento Van Loon .....</i>	<i>101</i>
<i>Plínio Lacerda Martins .....</i>	<i>101</i>
<b>DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO PÚBLICO – ALGUMAS PROPOSTAS ....</b>	<b>111</b>
<i>José Ricardo Parreira de Castro .....</i>	<i>111</i>
<b>EM BUSCA DE REENCAIXE NO TEMPO PERDIDO: ANALISANDO AS CONSEQUÊNCIAS DA MODERNIDADE NO CONSUMISMO GLOBALIZADO ...</b>	<b>133</b>
<i>Wilson Madeira Filho .....</i>	<i>133</i>
<b>O NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR PERANTE AS PLATAFORMAS DIGITAIS: UM ESTUDO À LUZ DA ECONOMIA DE COLABORATIVA.....</b>	<b>157</b>
<i>Rafael de Oliveira Monaco.....</i>	<i>157</i>
<b>ESTUDO PRÉVIO DE ANÁLISE DE IMPACTO TECNOLÓGICO OPERADO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA PROPOSTA DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE EM UMA SOCIEDADE MONITORADA .....</b>	<b>175</b>
<i>Simone Souza.....</i>	<i>175</i>
<b>DIREITO RESILIENTE DOS DESASTRES E SOCIEDADE DE RISCO – Uma reflexão do direito com base no princípio da prevenção e precaução .....</b>	<b>205</b>
<i>Wagner da Costa Alexandre .....</i>	<i>205</i>
<i>Plínio Lacerda Martins .....</i>	<i>205</i>
<b>SOCIEDADE DE RISCO EM PANDEMIA – CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO PARA A GESTÃO DE DESASTRES .....</b>	<b>225</b>
<i>Luciana Picanço de Oliveira Brandolin .....</i>	<i>225</i>
<b>O STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: UM OLHAR NOS PROCESSOS DECISÓRIOS JURÍDICOS NAS CONCEPÇÕES DE CARL SCHMITT E HANS KELSEN .....</b>	<b>259</b>
<i>Carlos Alberto Pereira Aguiar .....</i>	<i>259</i>

<b>A TRIBUTAÇÃO DO TABACO: UMA ABORDAGEM À LUZ DA PERSPECTIVA DE HABERMAS E PUVIANI.....</b>	<b>278</b>
<i>Roney Sandro Freire Corrêa .....</i>	<i>278</i>
<i>Plinio Lacerda Martins .....</i>	<i>278</i>
<i>Marcos Cesar de Souza Lima .....</i>	<i>278</i>
<b>A TEORIA DA ESCADA COERENTE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....</b>	<b>290</b>
<i>Vinícius Gomes Leal .....</i>	<i>290</i>
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGURADOR E O DIREITO DO CONSUMIDOR. ....</b>	<b>310</b>
<i>Guilherme Magalhães Martins .....</i>	<i>310</i>
<b>ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NA ALIMENTAÇÃO E A PERDA DA IDENTIDADE DO CONSUMIDOR: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À INFORMAÇÃO À LUZ DE BAUMAN. ....</b>	<b>349</b>
<i>Fabiola Vianna Morais .....</i>	<i>349</i>

## A DUPLA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO

*André R. C. Fontes*

É do Século XIX a Teoria do Negócio Jurídico; e se integrará nesse mesmo século ao Direito Civil pelas mãos dos seus fautores - os integrantes de um movimento na Alemanha chamado *Pandectismo*. Preocupados que estavam em usar o Direito Romano como um direito comum a todos os alemães dispersos em vários Estados - antes da unificação de 1870 -, e após, como fonte material do conhecimento jurídico e na elaboração de seu Código Civil e de todo o sistema jurídico que dele adviria, forjaram os alemães um número de conceitos e ideias que se tornou um marco sem paralelo na História do Direito. E é por essa contribuição que a família jurídica, na qual integra o Brasil, passou a se chamar de Romano-Germânica.

E há uma questão de grande importância no confronto da origem do negócio jurídico com as raízes do contrato. E exprimiremos melhor a ideia com uma afirmação direta e objetiva: que na presente época vigora um entendimento majoritário segundo o qual o negócio jurídico foi elaborado por alemães, a partir dos textos romanos antigos, e que a isso se soma a complementação de que os juristas romanos somente teriam elaborado o que poderíamos denominar de uma Teoria dos Contratos. Ao descreverem a formação do negócio jurídico, convergem assim os autores alemães, em sua maioria, de que é uma criação moderna, e especificamente da Pandectística alemã, no Século XIX.

Se divergências surgiram acerca da origem alemã do negócio jurídico, estavam fundadas em um único argumento: os autores modernos geralmente se utilizam do estudo dos textos de Direito Romano porque foram os juristas romanos que tiveram a intuição do que hoje se entende e se consagra. E ainda para se desvendar o desconhecido em Direito ou afastar divergências ou controvérsias jurídicas, devem ser elas remetidas ao Direito Romano. Então, insistiremos na premissa de que os romanos se dedicaram à formulação das bases dos contratos, mas não dos atos jurídicos, a despeito de os autores reconhecerem uma unidade progressiva e compartimentada que vem do Direito Romano até os nossos tempos na formação dos negócios e de seus desdobramentos no Direito Privado. Importa sublimar que as duas orientações reconhecem que a expressão *negócio jurídico* foi usada no século anterior, em 1784, pelo alemão Adolph Dietrich Weber (especificamente no ano de 1784).

A doutrina do negócio jurídico é total e harmônica. Total porque abrange toda *declaração de vontade* do agente dirigida a um fim. Harmônica porque se compatibilizou com o sistema do Direito, e mais especialmente do Direito Privado, mediante o recurso da Teoria (kantiana) da *autonomia da vontade*. Reproduzimos a ideia de Kant de maneira categórica:



autonomia da vontade é liberdade como poder. É com a Filosofia de Kant que os estudiosos disseram que o negócio jurídico era um *ato* de liberdade. E ainda, que o negócio jurídico é instrumento de um *poder* - o poder de liberdade kantiana denominado autonomia da vontade. Contudo, esse poder em Direito assumirá contornos mais técnicos e específicos e também um nome novo: a *autonomia privada*.

A unidade interna, a inteireza, a lógica irrefutável e a etapa superior do desenvolvimento do negócio jurídico – reconhecida até pelos seus contraditores – são o resultado da aplicação em todas as suas partes integrantes de uma concepção teórica e de um método únicos, ou seja, concentrados na ideia de liberdade. É impossível compreender profundamente o negócio jurídico sem assimilar a sua base de liberdade seja como resultado de um poder de liberdade (autonomia privada) seja como um ato de liberdade (declaração livre de vontade).

As fontes imediatas do Direito Civil brasileiro são o Código Civil e as lei esparsas. A unidade e a interconexão de todas as normas de Direito Privado não excluem a existência de peculiaridades e inclui certa independência, tanto de algumas normas desse Direito como de grupo de ramos diversos do Direito, contidas em atos isolados que são integrados ao que conhecemos por Direito privado. Surge por isso a necessidade de se examinar especialmente quais são os elementos componentes e as fontes do Sistema de Direito Privado brasileiro.

É complexa formação do que hoje entendemos por contrato se tomarmos como ponto de partida os momentos iniciais do Direito Romano. Inicialmente, era o contrato visto como uma mera operação prática e que sofreu lenta progressiva alteração em seu regime até ser reconhecer a existência de uma vontade para um acordo no qual se baseava. No curso da evolução, somente quatro figuras (compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade) inicialmente seriam assim consideradas (como contrato) – o que permite pôr a descoberto que, fora desse grupo, entendia-se que haveria um contrato, mas mero *pacto* – portanto, sem a possibilidade de ter efeitos jurídicos, dos quais se destaca o de e ser exigido e cumprido. Uma peculiaridade da evolução deve ser lembrada: a de que compreensão que se tem da vontade nos contratos brota no período Direito Medieval, por influência da Igreja Católica e em especial dos canonistas, que eram mais voluntaristas, ou seja, adeptos de um poder da vontade. Nos períodos seguintes o contrato recebe uma outra influência, da Escola de Direito Natural, que expande seu espectro para campos que vão além da concepção de gerador de obrigações – nos quais o Brasil não seguirá -, para incluir a possibilidade do contrato transferir, por si, a propriedade ou ainda para efeitos não obrigacionais, como ocorre com o casamento. Por conseguinte, tornou-

se o contrato uma das figuras continuadas de maior caracterização do Direito, e de ampla e progressiva constância desde os primórdios do Direito até os nossos tempos.

Na formação econômica e social da civilização moderna, pode-se constatar no desenvolvimento do contrato nos compromissos que serviram de forças motrizes do alargamento da produção econômica e de toda força produtiva conhecida. O contrato sintetiza a forma do *homo economicus* aplacar suas necessidades. É o contrato o ponto para o qual converge toda rede de elementos que proporcionam a subsistência de todo o grupamento humano. O contrato se revela como solução para as fases de evolução do ser humano, em um verdadeiro desenrolar em forma de espiral da qual faz depender a hereditariedade existente entre o velho e o novo a tal ponto que condicionaria a uma regressão da atividade do homem aos seus momentos primários.

Nós observamos que o mundo circundante manifesta-se por uma série de aspectos, e quanto a isso, relativamente ao contrato, além sua função econômica, aponta-se uma outra, de cariz civilizador: a educativa. O ser social é primário na busca de soluções conjuntas e buscar aproximar-se e a vencer desafios e barreiras. É com o contrato que os próprios homens constroem a vida social e harmonizam interesses, por meio de uma necessidade vital de conjugar o esforço alheio ao seu. Os povos abrem caminhos para a ascensão da atividade de construção de um grande sistema prevenção e respeitabilidade para convergir nas forças do progresso. A superação de contradições e antagonismos segue em linha reta para a harmonia e satisfação de todos independentes da natureza dos laços que os unem.

O contratante tem a consciência do seu direito como contraparte e do direito como concepção abstrata que viria a tutelar seus interesses. Naturalmente, anui orientar-se em de tal forma que realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica em vigor. Certo é que, por ser fonte criadora de direitos, no geral contrato pode ser usado na linguagem cotidiana de uma forma bem especial, como algo que se assemelha à lei, embora no âmbito mais restrito, já que sabidamente a lei brasileira não usa a expressão napoleônica de que o contrato faz lei entre as partes. Serve assim de fundamento para um tipo difuso e capilarizado de poder jurígeno. Tanto na linguagem da lei como na linguagem comum, o uso do termo contrato designa resultados desejados em conjunto com a percepção geral que o torna perfeitamente admissível como um orientador do comportamento social e serve como forma de funcionamento e desenvolvimento para uma aceitação da vida em sociedade.

Uma exaltação do papel dos construtores alemães do conceito de negócio jurídico deve ser feita: é a contribuição mais importante ao Direito Privado nos últimos tempos, ou

talvez a grande contribuição moderna ao Direito Privado. E e está assentado na ideia de vontade, dando ênfase a mais inesquecível caracterização da vida moderna: a de liberdade. E uma liberdade a respeito da qual podem advir efeitos que somente a liberdade reconhecida e aclamada poderiam evidenciar: a de permitir obrigar-se.

Não se pode olvidar que, à semelhança do negócio jurídico, a vontade contratual está determinar a pratica do ato e, tal o negócio jurídico, integrando parte a sua definição como um acordo de vontade apto a produzir efeitos jurídicos. Fenômeno novo elaborado pela magnificência alemã, que viu no negócio jurídico mais do que uma unidade conformadora, mas uma forma de aspiração a buscar a satisfação de seus interesses por um único ato de vontade, da parte contratante, em correspondência com outra declaração correspondente.

O indivíduo tem consciência na sociedade moderna de que por meio de prestações recíprocas ambas as partes dos contratos bilaterais encontrarão forma de conceber a justiça em um contrato, segundo cada regime correspondente em vigor. Certamente é uma justiça particulatizada, uma justiça liberal, em oposição a uma justiça igualitária, e geradora de desigualdade ou, no mínimo, de uma falta de uma paridade de situações. E além disso permite considerar uma justiça individual em contraste com uma justiça coletiva.

Essa concepção liberal de contrato, com os seus contornos de igualdade de posições em situações materialmente desiguais, segundo os ditames de uma ampla autonomia da vontade, do qual o Código Napoleão procurou preservar e garantir. Desse ponto de vista o contrato era a liberdade irrestrita de uma ou outra parte, a partir de um exercício descontrolado dessa liberdade, e dela brota espontânea e naturalmente um tipo malfeito de equilíbrio de prestações recíprocas de ambos os contratantes que se pauta, em consequência, por tipo de lei de oferta e procura segundo o qual, por exemplo, o interessado em vender ou dar em locação um determinado bem com um preço exagerado ou um empréstimo de dinheiro nas mesmas condições.

O velho modo de cumulação de riqueza e vantagens para uma parte mais forte dividiu muitos interesses e nem sempre em consonância com uma interação a considerar entre uma produção desenvolvida de uma dada economia e as necessidades da sociedade. Essas circunstâncias levaram a amenizar a autonomia da vontade e a provocar a intervenção do Estado. Aparecem, então, teorias sobre a intervenção do Estado nos contratos, em um dirigismo contratual, ao ponto de se falar em uma publicização dos contratos. E é com o desenvolvimento das sociedades que o velho modo de ver o contrato entra em linha de colisão com as

transformações que os grupos sociais de cada país conhece, ou por meio de movimentos políticos ou, mais especialmente, movimentos sociais.

O surgimento de movimentos sociais constitui a segunda grande fonte material que, em união com o pensamento apurado da Civilística da época pode ter provocado uma verdadeira ruptura com o Século XIX. Falando com exatidão, a construção de conceitos jurídicos encontra certo paralelismo na formação do subproduto mais refinado do pensamento jurídico desde Roma, que foi o Pandectismo. O trânsito para o Século XX marca, em muitos aspectos, os pontos de confronto que as contradições e polarizações da época já acentuavam. Os conceitos e valores sociais, aspectos da liberdade e de justiça social não passaram em branco aos pensadores de cada ocasião. Em uma espécie de construção ampla da evolução do pensamento social, que abrangeu desde românticos como San Simon e sistematizadores como Comte, assim como outros autores que conceberam verdadeiros postulados em uma epistemologia social, no curso da evolução de um pensamento social, etapas intelectuais são vencidas e redundarão em um complexo que bem poderia ser resumido com o nome de Filosofia Social.

Importa sublimar que se a concepção jurídica mais apurada pôde construir a figura da relação jurídica, do direito subjetivo e da pretensão, dentre outros, concebeu a mais importante construção teórica do Direito Privado: o negócio jurídico. A essência do negócio jurídico é a liberdade, tal como é captada pelo jurista. Por outro lado, a oposição que o pensamento do Século XIX reconhece não apenas como uma liberdade essencial, mas pela possibilidade de um agir em liberdade, sem a opressão do Estado ou de uma outra opressão estabelecida, vai redundar em um conjunto de reações forjadas entre variadas tendências de cunho social, socializante, socialista, comunista e até anarquista. Um novo e considerável passo para as diferenças socioeconômicas e de modos de vida é o que todos eles chamam a atenção. Entretanto, os movimentos sociais acentuam mais além: a elevação do nível cultural das massas populares, a formação de uma personalidade desenvolvida universalmente e o fim das diferenças de classe.

Nas suas críticas, os socialistas utópicos (assim, ironicamente, denominados pelos discípulos do socialismo científico) do gênero de Saint-Simon, Fournier e Owen, levantaram questões incômodas e buscaram uma conscientização das grandes massas operárias para resolver a questão entre a liberdade do homem, por um lado, e por outro, as necessidades de desenvolvimento social, que era uma necessidade histórica, de modo a evitar a arbitrariedade e o indeterminismo dos feitos humanos. A necessidade que o ser social desenvolveu historicamente exige a reorganização do trabalho e das condições de vida, com a necessária

intervenção do Estado. Criados estavam os fatores para o surgimento do Manifesto de Karl Marx e Friedrich Engels. Esse novo pensamento prega uma nova concepção de mundo e alça a classe operaria a uma condição revolucionária, destinada a terminar com o domínio da burguesia, destruir o capitalismo e construir uma nova sociedade, que seria mais avançada e mais justa.

A significação mais evidente de esses acontecimentos, antes de tudo, é que permitem orientar uma interpretação das propostas de soluções dos problemas suscitados e da sua influência nos anos que se seguem, especialmente nos modos de produção e seus efeitos nos demais aspectos da vida social, incluindo o aspecto espiritual do processo histórico que tanto sensibilizou os pensadores da época. Tudo isso fez possível realizar, de maneira mais eficaz e proporcional, embora de maneira progressiva, as grandes ideias e pensamentos que forjaram os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em curso do desenvolvimento industrial, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos da América.

Uma das tarefas primordiais e urgentes que afrontava a jovem República norte-americana era luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino e infantil. Na altura dos anos 1800 as ideias estão longe de serem aceitas, mas, no que se refere aos EUA, Josephine Lowell criou a “New York Consumers League”, uma associação de consumidores que tinha por objetivo essas mesmas lutas. Embora não fosse consumerista pura, por meio de listas, chamadas “listas brancas”, divulgava-se o nome dos produtos que os consumidores deveriam escolher preferencialmente. Conquanto não desfrutasse de ampla aceitação, as empresas que produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, pelo pagamento de um salário mínimo, horários de trabalho razoáveis e condições de higiene condignas, tinham seu registro positivo de boas práticas. E assim foi iniciada a forma de influenciar a conduta das empresas tendo como forma de pressão, o poder de compra dos consumidores.

Em fins dos anos 18, Florence Kelley deu prosseguimento a esse trabalho ao reunir as associações de Nova Iorque, Boston, Chicago, Filadélfia e criar a Liga Nacional dos Consumidores (National Consumers League), com ênfase inicial nas condições de mulheres e crianças nas fábricas de algodão. A NCL, entretanto, usava a força dos consumidores direcionada para uma causa social, exprimindo mais uma vez a ideia do que seria a defesa dos bons produtos ou a qualidade industrial.

É sabido que a matéria encontrava-se ao ponto de evolução quando no início do Século XX, os Códigos Civil da Alemanha e do Brasil entram em vigor, mas, também, vem a lume o romance *A Selva* (*The jungle*), de Upton Sinclair, de inspiração socialista, no qual descreve, de maneira bastante realista, as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos operários dos matadouros de Chicago, bem assim os perigos e as precárias condições de higiene que afetavam tanto os trabalhadores como o produto final. A inclusão da obra de Sinclair na sucessão de acontecimentos teve tamanha repercussão que décadas de resistência foram vencidas, culminando com a sanção, pelo Presidente Roosevelt, da primeira lei de alimentação e medicamentos (a *Pure Food and Drug Act* – *PFDA*), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a *Meat Inspection Act*), em 1907.

São esses os traços característicos da proteção do consumo no Século XIX. E primeiro lugar: um período dedicado às condições do trabalho. Em segundo lugar: é um período de transição, dos movimentos sociais trabalhistas para o que seria uma verdadeira bifurcação com os movimentos em prol dos consumidores.

Todos esses movimentos, principalmente o dos trabalhadores, tiveram grande aceitação entre as multidões e não são mais do que um derradeiro reflexo do pensamento do Século XIX. Há, todavia, um traço de diferença com o Direito Civil: é resultante de movimentos capilarizados por meio de greves, protestos e grandes manifestações de repercussão geral.

O conceptualismo do Direito privado forjou o negócio jurídico a partir da evolução do pensamento e das condições do uso. O desenvolvimento das lutas sociais que conduziram as leis trabalhistas e de amparo ao trabalhador debilitado deram forma a uma ampliação de um pensamento social que, entre o espiritual e o material, levou, aceitação do mundo a um campo do idealismo dos problemas sociais com tudo aquilo que lhe dizia respeito: da origem do conhecimento, da verdade e da autenticidade de critérios e a maneira de tratar cada solução dada aos problemas.

Se da aceitação do primado dos conflitos sociais dependia a resposta à questão da existência e do caráter das leis inerentes à interconexão dos problemas do mundo, deu-se uma resposta que muito resultou das conclusões dadas pelo Direito Civil: a relação do direito com a realidade social, a compreensão dos acontecimentos históricos e os princípios sobre as calamidades sociais, tão terrivelmente sofridas pelos trabalhadores nas sociedades com o antagonismo de classe (opressão por miséria ou alguma outra vulnerabilidade) deve encontrar nas relações com o Direito Civil a estrutura para estabelecer o padrão de conhecimento e adaptá-

los da melhor maneira, mesmo diante de possíveis erros e defeitos e uma tal concepção que pude tornar possível os mesmos padrões já usados no Direito Comercial.

A forma histórica elaborada pelo Direito Civil percorreu longo caminho para forjar o Direito Comercial, embora tenha conhecido muitas variantes. Era a maneira espontânea e ingênua que se manifestou nas relações comerciais, com o uso das figuras do contrato e das obrigações, seguindo a forma superior já elaborada e reconhecida do Direito Civil. As variantes é de mencionar são antes de mais nada de cunho formal que de um tipo ideal objetivo para o qual o espírito da lei é exterior e independente da consciência dos indivíduos, independente da matéria, da natureza, ou anterior a ela, como razão universal, vontade universal inconsciente que determinaria todas as formas do Direito Comercial.

Em contraste com a prematura legislação trabalhista, aquela relacionada aos consumidores somente nos anos 1960, pelas mãos do Presidente John Fitzgerald Kennedy, encaminhou Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos da América sobre Proteção dos interesses do Consumidor. Na década seguinte, dos anos 1970, a Organização das Nações Unidas, pela sua Comissão de Direitos Humanos reconheceria os direitos básicos dos consumidores, e na década seguinte, a de 1980, o Conselho Social e Econômico da Assembleia Geral das Organização das Nações Unidas deliberou a Resolução 39-248 com uma série de normas internacionais para proteção do consumidor.

Um destaque extraordinário deve ser feito entre as primeiras leis de proteção ao consumidor, no qual destacamos as leis francesas da década de 1970 que permitia o período de sete dias para refletir sobre a compra, publicidade enganosa, e que protegem o consumidor contra os perigos do crédito e das cláusulas abusivas,

O progresso técnico levou ao amadurecimento no Brasil, que começou a discutir ainda de maneira acanhada as primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim. E já na década de 1970 foi criado no Rio de Janeiro o Conselho de Defesa do Consumidor (Condecon), em 1974. Em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), em 1976. Também em 1976, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC). Em maio de 1976, pelo Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado Procon.

No decurso dos acontecimentos, a edição do Plano Cruzado, provocou a primeira grande mudança, ao despertar o sentimento de direitos, na segunda metade da Década de 1980. Mas o ponto culminante foi a Constituição de 1988 ao estabelecer como dever do Estado promover a defesa do consumidor e assinar prazo para a elaboração de um código para esse fim.

O aparecimento do Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo uma experiência já conhecida na legislação do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho e, também o que já era consagrado há muito no Direito Comercial (o Código Comercial era do Século XIX), a busca de uma coerência na compreensão da linguagem e na estrutura lógica do diploma legislativo. Uma terminologia estranha e não habitual ao exprimir a vontade do legislador evitaria interpretações equivocadas e eventualmente postas no ridículo.

Se se pensar que a legislação trabalhista (CLT) a comercial (o Código Comercial) tinham o contrato e as obrigações como figuras-chave, a utilização apriorística também no Código de Defesa do Consumidor proporcionaria, além da virtude do impacto, as virtudes de uma linguagem relativamente simples e sem abuso dos neologismos que tanto dificultam a leitura de alguns textos de lei e albergam o rico tesouro de palavras que a língua portuguesa oferece. Distinguiu-se o Código por não suprimir termos conhecidos como ocorreu no Direito Civil ao não usar o tão corriqueiro “desquite” na lei do divórcio e preferir “separação” e a popular, embora abominado pelos magistrados, a de “juiz peitado”, pelo Código de Processo Civil de 1973.

A unidade do Código de Defesa do Consumidor não esconde a diversidade das fontes materiais na elaboração do novel diploma. A ação técnica de tutela dos direitos dos consumidores que o Código encerra esbarra com a possível caracterização de uma análise comum ao Direito Civil. Examinando o sentido e o valor dos dispositivos objeções poderiam ser erguidas para um tratamento comum na leitura do Código de Defesa do Consumidor no confronto com o Direito Civil. Torna-se patente que toda unidade de leitura não pode fechar-se em si mesma de modo a seguir orientações que pela unidade da disciplina não se manteria de pé somente por si.

São exemplos no Direito do Trabalho, a mais notável caracterização que sublinha a enorme importância desse ramo do direito é caracteriza pelo contrato de trabalho como um fato que determina sua realidade, qual seja a Teoria do contrato-realidade. De maneira que, presentes seus requisitos está configurado. Numa situação de utilização do Direito Civil, não



prescindiríamos do consentimento mesmo tácito para configurarmos um contrato pelo Direito Civil. No Direito Comercial, a construção de um contrato como destinado a proporcionar lucro.

A fim de fazermos justiça às concepções que levaram à formação do Código de Defesa do Consumidor, um paralelo radical com o Direito Civil não seria possível. E não queremos deixar dúvidas de que devemos nos congratularmos com um retorno às formas matérias que serviram de fonte que decidiram a sorte do consumidor sem o qual o arrastaria consigo no malogro de buscar a tutela do interesse no consumo.

Ao dizer a verdade sobre o Direito do Consumidor, tal como ocorreu e foi confirmado pelos estudiosos do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, haveríamos de nos lançar de braços para as fontes que conduziram à elaboração do Direito do consumidor e evitar que se corresse nos riscos próprios de uma existência. Entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor pode-se mesmo travar uma verdadeira luta por um saber objetivo por respeito a um e a outro como verdade possível, embora possam não se entender,

O que na linguagem do Direito Civil se entende por consenso e forma que o acompanha para forma dos contratos do Direito do Consumidor pode, além de ser uma necessidade formal, ser uma maneira de dar uma *forma regimis* comum. A existência do contrato no Direito do Consumidor, entretanto, não obedece ao formalismo da posição do consentimento. O estado do contrato nas relações de consumo não toma como essencial o consenso da celebração do contrato, mas, em verdade, outra é maneira de determinar o característico que acompanha o contrato na relação de consumo: a situação do consumidor.

Para encontrar um objeto próprio do seu sistema contratual, devemos avançar para o objetivo do próprio Direito do consumidor. Interessa-lhe não o formalismo do contrato, mas a prestação correspectiva. Quer isso dizer que o direito do consumidor não deve se ocupar da forma civil do contrato no texto do Código do Consumidor para criar um tipo de ajuste ou conformação nos seus dispositivos, mas uma realidade própria: a das relações jurídicas em confronto. Se ao Direito Civil o consenso seria a maneira de chegarmos a realidade do contrato, não se poderia compreender como o Direito do Consumidor se voltaria para essa mesma maneira de tutela. Essa breve excursão quer mostrar a única tutela possível é a original e genuína, na qual se usa a fórmula de troca com quem se encontra como consumidor. A base econômica de contraprestação acompanhada da figura do consumidor é a relação recíproca que ocorre nos contratos de consumo, possivelmente por uma inspiração dos países anglo saxônicos cuja base não é o formalismo que marca o regime contratual do consenso como ocorre em nosso País.

Em prosseguimento, ao reconhecermos o progresso dos negócios na figura central e basilar dos contratos no Direito do Consumidor. Vimos que a noção moderna de contrato se origina no labor dos juristas do Direito Intermédio Continental, fundada em alguns vislumbres dos jurisconsultos do Direito Justinianeu e na ideia tipicamente romana de que a vontade pode, por si só, criar obrigações.

A determinação de um conceito abstrato e geral do contrato é o resultado de dois movimentos: o dos juristas, conduzidos consciente ou conscientemente a força a letra e o espírito da lei romana para adapta-la às necessidades da época: e dos canonistas que partindo da ideia de supremacia da Igreja sobre Roma, lutaram por novas concepções jurídicas. Eles abriram o caminho à formulação moderna do conceito de contrato.

Ao se examinar essa questão do contrato, convém acentuar que, nos compromissos do fornecedor para com o consumidor, toda a concepção do contrato em suas características mais conhecidas deve ser observadas. Mas, na esfera específica que o Direito do Consumidor apresenta, não seria uma contradição a premissa de um regime contratual paritário ou igualitário? Alicerçados no regime contratual específico dos contratos, haveria de se dizer serem iguais a posições de fornecedor e consumidor? A melhor decisão que se poderia apresentar seria aquela na qual havia uma contraprestação que se espera ver cumprida.

A essência do contrato nas relações de consumo está na complexidade e na contraposição do consumidor com o fornecedor. E essa formulação resulta da premissa de que a tarefa do contrato não é dar consequência ao consenso que obriga como ocorre no Direito Civil, mas no desequilíbrio de situações das relações contrapostas entre quem negocia com um consumidor e o próprio consumidor.

Essa forma de pensar proposta conclui um esclarecimento que põe em primeiro plano o caráter específico do contrato nas relações de consumo como assentado na justeza do cumprimento da obrigação esperada pelo consumidor e não no cumprimento do consenso formador do contrato como, por sua vez, se pauta o contrato no Direito Civil.

O contrato nas relações de consumo haveria de se definir como realizador de atos eficazes de oferta e aceitação do consumidor no qual a operação realizada é a de satisfação do consumidor. Se o termo contrato denota um compromisso formal que consolida um consenso a seguir obrigatoriamente seguido, o caráter consumerista cria no negócio o predomínio da relação de contraposição realizada como uma própria condição para o contrato ser assim entendido.

O contrato do Direito Civil como fonte de obrigação assume um papel diverso daquele do Direito do Consumidor. No Direito Civil a obrigação surge do contrato; no Direito do Consumidor a obrigação é uma promessa que os contratantes fazem para que, no confronto entre um e outro, encontre o segundo, mais vulnerável a satisfação da promessa esperada e dar-se assim como formado e concluído o contrato. Em uma perspectiva de parte correspondente, a obrigação do cocontratante civil que não venha a ser cumprida é causa de inadimplemento. No Direito do Consumidor, a obrigação é uma promessa na qual sua frustração macula a própria contratação supostamente obrigada pelo consenso.

A nosso ver, a obrigatoriedade Civilística na qual se basearia o Direito Civil não é paralela ao regime da contratação consumerista. Tampouco defendemos aqui a ideia norte-americana na qual o contrato é uma promessa de troca. A proposta em um contrato integrará no regime de consenso o contrato de Direito Civil. Nas relações de consumo a proposta sofre um *diformismo jurídico* que não retira do contrato sua condição, mas introduz uma forma diferente de atuação: a de que a proposta só será eficaz se condicionada à própria realização do contrato.

A falta de unidade nos regimes contratuais manifesta-se não somente na maneira como o contrato é executado, mas também nos fundamentos da ideia de obrigatoriedade dos contratos. Mas seria erro perigoso querer conceber a existência de uma figura sem um parâmetro do tipo contratual. Na realidade, assim como o Direito Civil não sabe até hoje porque um contrato obriga – a despeito das várias teorias propostas –, uma nova fonte de dúvidas levaria ao agravamento de questões sobre o Direito do Consumidor para essa dúvida sobre o fundamento da obrigatoriedade dos contratos de consumo.

Além do elemento formador do Direito do Consumidor, encontramos nas chamadas fontes materiais do Direito do Consumidor o elemento técnico que o definirá como um novo ramo do Direito. Sob esse aspecto, podemos assinalar algumas ideias e resultados de grande valor como um tipo de conclusão para estas linhas. É inegável que a dogmática contratual do Direito Civil e seus estudiosos enriqueceram o regime contratual do consumidor com toda uma série de excelentes análises teóricas e práticas, que exploraram até pela primeira vez domínios novos, nas desequilibradas relações entre produtor, fornecedor e consumidor, afastando-se daquelas puramente iguais entre os agentes do negócio jurídico, ou mais propriamente as partes nos contratos disciplinados pelo Direito Civil. Surgiu nesse ponto uma nova problemática que significa uma ampliação essencial da forma do Direito Civil aproveitada nos contratos disciplinados pelo Direito do Consumidor. São fundamentais as formas do Direito Civil nos contratos e nas relações de consumo, pois se um lado oferecem as relações contratuais do

Direito Civil a possibilidade de empréstimos das suas características fundamentais, restará ao Direito do Consumidor manter a características peculiares que o determina. Por fim, deve-se notar especialmente que, a compreensão por parte do jurista, de que essa forma civil usada no Direito do Consumidor muitas vezes também absorve mais do que uma formalização do Direito, e que nalguns casos até ao ponto de anular as regras do Direito do Consumidor. A forma que o Direito do Consumidor usa foi desenvolvida e coroada pelo Direito Civil e segue por uma espécie de *estética civilística* (como maneira talvez de se denominar esse empréstimo de forma). Deve-se notar em um caráter especial que a compreensão por parte desses contratos e dos diversos problemas de natureza estão a exigir, muito ultrapassam os temas e os problemas que o Século XIX produziu a esse respeito. Nunca se insistirá demasiado neste ponto: o direito do consumidor não é só um apelo profético ao Direito Civil para conformar as novas fontes materiais do Direito, senão também uma nova técnica e sob os muitos aspectos tão valiosa que poderá ser aproveitada em outros ramos do Direito. Esses mesmos problemas que suscitam as soluções propostas tendem a ser tratados de maneira muito mais séria e penetrante quando levados a solucionar também as questões do Direito Civil, e o resultado possa talvez ser uma nova ruptura: a do Século XX.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense 2002.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto provato italiano*. Nápoles: Morano,
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do consumidor*. 2ª ed. Vitória: Edição do Autor, 2017.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. V. I, trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1934.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlim: Walter de Gruyter & Co. 1952.
- FERNANDEZ BULTE, Julio. *Historia del estado y de derecho em la antigüedad*. Havana: Instituto Cubano del Libro, 1971.
- FLUME, WERNER. *El negocio jurídico*. Trad. José María Miquel gonzález e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992.
- HUBER, Eugen. *El derecho y su realización, problemas de legislación y de filosofía del derecho*. Trad. Hertha Grimm. Madri: Reus, 1929.
- KAHN-FREND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Trad. Guido Zangari, Milão; Giuffrè, 1974.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.

- LE ROY, Yves; SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette. *Introduction Générale au droit suisse*. Genebra: Schulthess Médias Juridiques, 2002.
- MACEDO, Sívio de. *Curso de filosofia social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- MARQUES, J. Dias. *Noções elementares de direito civil*. Lisboa: 1973.
- MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Privatrecht*. Munique: C. H. Becksche, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Munique: C.H. Becksche, 1988.
- PERRET, Louis. *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Santiago do Chile: Universidad de los Andes, 1999.
- PLANITZ, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Viena: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1950.
- \_\_\_\_\_. *Principios de derecho privado germânico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1957.
- PEIXOTO, José Carlos Marques. *Curso de direito romano*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1961.
- RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Introdução ao direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2003.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. V. 1. Coimbra: Coimbra, 1922.
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Trad. Jesús Daza Martínez. Madri: Civitas, 1988.
- WEBER, Adolph Dietrich. *Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und derem gerichtlicher Wirkung*. 3 Bände. Schwerin: Bödner, 1784-1787.

## A RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA DE BUSCADORES DA INTERNET

*Lorryne Fialho Neves<sup>1</sup>*

### INTRODUÇÃO

Comércio eletrônico consiste no negócio jurídico (compra e venda) de serviços e produtos através de diversos meios eletrônicos, sobretudo os realizados por intermédio da internet.

A existência de inovações nas interações provenientes da tecnologia oferta desafios inovadores para a aplicação, e mesmo compreensão, dos institutos das relações privadas, sobretudo o instituto protetivo do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nesse diapasão, Cláudia Lima Marques (2004, p. 70-71) leciona que o consumidor “unilateralidade visível e uma bilateralidade invisível” no que tange a respectiva responsabilidade jurídica e a necessidade de ampla proteção dos vulneráveis (consumidores) quando dos negócios jurídicos realizados por meio da internet, surgindo assim, uma nova espécie de vulnerabilidade: a eletrônica.

Considerando a vulnerabilidade, é dever do fornecedor em informar decorre da devida positivação de um direito constitucionalmente garantido, que para sua efetivação desdobra-se em variadas bases legislativas.

Com a alavancagem do comércio virtual e da globalização, diversas empresas objetivando ampliação do mercado – ou mesmo sua manutenção- concentraram suas atividades comerciais no mercado online; assim, diversas empresas iniciaram a exposição e comercialização em seus sítios eletrônicos criando verdadeiras catálogos.

Não só os vendedores, mas terceiros – alheios (aparentemente) à relação consumerista – iniciaram a exposição em seus próprios sítios eletrônicos e aplicativos catálogos comparativos que possibilitam os mais diversos consumidores averiguarem a oferta mais atrativa e melhores condições para que haja concretização do negócio jurídico de compra e venda de produtos e/ou serviços, os chamados “buscadores da internet”.

A questão que se coloca em voga é: Os buscadores da internet devem participar da triangulação consumerista e desta feita havendo possibilidades de responsabilização? Objetivando responder tal questionamento, sem esgotar o assunto, o presente ensaio aborda o conceito de fornecedor e a aplicação dos princípios consumeristas.

---

<sup>1</sup> Advogada e professora, doutoranda no Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios – UFF.

## 1. COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Cada período histórico possui sua própria particularidade no que tange a existência de tecnologias postas a disposição para uso, como imprimem um ritmo próprio do período vivido, distinguindo-o dos demais cenários históricos previamente existentes.

A fase atual é marcada pela internet, sobretudo, pelo acesso à informação e pelos contratos eletrônicos<sup>2</sup> que constantemente transformam as práticas empresariais e de administração entre fornecedores, vendedores, consumidores e diversos outros agentes dessa relação contratual. (CASTELLS; 2015)

O referido acesso à informação e diversas maneiras de comunicação ganham espaço, não se limitando ao território espacial, haja vista que o fator tempo e espaço são comprimidos pela instantaneidade dos fluxos e formações de novas redes. Assim, com essa nova dinâmica, é originado um novo conceito de sociedade:

Uma sociedade em rede é aquela cuja estrutura social é composta de redes activadas por tecnologias digitais de comunicação e informação baseadas em microelectrónica. Entendo por estrutura social os acordos organizativos humanos na relação com a produção, o consumo, a reprodução, a experiência e o poder expressos por uma comunicação significativa codificada pela cultura. (CASTELLS; 2015, p.58)

Com essa nova configuração social marcada pela interpenetração dos meios de produção e consumidores, há o destaque à econômica do imaterial ditada pelo sobretudo pelo comércio eletrônico.

O comércio eletrônico é definido como qualquer transação econômica em que compradores e vendedores se comunicam por meio de mídias eletrônicas da Internet, firmam um acordo contratual no que diz respeito ao estabelecimento de preços e entrega de bens/serviços específicos, e consolidam a transação por meio da execução do pagamento e da entrega desses bens/serviços, conforme estabelecido em contrato (Guay & Ettwein, 1998; Turban & King, 2004).

---

<sup>2</sup> “A especificidade do contrato eletrônico provém da circunstância de ser concluído por meio de transmissão de dados através de computadores, não se constituindo um novo tipo contratual ou categoria autônoma, mas apenas uma nova técnica de formação contratual” (MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.). De maneira mais ampla “Também é importante destacar que alguns autores, quando abordam o tema dos contratos eletrônicos em seus escritos, parecem restringir suas conclusões aos contratos realizados pela Internet. Ora, é verdade que atualmente a Internet representa o meio de maior desenvolvimento e aplicação deste tipo de contrato (existindo por isso maior atenção da doutrina nos aspectos jurídicos relacionados aos contratos entre ausentes), no entanto é possível verificar, especialmente em razão do desenvolvimento das tecnologias sem fio (wireless) a existência da celebração de contratos por diversos meios, alguns sem qualquer trânsito pela Internet”. (In: ELIAS, Paulo Sá. Contratos eletrônicos e a formação do vínculo. São Paulo: Lex editora, 2008, p. 155-156.)

Sobre os contratos tidos como eletrônicos Cláudia Lima Marques (2001) descreve as dificuldades de sua respectiva formação oriunda da ausência de materialização de contato físico, bem como os desafios suscitados na defesa dos consumidores:

O Contrato eletrônico é concluído sem forma física, desmaterializado, são bits e códigos binários. A linguagem do contrato também é diferente, é virtual em um primeiro momento e semi-escrita, num segundo. Como vimos, quando o consumidor aperta o botão, direciona o mouse ou seu lápis eletrônico para o click de aceitação, o écran está cheio de imagens, cores, sons, lembretes escritos, figuras etc. nesse primeiro momento, todas estas impressões criam a confiança do consumidor. Em um segundo momento (ou no momento zero, pois pode o consumidor mais atento ter olhado as condições gerais contratuais de forma prévia!), as condições gerais do contrato impostas pelo fornecedor aparecem em uma janela sob a forma escrita e – normalmente – poderão ser baixadas (downloaded). Este iter virtual de contratação traz dois problemas para o direito do consumidor: como assegurar a compreensão e a reflexão do consumidor sobre o negócio que está concluindo, cuja importância não podemos diminuir, pois hoje o comércio eletrônico não é só de “bagatela” e inclui já muitos serviços financeiros on-line!

Mesmo com as constantes transformações sociais, próprias da evolução tecnológica, fato que não pode ser ignorado é necessidade de proteção aos vulneráveis nessas relações desiguais e de assimetria informacional. Direitos esses que por diversas vezes são garantidos pela base principiológica.

No âmbito do trabalho adotamos o conceito de Humberto Ávila (2012; p. 79) para princípio jurídico:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma variação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Associando o exposto conceito de princípio jurídico com a temática que será estudada no decorrer do trabalho, o princípio tem alto grau de abstração, porém expressa valores fundamentais de uma sociedade, tendo como a principal função servir de alicerce para o ordenamento jurídico, integrando lacunas, sendo parâmetro para atividade interpretativa, limitando regras e por vezes criando direitos subjetivos. Neste sentido, os princípios exercem um papel epistemológico dando o sentido da atividade hermenêutica a um conflito atual ou virtual (LANZILLO e GUIMARÃES: 2013). Portanto, os princípios apresentam características diferenciadas entre si e servem como auxiliares na formação do direito e desta forma concentram peculiares.



Hodiernamente, os princípios apresentam as seguintes características: normatividade (função de norma jurídica), imperatividade, eficácia, precedência material e abstração (FAZOLI, 2007). O estudo sobre o tema sempre leva a análises das funções exercidas pelos princípios no sistema jurídico, ao longo de uma demarcação temporal, sobre as quais se destacam três fases históricas, ligadas as escolas jurídicas tradicionalmente observadas. As fases evolutivas dos princípios no sistema jurídico são conhecidas como: jusnaturalista<sup>3</sup>, positivista<sup>4</sup> e pós-positivista. O pós-positivismo relaciona-se ao novo movimento no qual está incluso aspectos hermenêutica constitucional, formada de relações entre valores, princípios e regras, e a teoria dos direitos fundamentais, consolidada mediante ao fundamento da dignidade da pessoa humana encontrada no nosso ordenamento jurídico.

Portanto, os princípios constitucionais podem ser utilizados como forma de operacionalizar o Direito. No mesmo sentido está o entendimento dos princípios serem utilizados para dirimir litígios nas hipóteses de lacunas do direito positivo, facilmente percebido em julgamentos do Poder Judiciário.<sup>5</sup> Cabe ainda salientar que os princípios funcionam como meios de integração diante da omissão legislativa e meios de interpretação considerando que não é possível fazer de maneira efetiva nenhuma interpretação inobservada os princípios (FAZOLI, 2007). Alguns autores ainda destacam que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional e vinculam o legislador (ROTHENBURG, 2003:44). Dentre os princípios fundamentais, destaca-se com grande relevância o princípio da dignidade humana, elevado pela Constituição à nível de princípio fundante do Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>. De importância basilar ao nosso tema, o princípio em questão é observado na própria construção e fundamentação do direito consumerista.

---

<sup>3</sup> Na fase jusnaturalista impera a “descrença nos princípios” e na crença da sobreposição do direito natural, cujos valores objetivos e pretensões são relativos ao homem apartado da comparência ou carência de norma advinda do Estado. Observa-se que nesse momento os princípios não possuíam grau de normatividade, sendo vistos meramente como orientações. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.145).

<sup>4</sup> Caracteriza o positivismo a mudança. Em tal fase, os princípios eram adotados nos códigos objetivando desempenhar a segurança, manuseados como critérios de interpretação para suprir as lacunas legislativas e engendrar a extensão da lei. Observa-se que há um distanciamento significante entre o direito natural e os princípios os quais nessa fase somente eram emanados nas normas formalmente editadas do Estado. Barroso define que no positivismo jurídico o “direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.146).

<sup>5</sup> A título de exemplo sobre a aplicação de princípios pode-se citar: REsp 1026725/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 28/05/2008 e HC 182.060/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014.

<sup>6</sup> CRFB/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

## 2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO LIVRE CONSENTIMENTO CONSUMERISTA EM FACE DO CONCEITO DE FORNECEDOR

Durante a Segunda Guerra foram praticadas inúmeras torturas, as quais serviram como fato gerador para mobilização da comunidade internacional. Em resposta criou-se, no decorrer histórico, diversas normas que visavam regulamentar o que se considerou como o justo tratamento ao indivíduo.

Atualmente, o documento mais influente no trato sobre o tema é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU). Essa declaração contém diretrizes a serem observadas por todos os países signatários da ONU, como o Brasil. Ainda, não se esgota aos membros a sua influência, pois a ONU tomará medidas para que os Estados não membros as observem por medida de manutenção da paz e segurança internacional.<sup>7</sup> Destaque-se que todo Estado considerado democrático tem sua Constituição embasada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos  
Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Pode-se perceber que a consagração da proteção à dignidade da pessoa humana passou por longa jornada sendo resultado de diversas tentativas normativas para solidificar e dar a almejada eficácia de proteção ao indivíduo. Em observância às transformações do direito comparado o ordenamento jurídico brasileiro concebeu posicionamento de primar o direito individualizado como pode ser observado na leitura da Carta Magna em especial nos títulos de direitos e garantias fundamentais.

No Brasil, a instituição do Estado Democrático de Direito (CFRB/1988) trouxe como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, buscando a defesa de direitos individuais nas mais diversas áreas, no que tange ao recorte do presente ensaio: ao direito consumerista.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet (2014:121) a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada com o status social do indivíduo e seu respectivo reconhecimento

---

<sup>7</sup> Dec. 19.841/45 (Carta das Nações Unidas), art. 2º., n. 6. A organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

perante os demais membros da sociedade. Para Daniel Sarmento (2004: 371) o princípio da dignidade da pessoa humana figura no centro gravitacional do sistema constitucional, donde é possível extrair uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, incidente no espaço das relações entre os particulares, independentemente de posituação, em sede legal, de alguns direitos da personalidade.

Para John Kleinig (2014: 8-13), a dignidade humana pode ser exteriorizada no modo como a vida é conduzida, seja na esfera individual ou social. Afirma ainda que a eliminação da dignidade pode ser feita pelos atos do próprio indivíduo ou por atos de terceiros. Segundo o autor, é possível caracterizar a dignidade humana dentro do ideal de autonomia pessoal. Nesse desenvolvimento de ideias, o livre consentimento tem ligação umbilical com a autonomia da vontade.

De origem liberal o consentimento comumente diz respeito à autonomia de vontade muito identificado com a sua concepção negocial. Com a maioria dos autores a identificando com a criação de Kant (1986: 85), para quem o princípio autonomia da vontade é “não escolher senão de modo que as máximas das escolhas estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”. Essa percepção liberal da autonomia da vontade ligada ao conteúdo negocial foi percebida e contemplada pelo movimento codificador nas relações negociais.

percebe-se que a autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas. (RODRIGUES JÚNIOR, 2004: 120).

O cenário pós Guerra levou à publicização da economia deslocado para o controle do Estado e, conseqüentemente, o contrato perde parte da importância como centro da economia, levando a uma nova visão da autonomia da vontade, colocando em evidência a partícula privada (RODRIGUES JÚNIOR, 2004: 120). É a visão italiana, que guarda sonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo” (AZEVEDO, 1986: 78). Pode-se ainda dizer que a autonomia é a capacidade de disposição de escolhas de maneira a resultar na soberania pessoal do indivíduo (KLEINIG. 2014.pp 7-9). Contudo, hoje percebe-se que a autonomia privada não é um valor absoluto podendo sofrer mitigações em especial quando em prol da dignidade da pessoa humana.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> A título de exemplo pode-se perceber no Art. 6º inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor efetua mitigações na autonomia de vontade do indivíduo partindo do pressuposto que ele se encontra em posição de vulnerabilidade

Portador de características específicas, o consentimento, na seara do Direito Consumidor, é visto como um processo, tendo que transpassar a boa-fé objetiva, a lealdade e confiança recíproca e o dever de informar ao sujeito detentor de direito de maneira clara e objetiva<sup>9</sup>. Desta forma, o livre consentimento pode ser considerado como a concordância pelo consumidor para dada negociação consumerista após explicação sobre a respectiva intervenção no que diz respeito a objetivos, duração, justificativa, riscos, benefícios e desta forma desprendido de vícios. Salienta-se que o livre consentimento poderá ser reduzido em detrimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto é, a autonomia da vontade deixa de ser um valor em si, podendo ser restringida em face de outros princípios considerados como de maior importância, dentre eles, a da dignidade da pessoa humana.

A preocupação no que tange a efetivação princípio da dignidade da pessoa humana é expresso no Código de Defesa do Consumidor, em especial em um dos artigos de suma importância do referido estatuto legal: o art. 4º do CDC<sup>10</sup>; no mesmo sentido é possível observar a presença do princípio do livre consentimento como requisito essencial para que o negócio jurídico seja válido.<sup>11</sup>

Objetando garantir a aplicação da dignidade da pessoa humana e do livre consentimento, de maneira a proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista (o consumidor) o CDC garante a responsabilização do fornecedor no negócio jurídico de ordem consumerista.

---

<sup>9</sup> A informação de maneira clara é feita através de linguagem não técnica para que o indivíduo (consumidor) entenda as informações prestadas sem que haja ocorrência de qualquer tipo de vício proveniente da ausência de expertise de termos técnicos.

<sup>10</sup> Art. 4º do CDC. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

<sup>11</sup> Art. 138 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Art. 3º do CDC. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços

Assim, elemento que caracteriza determinado agente econômico como fornecedor é o respectivo desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, presente o requisito de habitualidade, com a transformação, importação, distribuição, produção e comercialização, participando da cadeia de fornecimento de serviços e/ou produtos, independente da forma como irá se relacionar com o consumidor: seja ela indireta, direta, contratual ou extracontratual. No mesmo sentido:

o CDC menciona fornecedores, pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação execução de serviços) da sociedade de consumo. O parágrafo único do art. 7º do CDC bem especifica que há mesma solidariedade nesta cadeia (...) (BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 5ª ed., 2013, p. 114)

Há ainda a figura do fornecedor equiparado, sendo aquele que detém uma posição de poder em relação ao consumidor nos seguintes termos:

aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguros de vida de grupo etc.). (BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Op. cit., p. 118-119)

Na concepção de Fernando Antônio de VASCONCELOS:

o serviço preconizado na Lei 8.078/90 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o prestador [provedor] de serviços da Internet do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor” (Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2004, p. 116).

Ressalta-se que há posicionamento divergente no qual entende que ainda que o provedor ser gratuito não extingue o liame da relação de consumo considerando que o termo

“mediante remuneração” expresso no art. 3º, § 2º, do CDC, devendo ser interpretado de forma ampla incluindo o ganho indireto do fornecedor. Conforme salienta Cláudia Lima Marques a expressão “remuneração” contida no mencionado diploma legal permite incluir qualquer contrato que possibilite identificar a contraprestação, ainda que indireta, uma remuneração pelo serviço. (Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 94).

### **3. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET É FORNECEDOR?**

Não obstante a existência de legislação própria para a proteção do consumidor (LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.), fato notório e sabido é que foi necessário maior regulamentação para a efetiva proteção da parte tida como vulnerável: o consumidor. Assim, objetivando conferir a referida proteção houve integração legislativa, sobretudo com a edição do DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013<sup>12</sup>, LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014 (Marco Civil da Internet)<sup>13</sup> e a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD - LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018, com redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.

Dentre diversas questões que podem ser suscitadas quando da temática de contratos eletrônicos, questão de extrema importância é a relação da autonomia de vontade do consumidor e a responsabilização do provedor pelos danos praticados.

Como é sabido, a autonomia de vontade do consumidor é requisito essencial para constituição de um contrato, ainda que na modalidade eletrônica, como requisito da própria validade negocial. Fato é, que os contratos oriundos de veículos virtuais as manifestações de vontade (externalizações da própria autonomia de vontade e negocial) poderão ser realizadas por diversas formas eletrônicas em redes de computadores fechada ou aberta, a depender do tipo de contrato.

Nos contratos intersistêmicos, aqueles os quais os computadores estão previamente programados com o fito de realizar acordos automaticamente, será considerado a presença de consentimento quando as partes previamente discutiram todas as cláusulas de funcionamento destes programas (LEAL, 2007).

---

<sup>12</sup> Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

<sup>13</sup> Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Nos contratos tidos como interpessoais há troca de mensagens por modalidade de conversação simultânea (exemplo: chat de conversa, e-mail), sendo certo que o consentimento das partes fica figurado quando da aceitação da proposta. (LEAL, 2007).

Há ainda a modalidade dos contratos interativos, donde o sujeito se relaciona com um estabelecimento virtual, que possui todas as condições e informações a respeito do produto ou serviço a ser prestado; nessa modalidade, a condição de consentimento é efetivada quando o sujeito contratante faz o autodirecionamento para o aceite das condições previamente propostas, como por exemplo ao clicar no link “aceito” (MATTE, 2001).

Fato que deve ressaltado é que, independente da modalidade contratual virtual aludida, a manifestação e vontade entre os contratantes deverá ser livre e consciente; não se limitando a ideia de que o consentimento esteja livre de dolo, coação ou fraude, mas sim que as partes ao firmarem o contrato na seara eletrônica tenham sido previamente informadas detalhadamente sobre os respectivos produtos e/ou serviços negociados e sobre a (in) existência de qualquer cláusula que restrinja de alguma forma o direito e sobre os encargos gerados ao contraente.

Cediço informar que a exploração comercial oriunda da Internet, está sujeita as relações advindas do CDC, considerando que, ainda que pelos mecanismos virtuais ainda são relações jurídicas de consumo; assim, ainda que presente peculiaridades próprias, diga-se como todo e qualquer negócio jurídico, não é possível afastar as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico em conformidade com os ditames legais: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>14</sup>

Fato que se coloca em voga é: Em que medida deverá o Estado responsabilizar os provedores de busca de produto na internet?

Os serviços prestados pelos provedores de busca são mecanismos orientado ao comércio eletrônico, em que é possível encontrar os produtos e serviços vendidos em ambientes virtuais, os quais permitem comparações de preços, sem que seja realizado qualquer tipo de intermediação entre as partes contratantes (consumidor e vendedor).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>15</sup> No mesmo sentido pode ser observado o entendimento do STJ ao julgar o REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012

Não obstante as bases legislativas já mencionadas no presente ensaio, considerando a multiplicidade de atores nas transações virtuais, o STJ, quando do julgamento do Resp 1.316.921/RJ se viu obrigado a definir e delimitar a atuação dos provedores de busca na internet.

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web. É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Assim, se tratando de provedores de busca na internet “há a disponibilização de ferramentas que, por meio de algoritmos e de indenização, auxiliam o usuário a encontrar websites ou outros recursos, de acordo com os argumentos de pesquisa inseridos no serviço de busca” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008 - RS (2014/0064646-0) – RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Brasília (DF), 25 de outubro de 2016 -Data do Julgamento).<sup>16</sup>

Para além do informado, ressalta-se que os resultados ofertados pelos referidos buscadores são próprios recursos da internet dispostos de maneira pública, não dependendo

---

<sup>16</sup> No mesmo sentido: “Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (...) Como bem descreve a recorrente na inicial do agravo de instrumento, o mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 03 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado. Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito”. (Resp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012)



sequer do próprio provedor de busca. Não obstante ao inúmeros mecanismos de crivar diversos conteúdos dispostos na rede, por vezes foge ao alcance do provedor da busca o exercício de qualquer modalidade de controle.

No mesmo sentido, Newton de Lucca leciona:

A implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na Internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas. (2008, p. 400)

Ocorre, contudo, que responsabilizar os buscadores tal como sugere o trecho acima mencionado é o mesmo que responsabilizar um veículo de imprensa (tal como jornal) por produtos anunciados, haja vista que tais veículos de alguma forma também irão se beneficiar e obter ganhos, diretos ou indiretos, pelo espaço publicitário.

Responsabilizar o buscador no que tange as buscas por ele realizadas equipara-se a imposição de obrigação de verificação de cada oferta virtual existente; e como é sabido, conforme preceitua a Carta Magna somente poderá ser imputado ao particular a respectiva obrigação se previamente descrito em lei.<sup>17</sup>

Ademais, buscadores de conteúdo na Internet, quanto da filtragem de conteúdo das pesquisas realizadas pelo usuário, não se trata propriamente de atividade intrínseca ao serviço prestado, e desta feita, não há que se falar em quaisquer responsabilidades de serviços defeituosos<sup>18</sup> haja vista que sites de busca não exercem qualquer tipo de controle sobre os respectivos resultados das buscas efetuadas pelos usuários.

No mesmo sentido, leciona Rui Stocco que quando o respectivo provedor de Internet se comporta como “mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto,

---

<sup>17</sup> Art. 5º da CRFB/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>18</sup> Art. 14 do CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros” (2004, p. 901).

(...) As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores. (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012)

Inegável é que seja qual for o buscador de serviços e/ou produtos deve manter o sigilo e segurança de dados e informações de cada um dos seus respectivos usuários<sup>19</sup>, e ser responsabilizado no que tange ao tratamento advindos dessa respectiva obrigação<sup>20</sup>; entretanto, considerando que os buscadores se abstém da interação do contrato eletrônico entre o respectivo consumidor e vendedor, forçoso seria a tentativa de imputação de qualquer tipo de responsabilização seja por vício de mercadoria, inadimplemento contratual ou qualquer outro vício indicado no CDC.<sup>21</sup>

Ocorre, contudo, que por diversas vezes os buscadores extrapolam suas funções, afetando a concorrência e por consequência os consumidores, como foi o ocorrido no Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13 perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

#### **4. A DEVIDA RESPONSABILIZAÇÃO DOS BUSCADORES**

<sup>19</sup> “A proteção de dados pessoais tem um carácter relacionado à privacidade, mas tem outro que vem de um lugar distinto. Como estamos falando aqui de dados que vão gerar informações pessoais, estamos falando de um tópico sensível para a chamada sociedade da informação. A informação é central na sociedade do século XXI e por isso os dados pessoais não tratam somente de invadir a esfera privada, mas sim de anulá-la por completo. Cada vez mais, tecnologias permitem que, através de uma certa quantidade de informações, se adquira um perfil completo das pessoas. E mais, a tecnologia permite que através desse perfil se modifique ou mesmo interfira diretamente nas vidas individuais”. (A proteção de dados pessoais do consumidor enquanto legítimo interesse privado. MARTINS, Plínio Lacerda; KHAUAJA, Pedro Odebrecht; MARTINS, Felipe Lacerda Moura. In MARTINS, p. 36, Plínio Lacerda; RAMADA, Paula Cristiane Pinto; NEVES, Edson Alvisi. O Direito do Consumidor na Modernidade Niterói, RJ: Editora UFF, 2020. ISBN 978-85-94029-23-2 1.

<sup>20</sup> Art. 2º da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

Art. 3º da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

Art. 2 e seguintes da Lei 13.709/2018 (LGPD)

<sup>21</sup> Vide RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008 - RS (2014/0064646-0)

Como já mencionado, buscadores de internet, à priori não devem ser responsabilizados; ocorre, contudo, que há buscadores que desenvolvem o papel de verdadeiros intermediadores, fornecedores.

Por vezes, a interferência é tamanha que no buscador age de maneira tão incisiva que afeta os consumidores como um todo, afetando diretamente também a concorrência; a título de exemplo cita-se o Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13 perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – no qual foi investigado a utilização das chamadas “clausulas de paridade”; a referidas clausulas condicionam os hotéis (vendedores de serviços) que utilizassem as plataformas dos investigados (Booking, Decolar e Expedia) a impossibilidade de cobrança de menores preços aos que apareceriam nos sites de busca investigados. Segundo o CADE:

A imposição de cláusulas de paridade provoca dois efeitos principais: limita a concorrência entre as agências, homogeneizando o preço final ofertado ao consumidor; e dificulta a entrada de novos players no mercado, já que estratégias nesse sentido, como cobrança de comissão mais baixa, não repercute no preço final em decorrência da paridade.

Nessas situações, considerando que o buscador obtém lucros diretos da exposição/publicitação enquadra-se no conceito de fornecedor imposto pelo CDC. Ocorre, contudo, mesmo na condição de fornecedor e a clara externalidade negativa para a concorrência e para os consumidores, o CADE assinou com os investigados acordos com o fito encerrar investigações contra as agências de viagens online: Booking, Decolar.com e Expedia.

Os referidos acordos apensos no o Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13 perante o CADE, acordaram – pelo lapso temporal de 3 (três) anos - que a referida paridade poderá ser exigida em casos específicos, tais como, aqueles que objetivam mitigar o efeito carona, esses entendidos quando o usuário (consumidor) utiliza o buscador para pesquisa especializada de preços, mas formalizam o negócio diretamente com o vendedor (hotel) sem a intermediação do fornecedor (buscadores).

Assim, com o acordo firmando entre as investigadas e o CADE, os respectivos buscadores poderão manter contratos de proibição para que os vendedores de serviços do setor de hotelaria ofertem menor preços em seus próprios sites comerciais ou em sites do seu grupo econômico de forma pública geral.

No entanto, os vendedores (hotéis) poderão cobrar tarifas e condições diferenciadas em áreas não acessíveis livremente ao público em geral, tais como alguns setores nos quais o consumidor obtenha cadastro, login, membros de fidelidade, telefone, mala direta, aplicativos de comunicação, entre outros.

Os tipos de buscadores que ofertam serviços de busca de maneira a intermediar contratos, ainda que de maneira eletrônica, diversamente dos casos vistos no tópico anterior, efetuam intervenção direta contratual, agindo como verdadeira intermediária do negócio jurídico. Assim, considerando que determinados buscadores exploram a atividade econômica na busca, sendo efetivamente remunerada pela comissão que cobra pelas vendas e ofertas efetuadas por seu intermédio, participam do negócio jurídico devendo ser integradas para efetiva aplicação do CDC.<sup>22</sup>

Ademais, considerando a presença de buscadores que em nada se assemelham ao mero anúncio de ofertas e anúncios, vez que possuem atividade mercantil de intermediação, recebendo inclusive remuneração para tanto, por evidente, integram a atividade junto ao mercado consumerista, enquadrando-se no conceito de fornecedor de serviços tal como preceitua o CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido é a jurisprudência no TJRJ: “Apelação Cível. Direito do Consumidor. Serviço de intermediação de hospedagem prestado pela BOOKING. COM. Reserva de hospedagem na cidade de Santiago, no Chile, para o período de 07/08/2018 a 13/08/2018, realizada no sítio eletrônico da ré e confirmada por esta. Autores que, chegando ao endereço informado pela ré, de madrugada, após o vôo vindo do Brasil, constataram que não havia prédio algum com aquele nome, nem o apartamento apregoado. Sentença de procedência, com a condenação da ré ao pagamento de indenizações por dano moral arbitradas em R\$ 5.000,00 para cada autor, acrescidas de correção monetária e juros de mora, ambos a partir da sentença. Apelos de ambas as partes. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela ré que não prospera. Ré que atua como efetiva intermediária da reserva de hospedagem, como revendedor da locação da suíte em hotel, pousada ou apartamento, remunerada por tal intermediação. Hipótese que não se confunde com mero classificado, nem com rede social. 2. Relação de consumo configurada. Ré que se caracteriza como fornecedor de serviços de intermediação, na forma do art. 3º, caput e § 2º, do CDC. Responsabilidade objetiva, inclusive pelas informações que presta em seu sítio na internet. Inteligência do art. 14 do CDC. 3. Dever da ré de, no mínimo, verificar previamente se a hospedagem que apregoa e oferece aos consumidores existe, e de apresentar informações verdadeiras e atuais sobre tais hospedagens. Prédio apregoado e cuja reserva foi confirmada pela ré, que não existia. Ré que não traz prova alguma da existência do apartamento cuja locação ofereceu e confirmou. Defeito no serviço demonstrado. 4. Dano moral que se extrai da própria situação. Autores que, além da frustração da reserva, se viram sem ter onde se hospedarem em outro País, de madrugada. 5. Indenização arbitrada em R\$ 5.000,00 para cada autor que se afigura proporcional e razoável, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e posicionamento deste Colegiado. Inteligência da Súmula 343 TJRJ. 6. Recurso dos autores, postulando reforma parcial da sentença para que os juros incidam a partir da citação, na forma do art. 405 do Código Civil. Pretensão que merece acolhida. Posicionamento do STJ. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO”. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0337504-95.2019.8.19.0001 - RELATOR: JDS MARIA CELESTE P.C. JATAHY - Julgamento: 24/09/2020).

Considerando a integralização da relação consumerista, buscadores caracterizados como fornecedores, ainda que de ofertas digitais, devem ser responsabilizados também de forma objetiva, tais como os vendedores diretos, por vícios dos serviços e produtos, incluindo ainda as informações que divulgam em seu site virtual aos consumidores.

Art. 14 do CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 34 do CDC. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Assim, se considerado que o buscador obtém lucratividade do anúncio, intermediando ainda o negócio jurídico eletrônico deverá ser integrado a relação contratual, na qual será aplicado o CDC, inclusive para fins de responsabilização.

No mesmo sentido Nelson Nery Júnior:

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem o que nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial. (2001; p. 496)

Tendo em vista as bases e princípios trazidos pela Carta Magna e pelo CDC faz-se necessário efetivar a responsabilização quando há interferência de sites e aplicativos de busca no comportamento do consumidor de tal forma a triangular a relação consumerista sob pena de não aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e livre consentimento do consumidor, considerando que o consumidor ao contratar com o buscador acredita na sua oferta de serviços.

## **CONCLUSÃO**

A despeito das respostas imediatas que o Código de Defesa do Consumidor propicia no hodierno cenário jurídico das relações de consumo, sobretudo com a nova realidade de métodos de negócios jurídicos.

Não obstante a realidade que se impõe, os direitos consumeristas devem ser respeitados sobretudo no que tange a dignidade da pessoa humana, livre consentimento do consumidor.

Com a crescente transação virtual viabilizando empresas que ofertam exclusivamente à busca de produtos e serviços ofertados na internet, diante de possíveis falhas na próprias de do cumprimento obrigacional consumerista de tal forma a surgir o questionamento e judicialização no que tange a responsabilidade das referidas empresas por possíveis inadimplementos praticados por terceiros, varejistas online, e pela frustração do consumidor.

É evidente que o papel desempenhado pela jurisprudência conjuntamente com a doutrina são verdadeiros fixadores nas lacunas encontradas quando a temática envolve os negócios jurídicos eletrônicos, em especial, àqueles que necessitam da internet.

No ensaio, buscou-se anotar as peculiaridades que envolvem a figura dos buscadores frente à falha prestacional na cadeia de consumo.

#### **REFERÊNCIAS:**

- A proteção de dados pessoais do consumidor enquanto legítimo interesse privado. MARTINS, Plínio Lacerda; KHAUAJA, Pedro Odebrecht; MARTINS, Felipe Lacerda Moura. In MARTINS, p. 36, Plínio Lacerda; RAMADA, Paula Cristiane Pinto; NEVES, Edson Alvisi. *O Direito do Consumidor na Modernidade*. Niterói, RJ: UFF, 2020. ISBN 978-85-94029-23-2 1.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77-78
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Edição do Autor, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet. Reflexões sobre Internet, os negócios e a sociedade*. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2015.
- ELIAS, Paulo Sá. *Contratos eletrônicos e a formação do vínculo*. São Paulo: Lex editora, 2008
- Fazoli, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. *Revista Uniara*, v. 3, n.20. 2007.
- Guay, D., & Ettwein, J. (1998). *Internet commerce basics. Electronic Markets*8(1), 12-15.
- Guimarães, Patrícia Borba Vilar; Lanzillo, Anderson Souza da Silva. Apontamentos Sobre Função Social Dos Princípios. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, v. 4, n. 2, Natal. 2013.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 85.
- KLEINING, John. *Paternalism and Human Dignity. Crim Law and Philos*. Dordrecht. 2014.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LUCCA, Newton de. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008

- MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2001
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016
- MATTE, Mauricio de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos de ecommerce*. São Paulo: LTr, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson, et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES JÚNIOR, Luiz Otávio. Autonomia da vontade e autonomia privada e autodeterminação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 40, jul/set, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. Ed Saraiva.2014. São Paulo.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004
- Turban, E., & King, D. (2004). *Comércio eletrônico: estratégia e gestão*. Prentice Hall: São Paulo.
- Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13 perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008 - RS (2014/0064646-0)
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008 - RS (2014/0064646-0) – RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Brasília (DF), 25 de outubro de 2016 -Data do Julgamento
- Resp 1.316.921/RJ
- REsp 1026725/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 28/05/2008 e HC 182.060/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014.
- TJRJ - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0337504-95.2019.8.19.0001 - RELATOR: JDS MARIA CELESTE P.C. JATAHY - Julgamento: 24/09/2020)
- REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012
- REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012
- REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012
- Código civil
- da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD - LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018
- Dec. 19.841/45 (Carta das Nações Unidas)
- DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013
- LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014 (Marco Civil da Internet)
- Lei nº 13.853, de 2019
- LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

## A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

*André Roberto de Souza Machado*<sup>23</sup>

### INTRODUÇÃO

Robert Alexy, filósofo e jurista alemão, integra o seleto grupo de cientistas contemporâneos que se destacaram na construção de uma teoria da argumentação jurídica, capaz de fornecer uma estrutura racional para o problema da fundamentação das decisões judiciais e de conter o excesso de subjetivismo do julgador. Em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*, publicada originalmente em 1978<sup>24</sup>, Alexy aponta para a necessidade da racionalidade da argumentação utilizada pelos juízes em suas decisões, a partir da exigência estabelecida pela Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão datada de 14 de fevereiro de 1973.

Como destaca o autor: “A questão sobre o que é a argumentação jurídica racional não é um problema que interessa apenas aos teóricos ou filósofos do Direito. Ela se apresenta com a mesma urgência ao jurista prático e interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública.” (ALEXY, 2020, prefácio)

Alexy alerta para a necessidade de uma teoria racional da argumentação jurídica como condição de legitimidade da própria decisão judicial. Afinal, como já havia observado Larenz, “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”. (apud ALEXY, 2020, p.17)

O autor alemão aponta a existência de, no mínimo, quatro motivos para o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica: “(i) a imprecisão da linguagem do Direito, (ii) a possibilidade de conflitos entre normas, (iii) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (iv) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma”. (ALEXY, 2020, p. 17)

Para Alexy a metodologia jurídica pode solucionar o problema da fundamentação das decisões, sendo necessário estabelecer um conjunto de regras e procedimentos capazes de

---

<sup>23</sup> Doutorando do Programa de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor convidado dos cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>24</sup> A edição brasileira que serviu de base ao nosso trabalho foi a 5ª, datada de 2020.



desempenhar essa tarefa. Inicialmente, o autor aponta as dificuldades de se socorrer aos denominados cânones de interpretação com essa finalidade, uma vez que a controvérsia sobre o número de cânones, sobre sua posição hierárquica e a própria imprecisão dos mesmos, são obstáculos para que tais cânones de interpretação sejam tidos como regras suficientes para a fundamentação de decisões judiciais.

Na sequência ele aponta igualmente a dificuldade de se utilizar um sistema de enunciados para deduzir as premissas normativas que faltam e são necessárias para a fundamentação, uma vez que seria preciso que o sistema fosse composto exclusivamente por enunciados dedutíveis das normas pressupostas e que não contivesse nenhum conteúdo valorativo que fosse além dos enunciados pressupostos.

Por fim, Alexy denuncia que a utilização de sistemas axiológicos-teleológicos, tais como o sistema apresentado por Canaris, também não seriam suficientes para oferecer, por si sós, um caráter concludente para a argumentação jurídica, vez que o sistema axiológico-teleológico não ofereceria uma decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em determinado caso concreto ou qual a valoração se deve realizar.

Reconhecendo que as decisões jurídicas em qualquer nível da fundamentação são uma valoração ou juízo de valor, Alexy propõe as seguintes perguntas a serem respondidas por uma teoria da argumentação jurídica que se pretenda apta a conferir caráter científico e legitimidade à decisão judicial: (i) onde e em que medida são necessárias valorações, (ii) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como ‘especificamente jurídicos’, e (iii) se tais valorações são passíveis de fundamentação racional.

Considerando que as valorações morais são necessárias, muitas vezes, para as decisões judiciais, Alexy reconhece como pressuposto para sua teoria que “o aplicador se deve orientar em um sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas” (ALEXY, 2020, p. 23).

Suas ideias fundamentais são (i) o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral; (ii) o discurso jurídico pode ser contemplado de maneiras distintas: pela perspectiva empírica, pela perspectiva analítica e pela perspectiva normativa. Para tanto, o autor se utiliza de uma postura que ele classifica como “analítico-normativa” para desenvolver o seu trabalho; (iii) tanto em um enunciado prático geral como em um enunciado jurídico, levanta-se uma pretensão de correção; (iv) o discurso jurídico é um caso especial pois ele se desenvolve sob condições limitadoras, como sujeição à lei, consideração obrigatória de precedentes, seu enquadramento na dogmática jurídica, assim como as limitações estabelecidas pelas regras da

legislação processual; (v) um enunciado jurídico deve ser racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras.

Ao apresentar as ideias sobre as quais desenvolveu o seu trabalho, Alexy lança mais uma pergunta que a sua teoria da argumentação pretende responder: o que é um enunciado normativo racionalmente fundamentável e, o que significa racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras.

Por fim, Alexy deixa clara a sua pretensão ao afirmar:

Seria suficiente que as investigações aqui realizadas pudessem ser uma contribuição para a fundação de uma teoria da argumentação jurídica racional, de uma teoria da qual se pudesse esperar que um dia esteja tão firmemente fundamentada e amplamente elaborada, que não só pudesse lançar luz sobre o caráter da Ciência do Direito como disciplina normativa, mas que pudesse servir também ao profissional prático do Direito como apoio para a sua atividade. (ALEXY, 2020, p. 38)

Nosso propósito com o presente trabalho é apresentar, de forma resumida, a resenha da obra de Alexy, com destaque às conclusões apresentadas pelo autor na referida obra, pedindo excusas antecipadas pelas lacunas que um trabalho desta natureza está fadado inevitavelmente a conter.

No primeiro capítulo tratamos da parte I do livro, dedicado às reflexões do autor sobre algumas teorias do discurso prático, teorias no campo da Ética-Analítica de Stevenson, Hare, Toulmin e Baier, e a Teoria Consensual da Verdade de Habermas. No segundo capítulo abordamos a parte II, da obra de Alexy, dedicado ao que ele denominou de Teoria do Discurso Prático Racional Geral. No terceiro capítulo cuidamos da parte III da obra de Alexy, dedicada efetivamente à teoria da argumentação jurídica por ele proposta.

## **1. TEORIAS DO DISCURSO PRÁTICO**

Dentre as ideias centrais do estudo realizado por Alexy está a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Assim sendo, o autor dedica toda a primeira parte de sua obra à reflexão sobre algumas teorias do discurso prático, particularmente as teorias no campo da Ética-Analítica de Stevenson, Hare, Toulmin e Baier, a Teoria Consensual da Verdade de Habermas e a Teoria da Argumentação de Perelman.

O propósito do autor é considerar a seguinte questão: “a justificação de convicções morais é possível, e, se é, como?” (Alexy, 2020, p.42). A partir daí, Alexy procede a uma análise crítica das posições metaéticas segundo as quais essa questão recebe uma resposta positiva.

Na perspectiva do Naturalismo, aponta Alexy, cada enunciado normativo se tornaria também um enunciado descritivo, de modo que “a velha disputa da derivação do dever a partir do ser estaria decidida, pois os enunciados normativos seriam equivalentes aos descritivos” (ALEXY, 2020, p.43).

Todavia, como aponta o autor, a tese descritiva sustentada pelo Naturalismo não é válida, uma vez que não se sustentaria quando submetida a certas situações em que o enunciado normativo pode não corresponder ao enunciado descritivo. Como exemplo é apresentada a seguinte hipótese: “se se define ‘bom’ mediante um predicado empírico, por exemplo, ‘aquilo que aspira a maioria’, então ‘bom’ pode ser substituído sempre por ‘o que a maioria deseja’. Mas pode-se fazer a pergunta: *A* é buscado pela maioria, mas *A* é também bom? Se a teoria descritiva estivesse correta, essa pergunta faria pouco sentido como a questão: *A* é o que a maioria deseja, mas *A* também é o que deseja a maioria? No entanto não é esse o caso.” (ALEXY, 2020, p. 43).

Alexy conclui a sua análise sobre o Naturalismo reconhecendo que, embora não se possa refutar integralmente a teoria, ao afirmar que os enunciados normativos correspondem aos enunciados descritivos, e não sendo esta uma afirmação aceitável em diversas situações, então o discurso moral não pode ser reduzido a um discurso puramente empírico como apresentado pelo naturalismo.

Por outro lado, na perspectiva do Intuicionismo, expressões normativas como “bom” e “devido” não podem ser definidas mediante expressões empíricas, como defendido pelo naturalismo, pois para o intuicionismo os enunciados normativos podem expressar outras propriedades ou relações não empíricas. Assim, “segundo todas as teorias intuicionistas, a tarefa do discurso prático se resolveria mediante verdades evidentes”, isto é, “é falso, porque é falso, e não há outra razão: mas eu declaro que é falso porque sua falsidade é evidente para mim. E eu considero que isso é a razão suficiente para minha proposição”. (ALEXY, 2020, p. 45).

Alexy conclui que por mais bem fundamentadas que sejam as críticas que o intuicionismo faz ao naturalismo, falta-lhe fornecer critérios para distinguir a escolha das alternativas quando diante do fato de que diferentes pessoas intuem de forma diferente a uma mesma questão, de modo que seria necessário haver um critério para se saber qual a escolha correta.

Assim, as proposições normativas não corresponderiam às expressões empíricas, como quer o naturalismo, nem às não empíricas, como defendem os intuicionistas, abrindo espaço para a discussão de uma terceira perspectiva, o Emotivismo. Para representar essa

corrente de pensamento, Alexy analisa a obra de Stevenson, segundo o qual, “a função essencial dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas a de influenciar pessoas.” (ALEXY, 2020, p. 46).

Alexy explica que a tese fundamental da teoria da argumentação de Stevenson baseia-se no fato de que, com exceção de um reduzido número de situações em que o ponto central não é contradição no sentido lógico, “não há nenhuma relação lógica (nem dedutiva nem indutiva), mas apenas uma relação psíquica entre as razões aduzidas a favor ou contra uma proposição normativa e essa proposição normativa” (ALEXY, 2020, p. 49). De tal sorte que, como qualquer enunciado defendido poderá ter êxito desde que convença o ouvinte a crer no enunciado e a comportar-se segundo essa crença. O *erro decisivo* da teoria de Stevenson, segundo Alexy, foi “desconhecer o caráter do discurso moral como uma atividade guiada por regras” (ALEXY, 2020, p. 52).

Apesar da objeção formulada à teoria de Stevenson, Alexy reconhece a considerável importância da mesma para o desenvolvimento de sua própria teoria, com destaque para os seguintes pontos:

1. Ela torna claro que a função da linguagem moral é muito mais do que a da mera descrição, como acham tanto o naturalismo quanto o intuicionismo, mas serve (ao menos também) para dirigir e coordenar o comportamento.
2. As investigações de Stevenson conduzem ao problema central do presente exame, a questão da existência de regras para distinguir as fundamentações válidas das proposições normativas daquelas inválidas.
3. A distinção que Stevenson faz entre métodos racionais e persuasivos é de grande importância para uma teoria do discurso racional.
4. Além disso, a classificação de Stevenson de diferentes formas de argumentos e de argumentação deve ser levada em conta, a despeito de ser incompleta e imprecisa. A análise e classificação das formas de argumentos possíveis no discurso prático é uma das tarefas principais de uma teoria do discurso prático. (ALEXY, 2020, p.52).

Alexy passa, então, a análise das teorias de Wittgenstein e Austin, com o propósito de buscar regras que possam reger o discurso moral, tendo o discurso prático como uma atividade guiada por regras. Sobre a teoria de Wittgenstein, Alexy extrai o conceito de jogo de linguagem, ao identificar que “tanto o discurso moral quanto o discurso jurídico são jogos de linguagem *sui generis*, de um tipo próprio” (ALEXY, 2020, p. 55).

Sobre o conceito de jogo de linguagem, Alexy vai destacar três, dos quatro pontos de interesse apresentados por Wittgenstein, para a elaboração de uma teoria do discurso prático geral: (1) o uso descritivo e explicativo da linguagem é apenas um entre muitos possíveis; (2) a lógica dos jogos de linguagem pode ser entendida mediante a consideração do comportamento

não verbal e outras circunstâncias fáticas; (3) os jogos de linguagem e, portanto, o discurso moral e jurídico, são atividades regidas por regras.

Já da teoria dos atos de fala de Austin, Alexy extrai como importante para o seu trabalho, as seguintes conclusões: (1) falar uma língua é uma atividade governada por regras; (2) tanto a linguagem normativa quanto a linguagem descritiva se assemelham no que se refere ao fato de que ambas oferecem um sistema de conceitos básicos úteis ao desenvolvimento de sua teoria da argumentação.

Em seguida Alexy se dedica à análise das teorias metaéticas de Hare, Toulmin e Baier, extraindo delas os pontos considerados relevantes para a construção de uma teoria da argumentação, oferecendo os seguintes resultados:

1. Ao contrário das proposições do naturalismo e do intuicionismo, a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos, propriedades e relações empíricas e não empíricas.
2. O discurso moral é uma atividade regida por regras de tipo próprio, em que se trata do equilíbrio racional de interesses. A mais importante tarefa da teoria do discurso prático racional é a elaboração das regras que governam essa atividade. Para fazer isso, é necessário distinguir entre a descrição e a análise das regras dos jogos de linguagem faticamente existentes e a justificação ou fundamentação dessas regras. A primeira pertence ao âmbito empírico ou analítico de uma teoria do discurso prático; a segunda, à sua parte normativa.
3. As regras de argumentação prática devem ser distinguidas das várias formas de argumentos.
4. Proposições normativas são universalizáveis. Como Hare mostrou, isso significa que a pessoa que cita uma razão G para uma proposição normativa N pressupõe uma regra que diz que G é uma razão para N. Ao lado desse conceito de universalidade há distintas versões do conceito de generalizabilidade.
5. A argumentação prática obedece outras regras, por exemplo, que não as da argumentação nas ciências naturais. Isso, contudo, não é motivo para negar o caráter de atividade racional à primeira.” (ALEXY, 2020, p. 96)

Após enumerar os primeiros resultados obtidos, Alexy passa ao estudo da teoria consensual da verdade de Habermas, dedicando todo um capítulo para ela. O autor afirma expressamente a importância dessa teoria, considerando-a, ao lado da teoria da deliberação prática da escola de Erlangen, as duas principais teorias desenvolvidas na língua alemã.

Segundo Alexy, a teoria consensual de Habermas se apoia na teoria dos atos de fala desenvolvidas pelos teóricos metaéticos. Pela teoria de Habermas o conceito de verdade não estaria no nível semântico, mas no nível pragmático, de modo que a fundamentação de uma proposição não dependeria dela ser verdadeira, mas, ao contrário, é a verdade de uma proposição que dependeria de sua fundamentação (ALEXY, 2020, p. 100).

Alexy desenvolve uma pormenorizada análise da teoria de Habermas destacando a distinção entre a ação e o discurso, a justificação das proposições normativas, a lógica do discurso e a situação ideal de fala, na perspectiva habermasiana. Na sequência formula algumas objeções críticas à teoria de Habermas, como as objeções formuladas por Luhmann, em sua teoria dos sistemas.

Por fim, Alexy conclui que:

Resumindo, pode-se dizer que a teoria de Habermas contém, em que pese seus numerosos pontos criticáveis, muitas contribuições importantes para uma teoria da argumentação racional. Os pontos a reter foram elaborados e reformulados parcialmente, assim como dotados de novas fundamentações, no curso da discussão sobre essa teoria. Devem-se apenas ressaltar, uma vez mais, as três regras de razão construídas sobre a regra geral de fundamentação e as duas regras de fundamentação. Elas constituem as regras fundamentais de uma teoria geral do discurso prático racional. (ALEXY, 2020, p. 126).

É importante observar que ao longo de todo o estudo que Alexy desenvolve acerca das diversas teorias do discurso, ele vai coletando as peças que irão compor a sua teoria da argumentação. Esse trabalho cientificamente desenvolvido a partir das conquistas já anteriormente realizadas pelos que o precederam, confere uma inequívoca consistência ao trabalho desenvolvido por ele.

## **2. TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO RACIONAL GERAL**

Como dito, Alexy percorre as diversas teorias do discurso identificando os pontos que, para ele, contribuem para a construção de sua teoria do discurso prático racional geral. Para isso, afirma o autor, “só se poderão conservar os mais importantes dos conhecimentos alcançados no curso das investigações” (ALEXY, 2020, p.159).

### **2.1. O problema da fundamentação das proposições normativas**

Alexy sustenta que, embora as proposições normativas (juízos de valor e de dever) não possam ser examinadas a partir da referência a entidades não empíricas, como defendido pelo intuicionismo, bem como igualmente não possam ser examinadas segundo métodos das ciências empíricas, como afirmado pelo naturalismo, isso não significa que não se possa demonstrar a pretensão de correção das proposições normativas, como defendido pelas diversas variantes do emotivismo e do subjetivismo.

A superação das objeções feitas pelas diversas teorias analisadas, quanto à possibilidade de se atribuir às proposições normativas uma pretensão de correção reside, segundo Alexy, no fato de que:

as regras do discurso racional não se referem, como as da lógica, só a proposições, mas também ao comportamento do falante. Nesse sentido, podem designar-se como ‘regras pragmáticas’. O cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional. A racionalidade, por conseguinte, não pode equiparar-se à certeza absoluta. Nisso consiste a ideia fundamental da teoria do discurso prático racional.” (ALEXY, 2020, p. 161)

Com base nessa premissa, Alexy conclui que os discursos “são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições” (ALEXY, 2020, p. 161), de modo que os discursos que tratam da pretensão de correção de proposições normativas são discursos *práticos*, e que o discurso jurídico é, assim, um caso especial do discurso prático geral “que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente” (ALEXY, 2020, p. 161).

## 2.2. Teorias do discurso possíveis

A teoria do discurso pode ser empírica, analítica e/ou normativa. A teoria empírica é descritiva-explicativa das relações, dos argumentos e dos efeitos, enquanto a teoria analítica trata da estrutura lógica dos argumentos. A teoria normativa, por fim, estabelece e fundamenta os critérios para a racionalidade do discurso.

As três teorias, portanto, se correlacionam, uma vez que tanto a teoria empírica quanto a normativa pressupõem a análise da lógica da argumentação. Enquanto a teoria empírica descreve as regras que são consideradas válidas, a teoria normativa oferece a fundamentação racional para a validade dessas regras, de modo que a teoria do discurso racional é uma teoria do discurso normativa.

Como afirma Alexy, “as regras do discurso prático racional podem considerar-se como normas para a fundamentação de normas” (ALEXY, 2020, p. 162), sendo apresentadas quatro vias para se encontrar as regras do discurso:

(1) A fundamentação técnica – esta via serve para fundamentar regras concretas por meio de fins delimitados que, por sua vez, devem ser justificados;

(2) A fundamentação empírica – esta via de fundamentação toma a práxis existente como racional. Todavia deve-se ter esta fundamentação como provisória, dependente de correção por outros modos de fundamentação;

(3) A fundamentação definitiva – esta via oferece a possibilidade de construção de sistemas de regras completamente novos, uma vez que por essa fundamentação toma-se o sistema de regras sem a necessidade de que sejam elas (regras) fundamentadas, bastando que estejam descritas e explicitadas. Alexy reconhece a debilidade dessa fundamentação por apresentar um certo grau de arbitrariedade, mas considera a mesma útil em certas circunstâncias;

(4) A fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático universal – a quarta via consiste em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade de comunicação linguística (Alexy, 2020, p. 165). Alexy considera possível se falar de uma fundamentação dessas regras, uma vez que se demonstre que elas são pressupostas de maneira geral e necessária na comunicação linguística ou que são constitutivas de formas de comportamento humano.

As quatro vias apresentadas servem a um discurso teórico-discursivo, isto é, a um discurso sobre as regras do discurso. As regras e formas do discurso prático geral, proposta por Alexy são:

(1) As regras fundamentais:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita;

(1.3) Todo falante que aplique o predicado  $F$  a um objeto  $A$  deve estar disposto a aplicar  $F$  também a qualquer objeto igual a  $A$  em todos os aspectos relevantes;

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

(2) As regras de razão:

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso;

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção; (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante correção interna e externa ao discurso.

(3) As regras sobre a carga da argumentação:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa  $A$  de maneira diferente de uma pessoa  $B$  está obrigado a fundamentá-lo;



(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso;

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.

(4) As formas de argumento:

Quem invoca uma regra como razão para sua argumentação pressupõe como verdadeiro o seu enunciado, que descreve as características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um estado de coisas ou consequência de um acontecimento. A aplicação de uma regra conduz a um resultado.

Porém, regras diferentes podem levar a resultados incompatíveis entre si em fundamentações da mesma forma ou em fundamentações de formas diferentes. Nesses casos, deve-se decidir qual fundamentação tem prioridade. As regras que se utilizam para fundamentar tais decisões se denominam *regras de prioridade*” (ALEXY, 2020, p. 178).

(5) As regras de fundamentação:

(5.1) Variantes do princípio de generalizabilidade: (a) quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas; (b) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos; (c) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral (ALEXY, 2020, p. 180).

(5.2) O argumento genético: (a) as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica; (b) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual (ALEXY, 2020, p. 181).

(5.3) A necessidade de realizabilidade. O discurso prático existe para resolver questões realmente existentes, de modo que devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados (ALEXY, 2020, p. 181).

(5.4) As regras de transição: (a) qualquer um, em qualquer momento, pode passar a um discurso teórico (empírico); (b) qualquer um, em qualquer momento, pode passar a um

discurso de análise de linguagem; (c) qualquer um, em qualquer momento, pode passar a um discurso da teoria do discurso (ALEXY, 2020, p. 182).

(6)Os limites do discurso prático geral: o discurso prático geral reclama limitações por meio de regras do discurso que reconheceram como necessárias ou como inadmissíveis certas proposições discursivas, as ditas regras do discurso. É nesse contexto que Alexy reconhece que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas, promovendo a transição para o discurso jurídico (ALEXY, 2020, p. 183).

### **3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

Alexy reconhece que há vários tipos de discussão jurídica, como as da ciência do direito (da dogmática), dos debates jurídicos entre advogados ou entre estudantes, as discussões nos órgãos judiciais ou, ainda, nos órgãos legislativos. Todas elas, contudo, são discussões feitas sob alguma limitação, em maior ou em menor amplitude, como no caso das limitações impostas pelas regras de processo.

É neste ponto que a teoria de Robert Alexy adquire maior densidade, apresentando uma Teoria da Argumentação Jurídica, identificada como um caso especial do discurso prático geral fundamentada como: (a) uma discussão sobre questões práticas; (b) um discurso com pretensão de correção; (c) uma discussão que se faz sob condições de limitação (ALEXY, 2020, p. 189).

Uma das questões centrais da teoria da argumentação jurídica, para Alexy, é que a argumentação jurídica se diferencia da argumentação prática geral pelo fato de se caracterizar (a argumentação jurídica) pela vinculação ao direito vigente. Assim, no contexto da discussão jurídica, nem todas as questões estão abertas ao debate, ocorrendo sob certas limitações.

Apontados os primeiros aspectos do discurso jurídico como caso especial de discurso prático geral, Alexy conclui que:

a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as discussões jurídicas devam colocar-se como discursos no sentido de uma comunicação sem coerção e sem restrições, mas somente que nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais” (ALEXY, 2020, p. 194).

A partir desse ponto, o trabalho se volta para o estudo dos “Traços Fundamentais da Argumentação Jurídica” (ALEXY, 2020, p. 195). De acordo com o autor, “nos discursos jurídicos trata-se de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas”

(ALEXY, 2020, p. 195). Desta forma, dois aspectos da justificação podem ser observados: a justificação interna e a justificação externa.

Em síntese pode se dizer que a justificação interna está relacionada às premissas aduzidas no discurso, enquanto a justificação externa relaciona-se à correção de tais, bipartindo o estudo da argumentação jurídica em duas etapas.

### 3.1. Justificação Interna

Robert Alexy apresenta estruturas que demonstram a justificação interna, sendo a mais simples a seguinte (ALEXY, 2020, p. 196):

(J. 1.1.)

. (1) (x) (Tx\_ORx)

. (2) Ta

. (3) ORa

x = é uma pessoa natural ou jurídica

a = uma constante de indivíduo, por exemplo um nome próprio

T – é um predicado que representa a suposição de fato da norma enquanto propriedade de pessoas

R = um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma.

Aplicando-se a estrutura acima em um exemplo baseado no direito brasileiro, podemos dizer que:

. (1) Os contratantes são obrigados a guardar tanto na conclusão como na execução do contrato os deveres de probidade e de boa-fé (art. 422, do Código Civil Brasileiro).

. (2) O Sr. M é um contratante.

. (3) O Sr. M tem de observar os deveres de probidade e boa-fé.

Alexy observa que a estrutura (J.1.1.) satisfaz a justificação mediante regras universais requeridas pelo princípio da universalidade. Como concreção do princípio de universalidade, Alexy formula as regras de justificação interna seguintes (ALEXY, 2020, p. 196 e 197):

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

Ocorre que, como observado pelo autor, a fórmula mais simples (J.1.1.) pode não ser suficiente para justificação interna de casos mais complexos. Conforme exemplifica Alexy, estes casos complicados, podem se dar quando, (a) uma norma contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético; (b) quando a aplicação da norma exige complementação por meio de outras normas explicativas, limitativas ou extensivas; (c) quando são possíveis diversas consequências jurídicas; (d) quando a norma contém expressões que admitem diversas interpretações. (ALEXY, 2020, p. 197)

Alexy oferece o exemplo de um caso complicado relacionado a um hipotético homicídio, apresentando estruturas mais complexas de justificação interna para situações como essa.

### 3.2. Justificação Externa

A justificação externa objetiva fornecer a fundamentação para as premissas utilizadas para a justificação interna. A tipologia dessas premissas apresentada por Alexy são: (a) regras de direito positivo, (b) enunciados empíricos e (c) premissas que não são nem uma coisa nem outra (ALEXY, 2020, p. 203).

Alexy salienta que para cada tipo de premissa corresponde um distinto método de fundamentação. Assim, para fundamentar uma regra de direito positivo é necessário demonstrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico; Já as premissas empíricas poder ser justificadas por uma escala completa de formas de proceder “que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo” (ALEXY, 2020, p. 203). Por último, para as premissas que não são nem regras do direito positivo e nem enunciados empíricos, aplica-se o que ele designa por “argumentação jurídica”.

Nos casos das premissas que não são regras de direito positivo e nem enunciados empíricos há, entretanto, intensa correlação com estes, de modo que mesmos nestes casos estas últimas regras e enunciados desempenham papel considerável para a estrutura de justificação. Das múltiplas interconexões entre esses três métodos resultam seis grupos de regras/formas de justificação externa, a saber:

- (1) De interpretação;
- (2) De argumentação da Ciência do Direito (dogmática);
- (3) Do uso dos precedentes;
- (4) Da argumentação prática geral;

- (5) Da argumentação empírica;
- (6) Das formas especiais de argumentos jurídicos.

### 3.2.1. Argumentação empírica

Alexy aponta a importância da argumentação empírica destacando que quase todas as formas de argumentação jurídica e de argumentação prática geral incluem enunciados empíricos. Tanto na teoria do discurso prático geral como no discurso jurídico, a importância da argumentação empírica se evidencia por meio da regra de transição: “Para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)”. (ALEXY, 2020, p. 205).

Mas o autor alerta que “é equivocado pensar que se pode reduzir o discurso jurídico a um discurso empírico. Isso é inviável no caso do discurso jurídico como no discurso prático geral.” (ALEXY, 2020, p. 206).

### 3.2.2. Os Cânones de Interpretação

Ao tratar do tema Alexy alerta de início que não há acordo quanto ao número de cânones, sua formulação precisa, sua hierarquia e seu valor, optando por proceder ao agrupamento desses cânones em seis grupos, que constituem classes e argumentos de formas diferentes, a saber: (a) os da interpretação semântica, (b) da interpretação genética, (c) da interpretação histórica, (d) da interpretação comparativa; (e) da interpretação sistemática e, (f) da interpretação teleológica. (ALEXY, 2020, p. 207)

Em uma formulação simples, os cânones de interpretação servem à interpretação da norma por meio deles. A fórmula:  $I \approx w = r'$ .

Acerca dos cânones de interpretação, Alexy conclui que:

Pode-se dizer, em suma, que os cânones não oferecem a garantia de que se ‘encontre o único resultado correto...com uma segurança relativamente grande’, mas são também mais que simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão, a qual se pode encontrar e fundamentar de diferentes maneiras. São formas de que tem de se servir a argumentação jurídica se se quer cumprir a pretensão de correção que se afirma nela e que, diversamente do que ocorre no discurso prático geral, se refere também de maneira especial à vinculação à lei.” (ALEXY, 2020, p. 219)

### 3.2.3 Argumentação dogmática

Ao tratar da argumentação dogmática, Alexy propõe que primeiro se estabeleça um coito de dogmática jurídica, reconhecendo que tal conceituação não é uniforme entre os

estudiosos do tema. Por fim, o autor formula a conceituação que considera apta à finalidade de servir a fundamentação jurídica.

Afirma Alexy que “uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.” (ALEXY, 2020, p. 224)

É oferecida, ainda, uma classificação dos enunciados dogmáticos em cinco classes: (1) conceitos jurídicos genuínos, como os conceitos de contrato, ato administrativo e legítima defesa (ALEXY, 2020, p. 224), possuindo conteúdo normativo; (2) os conceitos que são enunciados dogmáticos, mas não são conceitos jurídicos genuínos, que dão ensejo às chamadas ‘teorias’ interpretativas. Seriam conceitos como: “excessiva onerosidade” ou “confusão patrimonial”, por exemplo; (3) enunciados que expressam uma norma não extraída da lei e que devem preencher (admitidas exceções) aos critérios de não contradizer uma norma vigente, apoiar-se em outras normas ou enunciados e ser formulado em linguagem técnico-jurídica; (4) as descrições e caracterizações de estados de coisas; (5) as formulações de princípios, considerados por Alexy como enunciados de um alto nível de generalidade que, muitas vezes, experimentam limitações por meio de outros princípios.

Para justificar a importância dos enunciados dogmáticos para a teoria da argumentação, Alexy aponta seis funções da dogmática jurídica, a saber:

(1) Função de estabilização: o papel institucional da dogmática jurídica possibilita que determinadas soluções e questões práticas sejam reproduzidas por longo tempo, proporcionando estabilidade, de modo que um enunciado dogmático não pode ser abandonado sem justificativa, aplicando-se aqui o princípio da Inércia de Perelman (ALEXY, 2020, p. 233);

(2) Função de progresso: o progresso da dogmática é apontado como forte argumento a favor do caráter científico da dogmática jurídica, na medida em que se desenvolve a atividade do cientista do Direito e do legislador;

(3) Função de descarga: uma vez aceito um enunciado dogmático na tradição jurídica, a sua utilização passa a dispensar uma justificação adicional para quem argumenta, operando uma descompressão (descarga) sobre o decisor no que se refere ao ônus da fundamentação de suas decisões. A função de descarga, contudo, é limitada por situações singulares que podem exigir fundamentação quanto à escolha de um dentre vários enunciados possíveis, bem como nos casos que justifiquem o abandono de um enunciado;

(4)Função técnica: a dogmática desempenha um papel informacional, promove o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica;

(5)Função de controle: por meio da dogmática jurídica se exerce o controle de consistência dos argumentos, a compatibilidade lógica dos enunciados, a compatibilidade prático-geral das decisões, aumentando o grau de eficácia do princípio da universalidade e da justiça;

(6)Função heurística: a dogmática contém uma série de modelos de solução, distinções e pontos de vista, que servem como ponto de partida para novas observações e soluções.

“Em suma, o uso de argumentos dogmáticos não apenas não é contraditório com os princípios da teoria do discurso, mas é também um tipo de argumentação exigido por esta no contexto especial do discurso jurídico. Rege por isso a regra:

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.” (ALEXY, 2020, p.237)

### 3.2.4 Uso de precedentes

De acordo com Alexy, a importância dos precedentes é amplamente reconhecida, estando a discussão centrada principal ente na questão de serem os precedentes uma fonte do Direito, no sentido normativo. Para ele o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente, de modo que o direito do precedente seria também um direito de normas (ALEXY, 2020, p. 241).

A questão apontada por Alexy é exatamente o que, no precedente, deva ser considerado norma, apontando a necessidade de se distinguir entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, apontando dois fatores relacionados a essa discussão: o *distinguishing* e o *overruling*. Como explica o autor:

a técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético não existente no caso a ser decidido, de modo que não seja aplicável a este caso. Com isso o precedente continua a ser respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente.” (ALEXY, 2020, p. 241)

Alexy conclui que “o uso dos precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade / regra de carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral.” (ALEXY, 2020, p. 241)

### 3.2.5. Formas especiais de argumentos jurídicos

Na obra de Alexy as formas especiais de argumentos jurídicos são entendidas como sendo argumentos utilizados na metodologia jurídica tais como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Essas formas especiais, assim como os cânones, dependem para a sua racionalidade de saturação por meio de enunciados fundamentados no discurso jurídico, através da seguinte regra:

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.

### 3.2.6. Argumentação Geral Prática

Sintetizando o papel dos argumentos de tipo geral no discurso jurídico, Alexy conclui que a argumentação prática geral pode ser necessária:

(1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. (ALEXY, 2020, p. 245 e 246)

## CONCLUSÃO

Na conclusão de sua obra Robert Alexy busca sintetizar o que foi anteriormente tratado, evidenciando a vinculação entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, que pode ser observada sob quatro aspectos:

(1) a necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral, (2) a coincidência parcial com a pretensão de correção, (3) a coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica.” (ALEXY, 2020, p. 247)

Com isso, conclui o autor que, muito embora o discurso jurídico sofra com as debilidades próprias do discurso prático geral e que, por isso, a teoria da argumentação jurídica racional proposta por Alexy não garanta a segurança do resultado, “o simples fato de não se poder alcançar segurança dificilmente pode ser visto como razão suficiente para se negar à Ciência do Direito o caráter de uma ciência ou de uma atividade racional.” (ALEXY, 2020, p. 252).



Alexy chama a atenção para a função da teoria do discurso jurídico racional como ideal a ser perseguido para além do âmbito da Ciência do Direito, como contributo para a construção da razão e da justiça em uma ordem social racional e justa.

**TEORIA DOS SISTEMAS E DIREITO. POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO. A  
DUPLA CONTINGÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE  
EMPRESARIAL AMBIENTAL.**

*Alex Fernandes Santiago  
Plínio Lacerda Martins*

**INTRODUÇÃO**

A teoria dos sistemas sociais proposta por Luhmann pode contribuir para a melhor compreensão do sistema jurídico, bem como o melhor entendimento do funcionamento de outros sistemas que estão em seu entorno, como o sistema político, econômico, moral, científico, e, em especial, como o Direito lida com estes outros sistemas. Somente entendendo como funcionam os sistemas será possível compreender a lógica de sua relação com o entorno, e as consequências daí derivadas.

Neste sentido, o presente artigo, utilizando-se do mecanismo da recursividade, visa a fixar alguns conceitos centrais da teoria dos sistemas, como a redução de complexidade, a autorreferencialidade, a autopoiese, o fechamento operativo, o acoplamento estrutural e a comunicação.

Estabelecida essa base conceitual, ingressa na aplicação destes conceitos ao Direito, com a determinação do código operacional do sistema jurídico, a delimitação de seu entorno e a investigação do papel da dogmática jurídica. Também diferencia as expectativas cognitivas das expectativas normativas, o que possibilita entender as normas jurídicas como expectativas de comportamento contrafáticas.

Na sequência, aplica a teoria sistêmica ao Direito Ambiental, com o exame da dificuldade de sua eficácia na proteção da natureza e da implementação da fórmula do desenvolvimento sustentável, para o que se valerá da teoria do trilema regulatório de Teubner, e da análise da lógica do sistema econômico e seu código binário ao lidar com a questão ambiental. Ciente dessas dificuldades, investiga o papel do Direito na proteção do meio ambiente, com a aplicação de seu código binário e proteção de expectativas normativas.

Por fim, examina, sempre em perspectiva sistêmica, a responsabilidade individual empresarial ambiental prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98, melhor compreendida sob o ângulo do fenômeno da dupla contingência, importante conceito da teoria dos sistemas.

## 1. O DESAFIO LUHMANNIANO. A RECURSIVIDADE. OBSCURIDADE OU PRECISÃO CONCEITUAL?

*Lasciate ogni speranza voi che entrate* (Abandonai toda esperança, vós que entraís)<sup>25</sup>.

Escrever sobre Luhmann e sua teoria dos sistemas não traduz tarefa singela. Ao revés, constitui um desafio. A vasta produção do pensador alemão, associada à inovação de sua abordagem, que congrega conhecimentos das mais diversas áreas do conhecimento, muito além do já amplo universo das ciências sociais, desafiam a compreensão do pesquisador. Utiliza-se inclusive de entrada essa expressão – pensador -porque caracterizá-lo como jurista – campo em que começou sua carreira acadêmica, como sociólogo – área em que mais produziu, exerceu a docência e se tornou mais conhecido, ou mesmo como filósofo é por vezes muito pouco, diante da abrangência de sua produção e extensão de seu pensamento.

Talvez tudo isso não passe de uma questão de rótulo, em raciocínio que se aplica tanto a Luhmann quanto a Habermas, cujas teorias marcam um retorno às teorias universais, apresentando-se como sociologias, mas plenamente concebíveis como filosofias<sup>26</sup>.

Essa pretensão à universalidade, de compreender a totalidade do campo de objeto da sociologia, e, nesse sentido, de ser uma teoria sociológica universal, em que todo contato social será entendido como sistema até se chegar à sociedade como a totalidade das considerações de todos os contatos possíveis, contudo, não pode jamais ser entendida como pretensão à exatidão exclusiva, à validade única, pois devem-se distinguir pretensão de universalidade com pretensões de exclusividade. Por outro lado, a pretensão universalista implica a autorreferencialidade, e também a inclusão das teorias dos adversários<sup>27</sup>.

O estudo de Luhmann exige fidelidade de quem o lê, vez que aplica a teoria mais abstrata e abrangente oferecida pela ciência moderna, a teoria dos sistemas, para redefinir globalmente os conceitos usados pela Sociologia, para descrever o universo<sup>28</sup>, o que equivale praticamente à criação de uma nova linguagem (uma novíngua), que decorre de seu desejo de clareza científica.

---

<sup>25</sup> ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. São Paulo: eBooks Brasil, 2003, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>, acesso em 23 de janeiro de 2021, Canto III, verso 9.

<sup>26</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, em seu capítulo sobre o sistema autopoiético do Direito, p. 293.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 11, 20 e 32.

<sup>28</sup> Quem o diz é LOSANO, ob. cit., p. 294.

Somente pode entender Luhmann e sua teoria dos sistemas quem o estuda - inexorável e conseqüentemente - de forma sistêmica. Isso porque para Luhmann a linguagem científica é recursiva, no sentido de que cada nova definição se baseia em definições precedentes, em linguagem que se retroalimenta. Seu leitor é forçosamente obrigado a amontoar definições intrassistemáticas, nascidas da recursividade dos conceitos, em que os termos utilizados são os da linguagem geral, mas suas definições não mais correspondem às do uso corrente<sup>29</sup>.

Luhmann está longe de ser obscuro, ao contrário do preconizado por alguns: o que pretende é precisão conceitual, explicando clara e exaustivamente o que entende por cada conceito que fornece, somente avançando em sua teoria após muito bem fundamentar cada degrau, ou conceito, de seu pensamento. É, portanto, um cientista, na plenitude do conceito. Sua produção não está pensada para leituras rápidas e inconsequentes. Somente pode entendê-lo, portanto, quem apreendeu cada um dos conceitos fornecidos – que nem sempre terão o mesmo significado da linguagem corrente, porque imbricados em seu raciocínio global, lógico e coerente.

Isso faz com que, frequentemente, os textos que aplicam sua teoria dos sistemas sejam mais extensos e obriguem quem a aborde a oferecer um pequeno glossário ou conceitos básicos, fundamentais, de Luhmann, que permitirão melhor entendê-lo e ingressar nas conseqüências teóricas que aqui se pretendem analisar. Como lembra Losano, o discurso de Luhmann “*resulta difícil não porque desestruturado, elíptico ou aforístico*”, e sim porque o objeto do seu sistema didático “*é um conjunto de conceitos em que um remete ao outro, contribuindo reciprocamente para definir-se e separando-se, assim, da linguagem natural própria do leitor*”<sup>30</sup>. É esse rigor de linguagem que, uma vez dominado, permitirá à razão o acesso muito mais veloz à compreensão das próprias concepções dogmáticas<sup>31</sup>.

Como a pesquisa dos textos de Luhmann não se compadece com leituras apressadas, também é comum que seja rejeitado, ou mal compreendido. A complexidade da linguagem e da trama conceitual dos sistemas por vezes pode cansar o leitor mais impaciente<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> LOSANO, p. 297.

<sup>30</sup> LOSANO, p. 296. Sobre os glossários luhmannianos, p.297.

<sup>31</sup> Como lembra LOSANO, ob. cit., p. 300-301, quando Kant se defendeu de, assim como Luhmann, ser considerado por alguns obscuro, frisando que utilizava a linguagem de escola – *Schulesprache* – em oposição à linguagem do povo – *Volksprache*. Um dos seguidores de Luhmann no Direito Penal, Jakobs, já na introdução de seu livro alerta que será necessário aos estudantes lê-la por três vezes ou mais para compreendê-la, o que demonstra que algo há de complexo na teoria dos sistemas (JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 2010, p. X).

<sup>32</sup> LOSANO, ob. cit., p. 302-303. Não se pode concordar com o autor quando se refere a uma redação labiríntica...

Outra questão a ser levantada para entender esse rechaço é, como lembra Dirk Baecker, catedrático de Sociologia de Witten, o fato de que os sistemas, em si considerados, nunca tiveram boa fama, pois sugerem que há mais ordem no mundo que podemos aceitar, ou um controle tirânico. A ideia de um sistema parece favorecer quem busca formas de controlar e supervisionar o mundo.

O motivo para pensar assim é achar que os sistemas organizam as coisas de maneira alheia às pessoas e promovem uma estranha combinação de razão e seleção. Mas essa crítica reforça o sistema. Quem persegue o rei confirma seu status. E a teoria dos sistemas joga por terra a noção de sistema em todas suas formulações tradicionais...

O que se vê é uma noção muito mais fluida do que antes se imaginava: a caracterização de um sistema se dá ao nível operativo. É uma dança muito precária, que consiste em assegurar uma distinção entre sistema e entorno. Um sistema não é um instrumento mecânico que gira o ferrolho e controla tudo o que há lá dentro. Não há uma ordenação causal do mundo. A mensagem é selecionada, dentro de um conjunto de mensagens possíveis. O sistema tem que estar configurado para operar com qualquer seleção possível, e não somente com aquela que será naquele momento selecionada. Para Baecker, alguém começa a pensar sociologicamente quando começa a ver os sistemas – determinado conjunto de possibilidades e seleções. Os sistemas são interessantes exatamente por isso: realçam que existem várias possibilidades antes da realização da seleção, e que o conjunto de possibilidades não está dado, ele se reproduz continuamente mediante as próprias seleções possíveis<sup>33</sup>.

Estudar Luhmann é semelhante, portanto, a aprender uma nova língua, o que, muitas vezes, não é fácil. Exige dedicação, tempo, concentração e, sim, paciência. Muitas vezes alguns dos conhecimentos adquiridos inicialmente somente farão sentido quando finalmente alcançada uma visão mais profunda, do todo. E, tal como quando se adquire maior conhecimento sobre uma nova e difícil língua, como, por exemplo, a língua alemã para os latinos, e se passa a falar o novo idioma com fluência, um novo universo se abre e o acesso a novos conhecimentos é permitido, o que é, de todas as formas, gratificante. Também costuma ocorrer, por outro lado, que os aprendizes novatos queiram demonstrar, extensa e repetidamente o que recém aprenderam, mal que se espera não reproduzir nesse artigo...

Assim é que quem compreende Luhmann poderia dizer, um pouco brincando, um pouco sério é claro, que é capaz de expressar-se em português, espanhol, inglês e também em

---

<sup>33</sup> BAECKER, Dirk. ¿Por qué una teoría de sistemas? Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 23-24, 29-35 e 39

luhmanniano... Nesse ponto é curioso registrar que o próprio Luhmann, no meio de textos muito sisudos, era capaz de passagens hilárias, como quando, para diferenciar as expectativas cognitivas das expectativas normativas, dá o exemplo da expectativa cognitiva de esperar contratar uma secretária bonita, alta e loura, expectativa que, frustrada, não lhe permite fazer nada, restando-lhe a alternativa de modificar a expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, diferenciando-a da expectativa normativa de que esta cumpra suas tarefas e horários, que, sim, uma vez desatendida, não será abandonada, pois lhe é permitido atuar contrafaticamente<sup>34</sup>, sustentando a expectativa. Outro exemplo da ironia de Luhmann se vê quando este, ao tratar da comunicação e necessidade de compreensão, somente sendo possível em um processo autorreferencial, menciona que é insólito encontrar numa monografia de graduação a afirmação “*é tudo uma merda*” mas reconhece que mesmo nesse caso haveria comunicação, com a compreensibilidade da afirmação e sua atribuição ao sistema de um exame<sup>35</sup>.

Pois bem. Superados os obstáculos iniciais, ou, no dizer de Gómez-Jara Díez, a mistura de fascinação e estranheza daqueles que se aproximam pela primeira vez da teoria dos sistemas<sup>36</sup>, a leitura de Luhmann se apresenta extremamente lógica e concatenada, e quando compreendida sua teoria dos sistemas, as possibilidades de aplicação são muito interessantes. Seu manejo como instrumental teórico na análise de algumas questões jurídicas, como se propõe agora, no exame de temas importantes do Direito, traz relevantes consequências, algumas delas ainda não visualizadas pela nossa doutrina, como na responsabilidade empresarial, pelo que vale a pena avançar nessas questões, afastada qualquer pretensão de abarcar a vastidão dos escritos da teoria dos sistemas luhmanniana. Para utilizar uma linguagem bem própria do autor em questão, serão examinadas apenas algumas irritações que sua obra produz na Ciência do Direito, uma vez que é comum sua teoria dos sistemas abrir a perspectiva a novos problemas e promover o questionamento de novas perguntas científicas.

De qualquer forma, a análise a ser desenvolvida nesse artigo obedecerá a uma importante proposta da teoria dos sistemas, e que guarda relação com o que se espera de qualquer análise dita científica: buscará sua realização sem paixões ou preconceitos, mas apenas com o objetivo de descrever alguns dos postulados da teoria dos sistemas, tal como ela é, com suas forças e debilidades, não como gostaríamos que fosse, ou com críticas apressadas, sem

---

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

<sup>35</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 169.

<sup>36</sup> Apresentação pelo organizador, AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 15.

maior reflexão e conhecimento do que se critica, o que se vê muito por aí quando o tema é a teoria dos sistemas de Luhmann. Este defende a neutralidade na análise, pois, afinal de contas, “*não se trata de um interesse em reconhecer e curar, menos em preservar o estado do que assim existem*”, mas, antes de tudo, “*trata-se de um interesse analítico: de um rompimento da aparência da normalidade, de um abstrair de experiências e costumes*”, e, com isso, promover “*uma redução fenomenológica*”<sup>37</sup>.

A escolha da epígrafe deste artigo, a famosa advertência de Dante Alighieri para aqueles que ingressavam no inferno retratado na Divina Comédia (“abandonai toda esperança vós que entraís”) possui duplo sentido: um é realçar a dificuldade dos estudos iniciais de Luhmann; o outro decorre de uma advertência feita pelo próprio autor, um tanto presunçosa: uma vez que se penetra na teoria dos sistemas, não é tão fácil sair dessa fortificação, que, segundo Luhmann, possuiria uma defesa inexpugnável<sup>38</sup>...

## **2. POR QUÊ UMA TEORIA DOS SISTEMAS? BREVE PANORAMA DA ABORDAGEM DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PROPOSTA POR LUHMANN.**

Luhmann tem a pretensão de que a disciplina social se converta em uma reflexão sistemática. A Sociologia não pode aceitar que outras ciências fundamentem seu método. A garantia e sustentação do método devem se situar no âmbito de incumbência da disciplina sociológica, em uma operação de autossustentação. Entende que a Sociologia, com a produção de teorias de médio alcance, de alguma forma abandonou o propósito de uma teoria geral, analisando casos *ad hoc*, sendo sua pretensão a produção de uma teoria universal para a disciplina, o que não se ousara desde Parsons, teoria esta relacionada à referência sistêmica dos meios sociais, quer dizer, relacionado à diferença, característica dos sistemas sociais, entre sistema e ambiente<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 138. Essa atitude, na visão de Joas, professor de Sociologia na Universidade Humboldt em Berlim, alcança efeitos literários, fazendo com que os escritos de Luhmann sejam notáveis, e isso é certamente algo com o qual o leitor ‘normal’ não está muito acostumado, por sua abstenção sistemática e consistente de enunciar juízos morais (JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias / Hans Joas, Wolfgang Knobl*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 287).

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 339.

<sup>39</sup> TORRES NAFARRATE, Javier. Introdução ao livro LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 15 e 35. Também LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 11-13. “*A sociologia encontra-se em uma crise teórica. Embora a pesquisa empírica tenha tido êxito na multiplicação de nosso saber, não conduziu à formação de uma teoria sociológica unificada. Como ciência empírica, a sociologia não pode desistir da aspiração de conferir suas afirmações com dados levantados na realidade, não importa se esses dados são depositados em barris velhos ou novos. Mas ela não pode empregar justamente esse princípio para fundamentar a especificidade do domínio de seu objeto e a sua própria unidade como disciplina científica. A resignação chega a tal ponto que essa tentativa de uma teoria geral nem é mais empreendida.*” (Luhmann, prefácio aos *Sistemas Sociais...*, p. 9) Prossegue dizendo

Nesse ponto, o jurista que começar a estudar Luhmann certamente se lembrará de Kelsen, pelas muitas similitudes que possuem. Ambos se ocuparam de caracterizar e conferir peculiaridade à ciência que pesquisavam – Direito e Sociologia, respectivamente. Também se preocuparam que cada uma destas não fosse dominada por outras, não podendo aceitar que outras ciências fundamentassem o seu método. A busca de um objeto e um método próprio aproxima os cientistas alemães. Ambos concebem suas obras como uma *actio finium regundorum*, ou seja, como uma precisa delimitação dos limites da própria investigação. O tratamento que dão às outras disciplinas também é semelhante. Kelsen exclui do Direito tudo o que é exclusivo da Sociologia, Luhmann exclui da Sociologia tudo o que é exclusivo do Direito. O conjunto da teoria é concebido como um contexto que se autolimita. A apresentação da teoria atende àquilo que preconiza: redução de complexidade<sup>40</sup>.

Isso explica, inclusive, porque alguns juristas se decepcionam quando analisam a teoria dos sistemas. Luhmann se interessa apenas pelas relações do Direito com o ambiente, e não pelas partes que compõem o Direito. Já Kelsen se interessa apenas pelas relações entre as partes que compõem o Direito, e não pelas relações entre o Direito e o mundo circundante. Dessa forma, se respeitam e complementam. Luhmann promoveu uma visão completamente distinta do Direito, da perspectiva do sociólogo, não do jurista. Concebe o Direito não como um todo composto de partes individuais, mas como um todo em relação com outro todo, mais extenso, segundo o esquema sistema-ambiente. Para Luhmann o foco principal de atenção é o que entra e sai do sistema social jurídico, a relação entre aquele subsistema e o ambiente. Até Luhmann se estudou o sistema no Direito, com Luhmann se estudou o Direito no sistema<sup>41</sup>. O acréscimo dessa visão (e não sua utilização como única abordagem possível) somente pode trazer ganhos para o jurista, permitindo-lhe entender porque as coisas são como são.

Com esse escopo de reflexão sistemática, entendeu Luhmann que a Sociologia não é nem poderia ser ciência do homem ou da natureza. Nesse ponto, revelou até mesmo humildade e abandono de maiores pretensões: a Sociologia não pode ser ciência do homem simplesmente porque não pode considerar o incomensurável da individualidade. Opôs-se ao entendimento de

---

que "a unidade da sociologia aparece, então, não como teoria e ainda menos como conceito de seu objeto, mas como pura complexidade. A disciplina torna-se não apenas intransparente, ela encontra sua unidade em sua intransparência." (Luhmann, prefácio aos *Sistemas Sociais...*, p. 10)

<sup>40</sup> Luhmann, prefácio aos *Sistemas Sociais...*, p. 13. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>41</sup> LOSANO, ob. cit., p. 382 e 424-25, para o parágrafo anterior e o atual.



Habermas, porque para ele, querer explicar a sociedade como acordos entre os indivíduos levaria ao pressuposto mais que discutível da simetria dos estados subjetivos<sup>42</sup>.

Para Luhmann, uma teoria da sociedade necessita sintonizar uma multiplicidade de decisões teóricas diferentes<sup>43</sup>. Isso não deixará de dar a impressão de certa dose de decisionismo, pinçando dentre as diversas teorias do amplo mundo das ciências aquelas que lhe interessavam para fundamentar a sua; o autor rebate essas críticas ao argumento que seu propósito dificilmente seria alcançado utilizando os modelos existentes na Sociologia de então, o que lhe obrigou a recorrer aos modelos de outras disciplinas interdisciplinarmente bem-sucedidas<sup>44</sup>, até porque os impulsos intelectuais mais fascinantes para entender a sociedade moderna surgiram fora do campo da Sociologia<sup>45</sup>.

E, como não há, em seu entender, modelos suficientes na Sociologia, recorrerá a desenvolvimentos teóricos de outras disciplinas sobre sistemas autorreferenciais, autopoieticos. Tudo isso exigirá alto nível de abstração<sup>46</sup>, oferecendo-se, a seguir, breve panorama.

### **2.1. Para quê sistemas? A redução de complexidade.**

Para quê sistemas?

Para reduzir a complexidade da própria vida.

A vida é, por natureza, complexa. O mundo apresenta ao ser humano uma miríade de opções, possíveis experiências e ações, e este, individualmente, possui um limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência apresenta um conteúdo do qual decorrem outras possibilidades, que são ao mesmo tempo complexas e contingentes.

Por complexidade entende-se, portanto, que sempre há mais possibilidades do que se pode realizar. Qual será a função dos sistemas nesse panorama?

À luz da escassez da atenção humana, o aumento da eficiência somente pode ocorrer através da formação de sistemas, que asseguram que a informação será processada dentro de uma estrutura significativa. Os sistemas reduzem o meio ambiente infinitamente complicado, estabelecendo opções relativamente limitadas para a ação, tornando assim o aumento da

---

<sup>42</sup> TORRES NAFARRATE, p. 17-18.

<sup>43</sup> TORRES NAFARRATE, p. 14.

<sup>44</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 12

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 36.

<sup>46</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 12-13.

eficiência possível<sup>47</sup>. O sistema é o que se pressupõe enquanto o ator ou sua ação pretendam referir-se a um fenômeno. É pressuposto, porque ninguém pode fazer nada do zero. Entendidos como conjuntos de possibilidades evidentes, os sistemas estão aí, emergem, possibilitam e limitam o que vai suceder<sup>48</sup>.

Não estamos preocupados com o mundo inteiro, todo o tempo, em nossa ação e percepção. A atenção está voltada para aquele momento, para aquela ação, e com determinada finalidade. Sistemas permitirão reduzir a complexidade infinita do mundo, e é apenas por meio dessa redução que o significado pode ser produzido. Não é a existência de sistemas o ponto de partida, mas a complexidade do mundo. Sem a redução prevista nos sistemas, afundaríamos em um mar infinito e incompreensível de percepções<sup>49</sup>.

Sistemas reduzem, por conseguinte, a complexidade do ambiente. Os sistemas sociais utilizam um estilo de redução: eles estabilizam expectativas objetivas, pelas quais as pessoas se orientam. Objetivam que se consiga uma simplificação, através de uma redução generalizante<sup>50</sup>, mas constroem por sua vez estruturas internas complexas, para regular essa complexidade<sup>51</sup>.

As estruturas reduzem a complexidade, possibilitam a dupla seletividade. Estabelecem as referências de uma seleção a outra, delimitam o que é optável, transformam a amplidão em redução<sup>52</sup>.

Assim as coisas, Luhmann concebe a sociedade em si mesma como um sistema, formada, ela própria, de diversos outros sistemas. Diante da alta complexidade da sociedade atual, essa mesma sociedade, enquanto sistema, promove sua diferenciação funcional, pela qual gera novos subsistemas, tais como os sistemas econômico, político, científico, moral e jurídico. Estes sistemas, por seu turno, também promovem sua diferenciação interna, como no caso dos diversos ramos do Direito e seu instrumental<sup>53</sup>.

Será a teoria dos sistemas que possibilitará a compreensão do funcionamento da sociedade e de seus subsistemas, distintos uns dos outros por códigos específicos, pelos quais operam e promovem sua diferenciação funcional em relação aos demais, permitindo não só se

---

<sup>47</sup> JOAS, ob. cit., p. 284.

<sup>48</sup> BAECKER, com base em Luhmann, obra citada, p. 36.

<sup>49</sup> JOAS, ob.cit., p. 285.

<sup>50</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 52.

<sup>51</sup> JOAS, ob. cit., p. 284-285.

<sup>52</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 54-55.

<sup>53</sup> Segue-se aqui a ordem da síntese elaborada por GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins. "Direito e justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann." *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol. 29/2012, p. 379-404, jan-jun/2012, DTR\2012\44810, p. 4-5.

identificarem, em autorreferência, como distinguir-se de seu entorno, dos demais sistemas, em uma relação sistema-ambiente.

Isso permitirá, por consequência, a redução de complexidade, uma vez que cada sistema é sempre menos complexo que o seu entorno. Ele isola as demais questões que não são abrangidas por seu código específico, elas não lhe dizem respeito, não pertencem àquele sistema. Nesse sentido, ao Direito, ao sistema jurídico, importará a aplicação do código legal/ilegal, não sendo abrangidas por esse sistema outras questões que este código não abarca; ao sistema econômico, importará a noção de lucro/custo, ao sistema político o poder, ou sua ausência, ao sistema científico o código verdadeiro/falso, ao sistema moral o código justo/injusto.

Luhmann segue, aqui, a escola alemã da antropologia filosófica, que estuda a existência e ação humana com a ajuda das ferramentas da Biologia; da Antropologia e da Sociologia. Nesse ponto, clara é a influência de Gehlen, que entendia o ser humano como uma criatura que carece, por não ser limitado a instintos e inclinações tal como os animais, o que obriga as pessoas a adquirir segurança comportamental. Hábitos e rotinas aliviam o fardo (em alemão: *entlasten*), diante das milhares de opções que se apresentam no cotidiano. O conceito de *Entlastung*, alívio ou desoneração foi fundamental para a teoria das instituições de Gehlen e de grande influência na construção da teoria de Luhmann<sup>54</sup>.

Luhmann converte o conceito de *Entlastung* de Gehlen para a linguagem da teoria de sistemas na forma da frase “redução da complexidade”, e estabelece, como função dos sistemas ou estruturas como tal, a redução da complexidade.

## **2.2. Os sistemas autorreferenciais.**

Os sistemas, portanto, não serão vistos, tal como se dava na Antiguidade, como um todo composto de partes. A teoria dos sistemas se liberou desse paradigma.

Primeiro, substituindo a diferença entre todo e partes pela diferença entre sistema e ambiente, partindo das ideias de Ludwig Bertalanffy, relacionando as teorias organicista, a termodinâmica e a teoria da evolução. Surge a distinção entre sistemas abertos e sistemas fechados, que são definidos como caso extremo: sistemas para os quais o ambiente não tem significado, ou o tem apenas mediante canais especiais. E a teoria avança para a caracterização de sistemas autorreferenciais. Uma diferenciação de sistemas somente pode ocorrer mediante

---

<sup>54</sup> JOAS, ob. cit., p. 283.

autorreferência, porque os sistemas, na constituição de seus elementos e de suas operações elementares, se referem a si mesmos. Por isso é necessário que os sistemas empreguem uma descrição de si mesmos, que possam empregar a diferença entre sistema e ambiente em seu interior como orientação de princípio da produção de informações<sup>55</sup>. Aquilo a que não é aplicável o código binário legal nem ilegal não pertence ao sistema jurídico, ele não se reconhece como tal, estabelece um limite e identifica como questão relativa a seu entorno, não a ele próprio.

Por conseguinte, existem sistemas autorreferenciais. Isso implica dizer que existem sistemas com a capacidade de produzir relações consigo mesmos e, mais que isso, de diferenciar essas relações perante as do seu ambiente ou entorno. Sistemas possuem, também por consequência, limites, que não são concebíveis sem um do outro lado. Os sistemas pressupõem a realidade de um além, de um entorno. A diferença sistema-ambiente, ou sistema-entorno é o ponto de partida para toda análise sistêmica. Sem diferença em relação ao ambiente não existiria autorreferência. A manutenção de limites é a manutenção do próprio sistema. É mediante o sistema e somente em relação ao sistema que o ambiente obtém a sua unidade. Cada sistema somente exclui a si mesmo de seu ambiente<sup>56</sup>.

A autorreferência, portanto, é a capacidade que o sistema possui de estabelecer relações entre si, ao mesmo tempo que as diferencia das mantidas com seu entorno, o que lhe permite realizar o fechamento operacional do sistema, é dizer, o sistema consegue se isolar dos demais, reconhecendo seus limites, pela utilização de um código próprio. Logo, os sistemas realmente existem, mas em um nível operativo. O código específico de cada sistema é o elemento que permitirá as operações no interior do sistema, e terá a capacidade de separar o que é sistema e o que é ambiente. As autodescrições só são possíveis quando o sistema tem a capacidade de se distinguir dos demais, podendo, assim, fazer referência às suas próprias descrições, na medida em que pode distinguir entre autorreferência e heterorreferência. Essa distinção se dá, repise-se, ao nível operativo. Os sistemas sociais são sistemas autorreferenciais, cuja operação básica de comunicação determina que observem a si mesmos, no ato de comunicar, assim como ao outro, pela informação<sup>57</sup>.

Os sistemas altamente complexos aumentam cada vez mais a autonomia (em nível operativo interno) em relação ao entorno, ao ambiente. Ao mesmo tempo, são altamente dependentes em relação ao meio, quanto verificado o acoplamento estrutural, que realiza a

---

<sup>55</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 22-23 e 25.

<sup>56</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 30, 33-34 e 47.

<sup>57</sup> LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 361, 364 e 366.

integração do sistema com o ambiente. O sistema reage a irritações e estímulos do entorno, não em todo e qualquer caso, mas apenas quando aplicados, pelo próprio sistema, padrões altamente seletivos<sup>58</sup>.

Avançando, será pelo “acoplamento estrutural” que o sistema realizará sua convivência com o entorno, permitindo o duplo efeito de exclusão e inclusão, selecionando quais “irritações” do ambiente serão aceitas pelo sistema. O sistema determina o que lhe é relevante, e, principalmente, o que lhe é indiferente (no Direito, pela aplicação do binômio legal/ilegal, proibido/permitido)<sup>59</sup>. A noção de fechamento operativo e de acoplamento estrutural permite entender, portanto, que o sistema é sim, fechado, enquanto considerado em seu nível operativo, mas que permite que informações externas sejam processadas, pelo acoplamento estrutural, para, então, absorvê-las e reconhece-las como pertencentes ao seu sistema<sup>60</sup>. Os sistemas são a um só tempo fechados e abertos, realizando sua comunicação com o ambiente pelo acoplamento estrutural, que ocorre quando, na aplicação de seu código binário, o sistema reconhece a questão apresentada como próprio ao seu interior.

A distinção sistema aberto – sistema fechado é substituída assim pela questão sobre como o fechamento autorreferencial pode produzir abertura. Pode-se agora distinguir a diferença sistema-ambiente aplicada da perspectiva de um observador desta, tal como ela é empregada no próprio sistema. Esse conceito de sistema autorreferencialmente fechado não está em contradição com a abertura de sistemas para o ambiente; o fechamento do modo autorreferencial de operação é uma forma de ampliação de possíveis contatos com o ambiente<sup>61</sup>.

### 2.3. A comunicação.

Por todo o exposto, se nota que Luhmann erige a comunicação a ponto central de sua teoria.

Luhmann propõe seja esclarecida a operação constitutiva sobre o qual o social deve encontrar seu fundamento, Para ele, tal operação há que ser única, exclusiva. Não poderá ser a intenção, a vontade, a ação ou a racionalidade da consciência, alguma disposição do ser humano.

---

<sup>58</sup> LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 127, para o parágrafo anterior, e 132, para este.

<sup>59</sup> LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 120.

<sup>60</sup> GAMBA, ob. cit., p. 4-5

<sup>61</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 25 e 56-57.

Em seu entendimento, a única operação capaz de basear o social de maneira autônoma é a comunicação, cujo maior nível de abstração é a observação. Na comunicação pode ocorrer uma observação da observação, é dizer, uma observação de segunda ordem. É uma operação provida da capacidade de se auto-observar. Cada comunicação deve comunicar ao mesmo tempo em que ela própria é uma comunicação e deve dar ênfase a quem e ao que foi comunicado, para que possa ser determinado e dar continuidade à autopoiese, conceito abordado a seguir. Os sistemas sociais, por conseguinte, são sistemas que observam a si mesmos. E como a sociedade consiste em uma reprodução contínua de formas, o método da Sociologia deve consistir na capacidade de emular essa permanente reprodução<sup>62</sup>.

Todo contato social será entendido pela teoria dos sistemas como um sistema, até se chegar à sociedade como a totalidade da consideração de todos os contatos possíveis.

Cada sistema se diferenciará um do outro pela forma do ato de comunicação. O sistema da Ciência, por exemplo, forma um todo unificado e capaz de se reproduzir considerado seu código binário particular, a distinção entre verdadeiro e falso. Os sistemas sociais mais extensos são sociedades, definidas através de fluxos incessantes de comunicação. Isso faz com que hoje tenhamos uma sociedade global, vez que a sociedade termina onde a comunicação termina.

Os sistemas sociais são sistemas comunicativos, que estão constantemente ligando comunicações a comunicações, processando essas informações, e verificando se estabelecem um acoplamento estrutural, pela seleção realizada pelo código operacional de cada sistema.

A teoria dos sistemas autopoieticos nos obriga a conhecer os postulados da teoria dos sistemas, mas também é uma teoria da comunicação, e nenhuma outra teoria insere a comunicação em nível tão elevado<sup>63</sup>.

#### **2.4. Os sistemas autopoieticos.**

Como visto – sim, nesse artigo se pratica a recursividade proposta por Luhmann, e cada avanço pressupõe o estabelecimento bem fundado de cada conceito - os sistemas se

---

<sup>62</sup> TORRES NAFARRATE, ob. citada, p. 19-20 e 22-23. Nesse ponto, registra Torres Nafarrate que Habermas, apesar de dissentir de suas posições, reconhece que Luhmann, inspirando-se em Maturana, estendeu a Teoria dos Sistemas até convertê-la em paradigma filosófico capaz de competir com os demais – p. 23.

<sup>63</sup> É o que assevera GÓMEZ-JARA DÍEZ; Carlos. *Teoría de sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 473.

definem por sua diferença em relação ao seu entorno, ao seu ambiente. Para o pensador alemão, o sistema é autorreferente e autopoietico. Explica-se.

A diferença entre o sistema e o meio resulta do simples fato de que a operação por ele realizada se conecta a operações de seu próprio tipo, e deixa de fora as demais. Trata-se de operação única, com a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes, com uma reentrada da forma, novamente na forma, de uma distinção dentro do que já foi distinguido (*re-entry*)<sup>64</sup>.

Para que se reconheçam os sistemas sociais como autopoieticos, eles têm que ser capazes de realizar observações de segunda ordem, isto é, observações de observações,

Os sistemas são apenas estimulados pelo mundo exterior; mas respondem a esse estímulo com sua própria lógica e métodos<sup>65</sup>. A Ciência, a Economia, a Arte, o Direito, usam sua própria lógica, funcionando com seu próprio código, são programados de forma específica e por isso não podem ser regulados ou controlados de fora. Externamente, só podem ser estimulados. O que eles fazem com esses estímulos depende do programa específico do sistema<sup>66</sup>. O sistema, por consequência, só pode dispor de suas próprias operações: dentro dele não existe outra coisa senão sua própria operação. Como o sistema se diferencia de seu entorno, e não pode importar seus componentes (elementos e estruturas) desse exterior, desse entorno, sendo, como visto, a nível operativo, fechado, terá que produzir tais elementos e estruturas a partir de si mesmo. O sistema se auto-organiza e constrói suas próprias estruturas. Esse é o sistema autopoietico – ele se autorreproduz com base em seus próprios elementos e estruturas<sup>67</sup>.

Em resumo, o sistema autopoietico é um sistema autoproduzido (*poiesis*, produção), que produz a si mesmo, produz e reproduz as unidades a partir das quais está constituído. Todo sistema autopoietico deve encontrar a sua unidade, que é a comunicação, já frisada como a única operação genuinamente social.

Os sistemas não estão isolados, como mônadas. Possuem uma relação com o entorno. O fechamento do sistema também é a condição de sua abertura. A autopoiese se dá ao nível das comunicações do sistema, é dizer, no nível das operações do sistema. E graças às contínuas operações do sistema, vão sendo geradas séries de estruturas, que orientam a seleção de operações. É no nível das estruturas que o sistema está aberto, e esta abertura ocorre no acoplamento estrutural, que deve ser compatível com a autopoiese do sistema, constituindo um

---

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 89,90 e 92.

<sup>65</sup> JOAS, ob. cit., p. 299.

<sup>66</sup> JOAS, ob. cit., p. 299-300.

<sup>67</sup> LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 112.. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 194.

canal pelo qual o sistema se deixa irritar pelo entorno. A irritação é um ruído pelo qual o sistema pode gerar ordem (*order from noise*)<sup>68</sup>.

Não houve um giro na teoria dos sistemas de Luhmann com a autopoiese, e sim sua radicalização<sup>69</sup>. Vale-se das pesquisas biológicas de Varela e Maturana, que concluem que a unidade operacional dos sistemas que se caracterizam como autopoieticos é produzida e delimitada pelas operações de seus próprios elementos e é exatamente esse processo autopoietico que confere ao sistema sua unidade. Um sistema autopoietico é um sistema fechado e recursivo, aquilo que nele exerce a função de conferir unidade não pode ser recebido de fora. Supera-se, ainda, a dicotomia sistema aberto/fechado. A combinação de fechamento e abertura garante a conservação evolutiva do ambiente<sup>70</sup>.

Todavia, a teoria da autopoiese social é bem distinta da proposta por Varela e Maturana, pois implica uma decisão que a corrente biológica não se dispôs a assumir. A teoria dos sistemas autopoieticos se aproxima da filosofia construtivista, porque funda uma epistemologia construtivista operativa.

### 3. A TEORIA DOS SISTEMAS E O DIREITO.

Que o Direito seja um sistema parece ser lugar comum entre os juristas, porém fazendo referência a um sistema de normas e regras de imputação.

Entretanto, a perspectiva é absolutamente distinta se abordarmos como sistema não o conjunto de normas, e sim o sistema comunicativo, o sistema social Direito. Essa é a proposta da teoria dos sistemas autopoieticos para a investigação do sistema jurídico<sup>71</sup>.

Registra Losano que os estudantes do Direito costumam se desapontar com as conclusões da teoria dos sistemas de Luhmann na análise do sistema jurídico, por não analisar os temas jurídicos que são o pão de cada dia do jurista, ao entender que não são objeto da sociologia sistêmica, e que os problemas do Direito competem aos juristas (mais uma aproximação do pensamento luhmanniano ao preconizado por Kelsen)<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ; ob. cit., p. 473, 477-478.

<sup>69</sup> JOAS, ob. cit., p. 297.

<sup>70</sup> LOSANO, ob. cit., p. 401-402.

<sup>71</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ; ob. cit., p. 471. No mesmo sentido, GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sociología sistémica y política legislativa*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal...*, p. 195: “o sistema jurídico não é o conjunto de fatos jurídicos, normas jurídicas, é o modo como o Direito pode ser criado unicamente a partir do próprio Direito, é o Direito enquanto sistema”.

<sup>72</sup> LOSANO, ob. cit., p. 382-383



Mas isso já havia sido avisado cruamente por Luhmann, ao alertar aos juristas que não procurassem em seus escritos aquilo que ele declara explicitamente não querer levar em consideração. A sociologia sistêmica ocupa-se de toda a sociedade, estuda seus componentes, e o sistema jurídico é apenas um deles; a teoria dos sistemas se incumbe de fornecer os instrumentos conceituais para analisar o funcionamento do Direito, mas não considera sua tarefa descer à análise dos problemas práticas, move-se em um plano superior às disciplinas jurídicas<sup>73</sup>. É a teoria dos sistemas a tentativa mais avançada de elaborar uma teoria social universal.

Tal proposta não implica, todavia, que não possamos conferir interessante aplicações à teoria dos sistemas no âmbito jurídico. Ao revés: como bem realça Bettina Lange, a teoria dos sistemas possui “*o compromisso de entender primeiro cada subsistema funcional em seus próprios termos, quais são seus códigos, como seus processos comunicativos operam e como os subsistemas sociais se desenvolvem*”, “*sem chegar tão rapidamente a conclusões normativas*<sup>74</sup>”, permitindo, a partir dessa compreensão, a obtenção de ideias analíticas muito ricas, pela melhor compreensão das relações dos sistemas com seu ambiente, bem como pelo melhor entendimento de como as informações recebidas são reconstruídas no subsistema e assim por diante.

A compreensão antecipada da teoria dos sistemas permite, portanto, a melhor compreensão do sistema jurídico, mas, muito mais do que isso, o melhor entendimento do funcionamento de outros sistemas que estão em seu entorno, como o sistema político, econômico, moral, e, em especial, como o Direito lida com esse entorno.

Em resumo: a teoria dos sistemas proposta por Luhmann permite entender melhor, a partir de uma observação profunda, como as coisas são como são. Se isso não possui valor para o jurista, o que terá? Nesse ponto, é de bom alvitre seguir o alerta de Luhmann: o Direito é uma das ciências sociais, portanto convém que o jurista “*não se feche em uma casa sem janelas, ligada ao mundo exterior apenas pela caixa do correio para receber diários oficiais e artigos de doutrina*<sup>75</sup>.”

---

<sup>73</sup> LOSANO, ob. cit., p. 392-393.

<sup>74</sup> DE BARROS, Leme *et al.* “Teoria dos Sistemas, Regulação e Direito Ambiental: Entrevista com Bettina Lange”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 6, p. 217-218, 2019.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*. Duncker & Humblot, Berlin: 1966, p. 12. Presente também em LOSANO, ob. cit., p. 342.

Luhmann frisa que sequer é correto dizer “*conexões entre o Direito e a sociedade*”<sup>76</sup>, pelo simples fato de que o Direito não se encontra fora da sociedade. É, sim, um sistema funcionalmente diferenciado dentro da sociedade, que se encontra ocupado da autorreprodução (autopoiesis) de si mesmo.

Isso significa que o Direito cumpre uma função para a sociedade – que “serve” à sociedade – mas também que o sistema jurídico participa na construção da realidade que efetua a sociedade<sup>77</sup>, noção muito importante, que será revisitada neste artigo, quando da análise do Direito Ambiental.

A autorreferencialidade e a existência de limites operacionais não implica dizer que o sistema jurídico não guarda qualquer relação com seu entorno. Ele depende de sua existência. Salienta Luhmann, com propriedade, que “*O Direito não é política, nem economia, tampouco religião nem educação. Não cria obras de arte, cura doenças ou transmite notícias. Ainda assim, não poderia existir se tudo isso não tivesse lugar*”<sup>78</sup>.

Contudo, como qualquer sistema autopoietico, o Direito é autônomo em suas operações. Em cada uma destas o Direito deve reproduzir sua capacidade operativa, alcançando sua estabilidade estrutural através da recursividade e não, como alguns poderiam crer, através de um *input* favorável ou de um *output* desfavorável. Assim, o conceito de autonomia do Direito somente pode referir-se ao fechamento operativo do sistema como condição para sua abertura<sup>79</sup>.

### **3.1. O código operacional do sistema jurídico, a delimitação do entorno e o papel da dogmática jurídica.**

O Direito, como sistema autopoietico, se diferencia para prestar uma função, e só uma, que, sob o ângulo sociológico, não é a de dirigir comportamentos, mas de estabilizar expectativas normativas. O Direito cumpre a função específica de consolidar as expectativas de comportamento, de sustentar a ação do autor e de subtraí-la de todo juízo moral. O fato de tudo o que não é proibido é permitido dá certeza, sabe-se o que é melhor fazer e não fazer. É a lógica binária<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho como sistema social*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal...*, p. 104

<sup>77</sup> LUHMANN, *El Derecho como sistema social...*, p. 104.

<sup>78</sup> LUHMANN, *El Derecho como sistema social...*, p. 104.

<sup>79</sup> LUHMANN, *El Derecho como sistema social...*, p. 105.

<sup>80</sup> LOSANO, ob. cit. P. 377.

O normativo não se opõe ao fático, e sim ao cognitivo, o que não é comum como abordagem na tradição jurídica. Em autorreferência, se assegura normativamente que existam expectativas normativas.

Como o sistema jurídico é um sistema social, é constituído por comunicações.

Para diferenciar-se, emprega um código binário, que “codifica” todas as comunicações jurídicas, que distingue entre legal ou ilegal. Todas as comunicações que fazem essa distinção pertencem ao sistema jurídico<sup>81</sup>.

Em outras palavras: os sistemas autorreferenciais atuam mediante uma cláusula operacional, um código binário, que permite o encerramento do sistema. O código binário do Direito será legal/ilegal, ou, conforme a Direito/contrário a Direito. O que não se submete a ele será irrelevante para o sistema autorreferencial autopoietico.

A codificação binária delimita o Direito de seu entorno. A perspectiva autopoietica parte do plano operativo, fazendo com que os limites sejam determinados de forma completamente diferente da que comumente se imagina. Seja Luhmann, seja seu discípulo Teubner, nenhum deles afirmou que não havia múltiplas relações com o entorno. Simplesmente salientaram que dentro dos sistemas sociais existe uma comunicação completamente determinada, que somente é significativa para esse sistema, que lhe confere unidade e não pode ser pretendida nem modificada desde o exterior, e é, por isso, uma operação absolutamente interna ao sistema. Assim sendo, não fazem sentido as críticas que argumentam que Luhmann trata o Direito como um sistema fechado. Nunca foi dito pela teoria dos sistemas que o Direito não receberia influência dos demais sistemas. O que foi proposto é que o sistema jurídico se encontra fechado em relação ao mecanismo formal do uso comunicativo do código binário legal/ilegal<sup>82</sup>: o sistema jurídico está fechado somente ao nível operativo, da codificação<sup>83</sup>.

Isso demonstra, infelizmente, que muitas das críticas endereçadas à teoria dos sistemas partem ou de uma equivocada incompreensão, ou, o que é muito pior, da ausência de estudo de seus postulados.

O sistema jurídico tem que proporcionar critérios para verificar se os valores codificados como legal ou ilegal estão sendo atribuídos corretamente. Na teoria dos sistemas, esse conteúdo é fornecido pelos programas condicionais, formulados de maneira “se (algo)”, “então (algo)”. Se recebido o impulso A, toma-se a decisão B. Os programas

---

<sup>81</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ; ob. cit., p. 493-496.

<sup>82</sup> KARGL, Walter. *¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoietico*. AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 94-95.

<sup>83</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ; ob. cit., p. 497.

condicionais se traduzem em normas jurídicas, mais facilmente que os programas finalísticos, que permitem uma pluralidade de decisões, que devem ter em comum apenas a realização da finalidade do sistema. Os programas finalísticos não permitem indicar qual meio será escolhido para alcançar a finalidade. Trazem à baila conceitos indeterminados, discricionariedade. O Estado moderno tende a fazer prevalecer o programa condicional, que garante a certeza da relação entre causa e efeito. O Direito confere, assim, uma “forma” à decisão, e esta forma serve para neutralizar a personalidade de quem decide como fator que contribui para a decisão, evitando, ou pelo menos tentando evitar, subjetivismos<sup>84</sup>.

As comunicações jurídicas constroem a realidade jurídica, no suposto de fato da norma jurídica. A presença ou não de um fato é decidida por distinções conceituais, procedimentos de verificação e critérios de certeza intrínsecos ao Direito. A influência do mundo real externo somente se dá na estimulação dos processos internos de relação, e nada mais. Aceitar algo como prova, valorá-lo como tal, somente se pode verificar no sistema operativo do Direito. Nesse sentido, os sistemas são operacionalmente autistas. Operam em função de certos processos de comunicação internos, em autorreferencialidade<sup>85</sup>.

Nesse pormenor, realça a importância da dogmática jurídica.

A autopoiese jurídica começa a ocorrer quando componentes do sistema jurídico se tornam independentes dos componentes da interação social geral através da autodescrição e autoconstituição – o que traz à lembrança as normas secundárias de Hart<sup>86</sup>.

Eles não garantem a autopoiese, são um círculo autorreferencial na forma de autodescrição das estruturas jurídicas. Para que ocorra autopoiese há necessidade de autoconstituição do Direito. A distinção entre autodescrição e autoconstituição no Direito está institucionalizada na separação entre a dogmática levada a cabo na Universidade, e a práxis jurisprudencial e legislativa.

A autoconstituição tipicamente jurídica ocorre quando os critérios para a identificação das normas não se encontram em fontes do Direito fora deste mas remetem a componentes internos do sistema. A autopoiese jurídica ocorre quando as autodescrições do Direito desenvolvem e praticam uma fonte do Direito que remete à obtenção da norma nos precedentes judiciais ou outros processos de constituição dentro do Direito.

---

<sup>84</sup> Sobre os programas condicionais, e como se estruturam em normas, LOSANO, ob. cit., p. 351-355

<sup>85</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal...*, p. 546

<sup>86</sup> HART, Herbert L.A.. *O conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

O trabalho da dogmática jurídica consiste em levar a cabo operações de auto-observação, para a classificação da operação singular nas estruturas e operações do sistema jurídico, em especial na explicação de que em uma comunicação há o código legal/ilegal. A dogmática jurídica contribui para a função de estabilização, pois só uma dogmática jurídica elaborada pode trasladar-se à estabilização do Direito<sup>87</sup>. A função dos juristas é reduzir as incertezas para a conservação do próprio sistema, é dizer, redução de complexidade<sup>88</sup>.

### **3.3. As expectativas cognitivas e as expectativas normativas. As normas como expectativas de comportamento contrafáticas.**

Diante da já abordada complexidade da vida, dos múltiplos comportamentos possíveis (melhor dizendo, em termos de teoria de sistemas, diante das múltiplas comunicações possíveis), surgem as expectativas dos envolvidos.

Algumas dessas expectativas passarão ao largo do Direito, não lhe importando, não fazendo parte de seu sistema.

Outras serão objeto de sua especial atenção, e se traduzem nas expectativas normativas.

*“Quem pode ter expectativas sobre as expectativas de outro pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos<sup>89</sup>”*. Essa pessoa poderá superar a complexidade e a contingência mais elevadas em um nível mais abstrato.

Pode, ainda, *“se não for demasiadamente atrapalhado por motivos próprios, realizar internamente as adequações comportamentais necessárias, ou seja, quase sem comunicação<sup>90</sup>”*. Mais que isso, essa pessoa não precisa expor-se e expressar-se verbalmente – evitar verbalizações desnecessárias é um momento essencial do trato social – economizando tempo e conseguindo conviver em outros sistemas sociais muito mais complexos e abertos em termos de comportamento. Essa pessoa será capaz de reservar os processos de comunicação, costumeiramente morosos e delicados, pois exigem auto-explicações demasiadamente comprometedoras, para poucos pontos importantes de conflito, e escolher sobre o que se falará. Enfim, o trato social somente é possível através da expectativa de expectativas<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ; ob. cit., p. 498-504.

<sup>88</sup> LOSANO, ob. cit., p. 369.

<sup>89</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 48.

<sup>90</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 48.

<sup>91</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 48.

Os sistemas sociais utilizam um estilo de redução: estabilizam expectativas objetivas, pelas quais as pessoas se orientam. O objetivo é uma simplificação, através de uma redução generalizante. As noções até agora apresentadas são fundamentais para a compreensão do Direito na teoria dos sistemas, pois diretamente relacionadas à segurança em termos de expectativas e à segurança sobre o comportamento próprio e previsibilidade do comportamento alheio. Acresça-se que a validação da adequação de estruturas em um sistema social, especialmente o sistema jurídico, sempre deve considerar o problema do desapontamento em relação às expectativas, sendo que as estruturas de um sistema serão racionalizadas de acordo com a relação entre uma complexidade sustentável e cargas suportáveis de desapontamentos. A disponibilidade de mecanismos para o encaminhamento de desapontamentos apresenta-se tal como um “serviço de manutenção de reparos da estrutura<sup>92</sup>”.

Diante do desapontamento de uma expectativa, “*há a alternativa de modificar a expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante*<sup>93</sup>”.

Temos aqui a diferença entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. Estas últimas não serão abandonadas caso alguém as transgrida.

As normas jurídicas serão, nesse cenário, expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, é dizer, ainda que os fatos contrariem a norma, a expectativa se mantém, fornecendo o sistema jurídico o aparato, as estruturas, para que a expectativa prevaleça. A vigência das normas é incondicionada, isto é, independe que, no caso concreto, ocorra a satisfação fática da norma. Ela continua vigendo mesmo que alguém a contraria, o dever se expressa nessa vigência contra o fato, contrafática, pois.

Em uma sociedade do risco, onde ocorre crescente complexidade da sociedade, crescem também os riscos estruturais, que devem ser prevenidos através de uma maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e as normativas. A separação entre ser e dever ser é uma aquisição da evolução.

A não satisfação de expectativas se torna um problema e evidencia o óbvio: a expectativa era apenas uma expectativa. Isso apresenta um lado incômodo, pois ameaça a continuidade das expectativas, ameaça anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, ameaça fazer reaparecer a complexidade das possibilidades e a contingência de poder atuar

---

<sup>92</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 52 e 55.

<sup>93</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 56.

diferentemente ameaça desacreditar a história das expectativas e das comprovações acumuladas. O desapontamento estimula a atividade, ele não pode ser simplesmente aceito<sup>94</sup>.

Luhmann alerta que tratamento do desapontamento não pode ser deixado a cargo apenas dos mecanismos individuais de excitação e tranquilização, pois, nessa hipótese, existe o duplo perigo de que o desapontado, devido à excitação, aja de forma imprevisível, que ele, para salvar uma expectativa, desaponte muitas outras expectativas, criando, assim, mais problemas que soluções.

Por essas razões o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas; aquele que espera tem que ser preparado e possuir os apetrechos próprios para o caso de se defrontar com uma realidade discrepante. Caso contrário, ele não poderia ter a coragem de esperar normativa e consistentemente. A canalização e o arrefecimento de desapontamentos fazem parte da estabilização de estruturas<sup>95</sup>.

Tem-se, aqui, uma muito lógica e coerente explicação do papel exercido pelas normas jurídicas, desde um ponto de vista social. Elas existem para proteger expectativas, que se mantêm como tal, ainda que desapontadas, momento em que as estruturas do sistema jurídico são acionadas para que a expectativa prevaleça.

Assim as coisas, preconiza Luhmann que o Direito “*não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente generalizados para as expectativas*”<sup>96</sup> com redução considerável do risco da expectativa contrafática. O Direito promove a congruência das expectativas, sendo assim uma das bases da evolução social: aquele que espera de forma puramente normativa tem ao seu dispor todo um repertório de possibilidades de processamento de frustrações<sup>97</sup>.

E sentencia: “*O Direito é imprescindível como estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas*”<sup>98</sup>.

Se não existissem expectativas normativas, que não mudam ante qualquer violação, a possibilidade de orientação intersubjetiva das condutas desapareceria. A função do Direito é a estabilização contrafática de expectativas de comportamento<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 57-58 e 66.

<sup>95</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 67.

<sup>96</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 115.

<sup>97</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 115 e 123.

<sup>98</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 170.

<sup>99</sup> GARCÍA AMADO, ob. cit., p. 198-199.

Esses postulados da teoria dos sistemas oferecem um campo muito rico de aplicações no Direito Penal, quando se analisam os fins das penas. A imposição da sanção, no caso penal, da pena, é diretamente relacionada à função do Direito para a teoria dos sistemas, que é a estabilização de expectativas contrafáticas. A defraudação da norma penal desaponta as pessoas, corresponde a uma declaração do infrator, essa sociedade não vale para mim, desejo outra sociedade. Produz o autor uma comunicação errônea, destruidora das estruturas e que não pode, portanto, ser seguida. A imposição da sanção penal é como uma resposta do sistema social, essa sociedade sim vale, não admitimos outro tipo de sociedade. A pena confirma a configuração normativa concreta da sociedade, não é um meio para a confirmação, é a configuração em si mesma. Mantém firme a expectativa apesar da violação, explicando o conflito com uma conduta incorreta do autor e imputando-lhe responsabilidade<sup>100</sup>.

Aplicando a recursividade, tão cara à teoria dos sistemas sociais, podemos associar agora as noções de sistema-ambiente, entorno, limites, fechamento operativo autorreferencial – já vistas – à noção recém adquirida de expectativas normativas. O Direito não surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo. Mas sim só se torna Direito aquilo que passa pelo filtro de um processo (a diferenciação funcional) e através dele possa ser reconhecido. A diferenciação do Direito não implica que este não guarde nenhuma relação com as outras estruturas e formas de comunicação social, ou que estaria solto no ar, mas, simplesmente, que o Direito está consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e estímulos que sejam essenciais para essa função especial<sup>101</sup>.

Doutrina, conhecimento, ciência, também são requisitados pelo sistema jurídico, mas os esforços cognitivos servem aqui, simplesmente, para a criação de pressupostos voltados para a decisão e de certa forma se orgulham em não precisar fazer nada além do que se refira ao esquema legal/ilegal<sup>102</sup>.

O Direito, para a teoria dos sistemas, servirá como sistema imunológico do sistema social. Esse nexos é observado de maneira mais clara quando se rememora que o Direito é formado em meio a uma antecipação de conflitos possíveis. Essa possibilidade de conflito é associada à normatividade de expectativas, e é colocada sob o esquema legal/ilegal. Na

---

<sup>100</sup> A propósito, a obra de JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación...*, e os artigos de PEÑARANDA RAMOS, PIÑA ROCHEFORT, PRIETO NAVARRO, BACIGALUPO, GÓMEZ-JARA DÍEZ e do próprio JAKOBS, todos na citada obra AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal...*

<sup>101</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 19.

<sup>102</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 425.



sociedade moderna do bem-estar o Direito começa, inclusive, a superar a si mesmo, em que novos estados de coisa são introduzidos como uma resolução prévia do conflito, o que faz sentido se analisados os novos riscos decorrentes das atividades industriais e científicas. O Direito buscará apenas evitar a resolução violenta de conflitos e colocar á disposição par todo e qualquer conflito as formas que são adequadas para tanto da comunicação. O Direito serve ao prosseguimento da comunicação, com outros meios<sup>103</sup>.

#### 4. A TEORIA DOS SISTEMAS E O DIREITO AMBIENTAL.

Uma das muitas abordagens interessantes que a teoria dos sistemas permite ao analisar o Direito é a sua aplicação ao Direito Ambiental.

Destaca a teoria dos sistemas que a distinção entre o conceito de sistema e de complexidade é central, e quem não consegue realizar tal distinção obstrui para si o acesso à problemática ambiental, que tem a ver com uma complexidade que não é sistema, porque não é regulada por uma complexidade própria entre sistema e ambiente, e sim pretende influir em diversos sistemas distintos (político, econômico, jurídico)<sup>104</sup>.

A linguagem da teoria dos sistemas é especialmente chamativa e interessante para aquele que lida com esta área. A ênfase conferida à existência de um entorno, de um ambiente, remete às noções de *milieu*, *environment* e *Umwelt*, tão caras à temática ambiental. Essas noções se referem a exteriores dentro do mundo, e realçam a relação do organismo e seu nicho, e as mudanças que o organismo enfrenta de acordo com o seu ambiente<sup>105</sup>.

A sociedade não pode sobreviver como sistema de ação se o organismo não se adapta a um meio ecológico, além do que lhe é destinado<sup>106</sup>.

Isto posto, vale a pena examinar, desde a ótica da teoria dos sistemas, por que razão a proteção do meio ambiente pelo Direito goza de tão pouca eficácia. E o que se verifica é o que alertou Luhmann: a dificuldade de que a proteção ambiental prevaleça em todos os sistemas, diante da lógica, ou código binário, de cada um deles.

Essa dificuldade é especialmente realçada no sistema econômico: as discussões doutrinárias e jurisprudenciais na aplicação do Direito Ambiental nada mais fazem que refletir controvérsia muito mais profunda, que é a discussão sobre o antagonismo entre o crescimento

---

<sup>103</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 425-426.

<sup>104</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 50.

<sup>105</sup> BAECKER, ob. cit., p. 27-29

<sup>106</sup> LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 50.

econômico e a proteção do ambiente, acomodada sob a fórmula internacional deliberadamente vaga, imprecisa e não questionada quanto à sua validade, do conceito de desenvolvimento sustentável. Nesta discussão, o sistema econômico reage à proposta ambiental e reafirma seu código, com foco no crescimento econômico.

O sistema jurídico, diante dessas questões, também enfrentará problemas na regulação ambiental.

#### **4.1. O trilema regulatório de Teubner e os possíveis modos de fracasso da legislação ambiental na interação dos sistemas econômico, político e jurídico.**

Toda legislação, ao ser criada, promove a interação de três sistemas distintos: o sistema político, o sistema jurídico e o sistema que em cada caso se pretende regular.

Como se cuida de sistemas autônomos, a chave do sucesso dessa interação reside no adequado ajuste entre esses, de forma que a nova regulamentação trazida pela norma possa cumprir seus propósitos, sem que nenhum dos sistemas sucumba.

Se algum dos sistemas predomina, fracassa o propósito legislativo, com repercussões negativas. Essa formulação, derivada da teoria dos sistemas, constitui a base do trilema (porque três os sistemas envolvidos, com três possibilidades de fracasso) regulatório de Teubner, catedrático de Teoria do Direito da Universidade de Frankfurt, plenamente aplicável à legislação ambiental<sup>107</sup>.

Assim como qualquer outra lei, a legislação ambiental (aqui incluída a penal ambiental) enfrenta três modos possíveis de fracasso relacionados ao predomínio de um dos sistemas em interação:

a) predomínio político: ocorre quando a norma é criada apenas para cumprir uma função simbólica, dando uma satisfação formal à sociedade que reclama pela regulação, sem qualquer efeito mais profundo sobre o sistema regulado, no caso, o sistema econômico. O Direito Ambiental, e, mais especificamente, o Direito Penal Ambiental, neste caso transmitirá uma mensagem equivocada, de que está resolvido o problema, impedindo uma política ambiental efetiva<sup>108</sup>, fruto do chamado Estado-espetáculo, ou Estado teatral, em que a edição de uma lei – especialmente a penal - parece ser a panaceia de todos os males.

---

<sup>107</sup> TEUBNER, Gunther. “After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law”. *International Journal of the Sociology of Law*, 12, 1984, p. 310; também GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sociología sistémica y política legislativa*. Em: *Teoría de sistemas y Derecho Penal...*, p. 208.

<sup>108</sup> MÜLLER-TUCKFELD, J. C. “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente.” Em: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, p. 525.

Zaffaroni recorda que muitas disposições da legislação penal ambiental não passam de um vão intento do sistema para simular que defende a natureza, que a protege e tutela, como modo de acalmar a angústia humana mostrando que está assegurada frente aos riscos criados. E pontua que neste caso a natureza possuirá a mesma sorte que todas as vítimas no cenário penal: será reconhecida sua condição de vítima, apenas para dar-lhe um diploma e para provocar consenso à base de mensagens tranquilizadoras<sup>109</sup>. São estes preceitos casos de um Direito Penal simbólico, em que há a criação de novos tipos penais com o único objetivo de apaziguar o eleitor, mediante a edição de leis previsivelmente ineficazes, apenas para suscitar a impressão de que algo está sendo feito para combater ações e situações indesejáveis<sup>110</sup>.

b) predomínio jurídico: ocorre uma sobrelegalização, ou uma saturação de normas, engessando o sistema regulado, com efeitos desintegradores sobre sua autonomia. Pode ocorrer que se regule em demasia, ou de forma tão detalhada, que as normas asfixiem o setor regulado, que se desestruturará. Luhmann abordou os perigos de uma juridificação cada vez maior dos âmbitos da vida social, que implicaria a saturação de suas estruturas, e o desencadeamento de processos causais imprevisíveis nos setores regulados<sup>111</sup>. Essa é uma crítica constantemente feita à normatização ambiental, acusada de excessiva e detalhista, daí surgindo expressões como “cipoal normativo”, ou mesmo uma “poluição normativa”.

c) predomínio do sistema objeto de regulação: nesse caso, quem se vê ameaçado é o próprio sistema jurídico, que se faz sentir mais forte e desintegra o próprio Direito, que sofre efeitos desestruturantes.

Todos os três modos possíveis de fracasso têm se apresentado em diversas oportunidades, mas os mais comuns são o predomínio político e o predomínio do sistema regulado, risco esse que merece aprofundamento.

#### **4.2 A implementação da fórmula do desenvolvimento sustentável como tentativa de diálogo da proteção ambiental com os demais sistemas e a reação destes, em especial o sistema econômico.**

---

<sup>109</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 137.

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2010, p. 59. Recorda Roxin (id., *ibid.*), apenas temperando esta questão, que é admissível algum teor de elemento simbólico da legislação, porque toda lei penal possui um impacto simbólico maior ou menor pois deve operar sobre a formação da consciência da população. Tudo depende de até que ponto garanta suficientemente a referência ao bem jurídico, e, obviamente, se pretenda conferir alguma eficácia ao dispositivo.

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. München, Wien: Olzog, 1981, p. 23; GARCÍA AMADO, ob. cit., p. 200.

É verdade que houve muitos avanços desde a primeira Conferência mundial sobre o meio ambiente, com o enfrentamento da primeira geração de problemas ambientais, concernentes à regulação das causas óbvias dos danos, gerando uma regulação mínima dos processos industriais.

Mas ainda assim na prática as considerações de ordem econômica prevalecem. O sistema econômico aplica sua lógica ao conceito de desenvolvimento sustentável, reagindo segundo o código binário custo/benefício, lucro/prejuízo.

O sistema econômico, ao ser apresentado à questão ambiental, operou segundo sua lógica, atendendo ao seu *telos* e em atenção a seu código, sempre com foco no crescimento econômico. Isso já era previsível, segundo o preconizado pela teoria dos sistemas.

Muita discussão, conferências mundiais, normativas nacionais, pesquisas<sup>112</sup>. De fato houve avanços na questão ambiental. As ideias já não são as mesmas de antes de Estocolmo. Sem embargo, a fórmula de acomodação, deliberadamente vaga e imprecisa, do desenvolvimento sustentável, que visava a conciliar o conflito entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, não obteve o resultado desejado pelo movimento ambientalista<sup>113</sup>, e segue permitindo o crescimento econômico desenfreado e reafirma a fé no livre mercado, que proporcionará as soluções. Os paradigmas teóricos e econômicos seguem sendo os de sempre, pois o sistema econômico continua a operar de acordo com a sua lógica<sup>114</sup>. Até os defensores da ideia do desenvolvimento sustentável reconhecem sua dificuldade de implementação frente à lógica do mercado<sup>115</sup>. Como observam os autores de *Limits to growth*, “é um fato triste que a humanidade haja desperdiçado em grande medida os últimos trinta anos em debates fúteis e respostas bem intencionadas porém vacilantes ao desafio ecológico planetário<sup>116</sup>”.

A racionalidade econômica resiste à mudança, e com o discurso da sustentabilidade induz a uma estratégia de simulação e perversão do pensamento ambiental, desativando na prática as políticas de desenvolvimento sustentável, diluindo e pervertendo o conceito de

<sup>112</sup> Observa, ironicamente, NAREDO, José Manuel. *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*. Madrid: Siglo XXI, p. 36: “Mientras llueven cada vez más toneladas de literatura económica ambiental, el deterioro ecológico se extiende por el mundo al ritmo que marca el pulso de la coyuntura económica.”

<sup>113</sup> Sobre o tema já nos manifestamos em outra sede, conforme SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.9-63, onde analisados com profundidade a criação da fórmula do desenvolvimento sustentável e sua vivência pelo sistema econômico.

<sup>114</sup> Realça Naredo (p. 36) que cada vez “el pensamiento económico ayuda más a convivir con el continuo deterioro ecológico y la polarización social que ocasiona la sociedad industrial que a controlarlo, paliarlo o evitarlo.”

<sup>115</sup> SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yvone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 55-6. O tímido reconhecimento das dificuldades de implementação, mas insistindo ainda na fórmula do desenvolvimento sustentável, consta do § 19 do documento final da Conferência Rio +20.

<sup>116</sup> MEADOWS, Donella. *Los límites del crecimiento*: edición 2012 / Donella Meadows; Jorgen Randers; Dennis Meadows. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012, p. 33.

ambiente<sup>117</sup>. O sistema econômico reage e reafirma seus princípios, se estabiliza e absorve as críticas sem maiores alterações, outorgando reconhecimento somente a quem promova seus objetivos<sup>118</sup>, a quem atue sob sua lógica. O sistema econômico, com foco no crescimento, se autogoverna. Proclama que a política há de conduzir a todos até os objetivos do equilíbrio ecológico, pelo caminho habitual: o livre mercado. Não obstante, tal discurso não fundamenta a capacidade do mercado para conferir um justo valor à natureza, para internalizar as externalidades ambientais, para proteger as gerações futuras. As soluções, como provam os fatos desde a aplicação desse modelo, não virão da fórmula neoliberal do desenvolvimento sustentável.

A fórmula de acomodação culmina com um efeito perverso: a negação das causas da crise ambiental, e reafirma o paradigma cartesiano dos recursos ilimitados, do progresso incessante e das soluções tecnológicas. O velho paradigma segue firme e presente, os antigos hábitos persistem, as pessoas ainda negam que se ultrapassou a capacidade da Terra de manter de maneira indefinida os atuais níveis de exploração e consumo, e, na aplicação do quarto postulado cartesiano, seguem à espera de novos descobrimentos tecnológicos, supostos remédios para os problemas de capacidade de carga<sup>119</sup>. Sem embargo, as soluções são artificiais ou improváveis para a grave situação ambiental.

#### **4.3. Luhmann e o meio ambiente: o alerta já havia sido feito. A dificuldade da prevalência do raciocínio ecológico.**

A dificuldade de prevalecer a proteção do meio ambiente frente à lógica do sistema econômico já havia sido prevista por Luhmann.

Em sua obra *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, publicada pela primeira vez em 1986, Luhmann

---

<sup>117</sup> LEFF, Enrique. Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder. 5 ed., México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores, em coedição com o Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, e com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, PNUMA, 2007, p. 19-24. E conclui: “*La ideología del desarrollo sostenible desencadena así un delirio y una inercia incontrolable de crecimiento (Daly, 1991). El discurso de la sostenibilidad monta un simulacro que, al negar los límites del crecimiento, acelera la carrera desenfrenada del proceso económico hacia la muerte entrópica*” (p. 24)

<sup>118</sup> HAMILTON, Clive. Réquiem para uma espécie: por qué nos resistimos a la verdad sobre el cambio climático. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011, p. 83.

<sup>119</sup> CATTON JR., William R.. Rebasados. Las bases ecológicas para un cambio revolucionario. México D.F: Océano de México, 2010, p. 20.

analisou criticamente o movimento ambiental da década de 1970, naquela que é considerada sua obra mais acessível<sup>120</sup>.

Em aplicação coerente da teoria dos sistemas, lembrou que cada sistema possui seu código binário (política, economia, ciência, religião, educação) por meio do qual a informação de dentro do sistema é processada. A economia, pelas operações efetuadas através do pagamento de dinheiro, do código ter/não ter ou pagar/não pagar. A lógica do lucro prevalecerá. Já no sistema político atual prevalece o código governo/oposição.

Nenhum desses sistemas é capaz de assumir o controle dos outros subsistemas, e nenhum código possui prioridade sobre os outros. Obviamente há relações entre os sistemas, mas a Economia somente pode responder à Política através do código pagar/não pagar, não possui outra língua à sua disposição. A Arte, por seu turno, somente pode responder com o código estético. Os diversos códigos não podem ser facilmente convertidos um no outro.

Diante desse quadro, Luhmann reagiu com pessimismo à possibilidade de que as sociedades modernas se adaptem às ameaças ecológicas. Não havia para ele um ponto de vista a partir do qual indivíduos ou grupos podem obter uma visão geral do todo e a partir daí estabelecer uma tentativa válida de proteger o meio ambiente.

Luhmann reconheceu que não podemos continuar tal como estamos na exploração do meio ambiente, mas não vislumbrou a possibilidade, diante da dificuldade de que cada sistema possui de raciocinar com informações distintas de seu código, que a mentalidade de proteção ambiental se sobrepusesse à lógica de cada sistema. Enfatizou que medidas serão tomadas, como vemos assistindo, no enfrentamento das causas primárias da poluição ambiental, mas que ninguém deveria acreditar que o sistema político pode ser influenciado ou controlado de modo que medidas genuinamente efetivas sejam tomadas. O sistema político poderia, no máximo, ser estimulado, e ele vai então reagir com sua própria lógica de comunicação<sup>121</sup>.

O pensador alemão alertou, assim, para aquele que é o calcanhar de Aquiles da proteção ambiental.

No Direito Ambiental o principal sistema regulado é o econômico, e como ainda não há um consenso entre os sistemas político e econômico para a conservação do meio ambiente, o sistema jurídico, um dos meios da ação política, queda quase impossibilitado de apresentar soluções, uma vez que inexiste uma racionalidade global, senão racionalidades

---

<sup>120</sup> JOAS, ob. cit., p. 302.

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften. 4 ed., 2004, p. 125, 131 e JOAS, ob. Cit., p. 303-305.

parciais, a partir das quais a percepção do problema é totalmente diversa, como nas diferentes concepções do que seja um desenvolvimento sustentável, fazendo com que surjam normas contraproducentes para a solução pretendida da defesa do meio ambiente<sup>122</sup>.

As discussões relativas à proteção do meio ambiente continuam reproduzindo o velho debate, que se cristalizou desde a Conferência de Estocolmo em 1972, se existe conflito entre o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente. E o pior: desde então, o que vimos fazendo é contornar esse debate, pelo emprego da fórmula vaga e imprecisa do desenvolvimento sustentável, quase sempre o confundindo com, ou mais valorizando, o crescimento econômico. Com essa postura, predomina o sistema econômico, em detrimento do Direito. Tantas são as pressões que ocorrem já no nascedouro da norma ambiental, lobbies de setores industriais, agropecuários, imobiliários, energia, que se tem a impressão que a norma ambiental provém menos de exigências realmente ecológicas que de concessões feitas, provisoriamente, pelos meios econômicos interessados<sup>123</sup>, ou a impressão que o Direito Ambiental é antes de tudo um sistema de concessão de licenças para poluir.

No subsistema social Economia, o lucro é o ponto de referência de toda comunicação e ação, em vez de prazer estético, elegância ou caráter reto<sup>124</sup>. É assim que esse sistema raciocina, e isto tem que ser levado em consideração em qualquer discussão ambiental que envolva o sistema econômico.

Essa é a questão a ser superada. Fazer com que a proteção ambiental seja internalizada em cada sistema social, com foco na real conservação. A prevalência do raciocínio ecológico ainda não ocorreu porque tem que dialogar com os distintos sistemas e, ainda, valer-se de argumentos próprios de cada sistema para prevalecer. Assim, na Economia, tem que valer-se de argumentos econômicos, na Política de sua lógica de poder, no Direito do código legal/ilegal.

#### **4.4. O papel do Direito na proteção do meio ambiente.**

Nesse ponto, há necessidade de dar um passo adiante, para que não fiquemos presos na mera observação (necessária e correta) do sistema que propõe Luhmann. O diagnóstico e o

---

<sup>122</sup> LUHMANN, . *Ökologische Kommunikation...*, p. 59; GARCÍA AMADO, p. 200-201.

<sup>123</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia á prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 129.

<sup>124</sup> JOAS, ob. cit., p. 285.

prognóstico por ele feito estavam corretos. O sistema econômico e sua lógica até aqui foram refratários à proteção do meio ambiente.

O que fazer para mudar?

Aqui temos que, sem deixar de utilizar a teoria dos sistemas, que nos permitiu compreender porque as coisas são como são, valer-nos do pensamento habermasiano (que também parte de um diagnóstico sistêmico, é bom frisar), para poder buscar algum tipo de proteção ao meio ambiente.

Com a acumulação do capital, o crescimento econômico foi institucionalizado de um modo natural não planejado, fazendo que não houvesse opção para o controle consciente desse processo<sup>125</sup>, considerando que o gênero humano vê-se desafiado pelas consequências socioculturais não planejadas do progresso técnico, seja para conjurá-lo, seja para aprender a dominar o seu destino social<sup>126</sup>.

Esse questionamento assume maior valor quando se verifica que há um déficit de normatividade sistêmico. Cada esfera sistêmica – Economia, Direito, Política, dentre outros – possui linguagem, lógica, racionalidade e *telos* próprio e são manejados por especialistas que não questionarão o *telos* do sistema; em verdade, o especialista de cada sistema se limitará a buscar os meios adequados para a realização do *telos* do sistema em que inserido, os meios adequados para a realização de seus fins, implicando inequívoco déficit normativo. Isso também terá como equivalente simétrico um déficit de racionalidade, uma vez que os sistemas, autonomizados, trazem apenas uma racionalidade corretiva para que cumpram seu *telos*. Essa discussão é essencial para as empresas, que operam em uma perspectiva funcional. O déficit de normatividade sistêmico é um debate essencial na discussão da razão prática.

Na evolução que se espera, joga um papel fundamental o Direito.

Sistemas e mundo da vida podem ser diferenciados, recorda Habermas, conforme a existência ou não de interação entre as partes. No sistema econômico capitalista, a interação se dá de forma abstrata, entre o consumidor e o produtor. Já no mundo da vida os atores se enfrentam diretamente, em uma situação de ação concreta. Contudo, a sociedade moderna tem-se caracterizado pelo desacoplamento do sistema e do mundo da vida, trazendo como resultado a objetificação: o sistema social acontece definitivamente fora do horizonte do mundo da vida. Para uma relação razoável entre mundo da vida e sistemas, para que não mais ocorra a colonização do mundo da vida pelos sistemas, assume o Direito papel fundamental, integrador,

---

<sup>125</sup> HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 57.

<sup>126</sup> HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 2009, p.105.



justamente porque o Direito ocupa posição estratégica entre os sistemas e o mundo da vida. É o Direito quem exerce essa mediação, e tem nele ínsito prodigioso potencial racional da razão comunicativa, tornando-se um meio apto a reunir os diferentes interesses presentes nas fragmentadas sociedades modernas<sup>127</sup>.

No contexto da sociedade contemporânea, o Direito assegurará canais para a formação consensual de uma sociedade democrática. Permitirá que a ação comunicativa ganhe força por instrumentos institucionais assegurados juridicamente. Preservará os canais para a formação da opinião e da vontade. E, nesse exercício, poderá, se bem utilizado, fazer com que as empresas respondam positivamente a essa normatividade.

Ora, se considerado o exposto anteriormente quanto à teoria dos sistemas e o Direito, que o sistema jurídico cumpre uma função para a sociedade e que este sistema jurídico participa na construção da realidade que vive a sociedade, e, mais além, se se considera que esta mesma sociedade apresenta o discurso de que se deve fazer algo pelo meio ambiente, é compreensível que se busquem contribuições também no Direito, mormente no Direito Penal, instrumento de proteção de bens especialmente importantes<sup>128</sup>, para a proteção do meio ambiente.

Afirmar isso não é dizer que o Direito, e em especial o Direito Penal, terão as soluções para os problemas que afligem o meio ambiente. Não se pode ser tão ingênuo. Já se verificou que o Direito não se poderia se dar sem seu entorno, dependente de questões econômicas, políticas, religiosas. Não se pode olvidar tampouco que foram os mesmos triunfos da sociedade moderna que nos levaram a esta situação, que o Direito – sozinho – não poderá gerir adequadamente<sup>129</sup>.

Não obstante, “...*sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema*”<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> JOAS, ob. cit., p. 264, 266, 268 e 273.

<sup>128</sup> São desenvolvidas neste item, com atualizações e nova abordagem, algumas das ideias iniciadas em SANTIAGO, ob. cit., p.9-63.

<sup>129</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2 ed., Madrid: Siglo XXI, 2009, p. 54-55: “Una contradicción capital de la sociedad de riesgo – podría resumirse así – consiste en que el mundo se enfrenta a megapeligros que tienen su origen en los triunfos de la sociedad moderna (más industria, nuevas tecnologías) y que, pese a las promesas de seguridad de las instituciones del Estado, ningún principio legal, científico o político vigente puede justificar, imputar, compensar ni gestionar (preventivamente) de modo adecuado. ¿Cómo se consigue mantener oculta o latente esta contradicción – que ya es un silencio a voces en y entre los sistemas y organizaciones sociales – incluso cuando se pone ante los televisivos ojos de la opinión pública (mundial) al ocurrir una catástrofe.”

<sup>130</sup> LUHMANN, *El derecho como sistema social* ..., p. 105.

Parafraseando Luhmann, tem-se que somente o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente, e ao decidir esta questão deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações.

Esse o busílis. É mister reconhecer que o Direito tem a característica única de processar, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de manter-se a si mesmas em situações de conflito. E se é óbvio que não pode garantir que essas expectativas não serão violadas, de outra parte pode garantir que se mantenham como expectativas, ainda no caso de que sejam defraudadas. E assim o Direito mantém a perspectiva de resolver conflitos, uma vez que contém uma decisão preliminar – por mais confusa que possa apresentar-se no caso concreto – acerca de quem deve aprender da violação e quem não<sup>131</sup>.

A expectativa de que exista um meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, é uma expectativa normativa, erigida a dever de todos, na dicção do artigo 225 da Constituição Federal. Cimentado isso, há que se reconhecer que alguma parte dessa tarefa de proteção ao meio ambiente toca ao Direito, tanto ao Direito Ambiental propriamente dito, quanto a sua projeção penal, conforme o mandato de criminalização do artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição. E, se se considera que o Direito Penal é o instrumento de proteção aos bens jurídicos especialmente importantes, é compreensível que abarque a proteção do meio ambiente, fato que, antes de representar uma expansão do Direito Penal, em verdade constitui uma adequação, autêntico *mea culpa* social: o bem meio ambiente, que sempre existiu, experimenta agora um aumento de valor junto à sociedade, em especial quando posta em relevo a degradação de realidades tradicionalmente abundantes que começam a manifestar-se como bens escassos, aos quais se atribui agora um valor que não lhes era reconhecido<sup>132</sup>.

Logo, a integração que se espera a partir do Direito ainda é um projeto, a ser desenvolvido, especialmente, pela aplicação jurisprudencial.

## **5. A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL INDIVIDUAL PELOS DANOS AMBIENTAIS COMO UM CASO DE DUPLA CONTINGÊNCIA.**

Alguns exemplos da utilização do Direito Ambiental podem ser explicados segundo a teoria dos sistemas, e aqui temos como interessante projeção a responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais, que pode ser vista como um caso de dupla

---

<sup>131</sup> LUHMANN, *El derecho como sistema social ...*, p. 105-106.

<sup>132</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B de f, 2008, p. 11.

contingência, importante conceito sistêmico, que fundamenta a existência do artigo 2º da Lei 9.605/1998, ao prever a responsabilidade do superior hierárquico ao se omitir em relação aos crimes ambientais praticados por seus subordinados.

### 5.1. A dupla contingência.

Em qualquer interação, há uma dupla contingência. Por um lado, as gratificações do ego são contingentes em sua seleção entre alternativas disponíveis. Mas a reação de alter será contingente à seleção de ego, e resultará de uma seleção complementar por parte de alter<sup>133</sup>. Há dupla contingência, pois cada ator é tanto agente em ação quanto objeto de orientação, para si mesmo e para os outros; como agente em ação, orienta a si mesmo e aos outros, como objeto, tem sentido para si mesmo e para os outros<sup>134</sup>.

Por contingência compreende-se que as possibilidades apontadas poderiam ser diferentes das esperadas. Há aqui, um duplo problema: a complexidade associada à contingência.

A complexidade, portanto, implica seleção forçada, e a contingência o perigo de desapontamento, bem como a necessidade de assumir-se riscos<sup>135</sup>.

Mais do que isso, a vida real nos apresenta uma dupla contingência. “*Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu*”<sup>136</sup>.” Tenho que reconhecer que o outro pode variar seu comportamento, também para ele o mundo é complexo e contingente.

Por conseguinte, se alguém possui expectativas em relação à conduta de outrem, esse outrem também possui expectativas em relação à conduta desse alguém. Há uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Ao lado dessa dupla expectativa, todo agir social apresenta uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de cumprimento, na satisfação ou desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do próprio comportamento em relação às expectativas do outro<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951, p. 16.

<sup>134</sup> PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968, p. 436.

<sup>135</sup> Seguimos nesse fragmento LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 46.

<sup>136</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 47.

<sup>137</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito, volume I...*, p. 48.

A teoria dos sistemas e seu conceito de dupla contingência explica, assim, com sobras, o fundamento da responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais que ocorrem a partir da atividade arriscada, ainda que a conduta causadora do dano tenha sido praticada por um subordinado, conforme se verifica a seguir.

### **5.1. O conceito de dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial individual ambiental pelos delitos cometidos pelos subordinados.**

Uma dupla contingência se caracteriza muito claramente no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora, no contexto de empreendimentos arriscados.

De um lado, o sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de uma forma que anteriormente se desconhecia. Essa preocupação justifica a existência de estudos de impacto ambiental, de um sistema de licenciamentos para que se instalem e operem empresas; que exista um sistema de monitoramento, órgão de controle e fiscalização, enfim, que exista uma Administração Pública ambiental, cuja principal atividade é – ou pelo menos deveria ser – desenvolvida neste controle das empresas, no afã de prevenir danos ambientais relevantes.

A preocupação com as atividades produtivas é realçada na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto ambiental para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

Essa é, portanto, a expectativa da sociedade, do sistema social, ao conceder o licenciamento às atividades potencialmente poluidoras. Ela se preocupa que danos não advenham do exercício desta atividade. Esta é a contingência que a sociedade põe diante do empreendedor.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando o lucro, é a contingência que oferece à sociedade.

Dentre os postulados dos sistemas sociais, uma das consequências mais importantes da teoria da dupla contingência é o surgimento da confiança ou da desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado por mim e pode, precisamente quando sabe que espero, agir

diferentemente do que espero. Pode deixar claras suas intenções ou enganar. Nesse contexto, confiança é a estratégia de maior alcance. Quem oferece confiança amplia consideravelmente seu potencial de ação. A confiança reduz a complexidade social. Desconfiança é a estratégia mais fortemente restritiva. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, por exemplo, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos. Confiança e desconfiança só podem se manifestar no domínio da dupla contingência, não devem ser confundidos com otimismo ou pessimismo. Confiança tem de ser demonstrada contingentemente<sup>138</sup>.

Vê-se, assim, que a transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito<sup>139</sup>. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98.

A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados, prevista no artigo 2º da Lei dos Crimes Ambientais. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação. Pode até ser que o sistema de licenciamento ambiental e o correspondente controle ambiental das empresas constitua algo relativamente inovador. Sua motivação, sem embargo, não traduz nenhuma novidade. O que se espera é o de sempre: não causar prejuízos, não causar danos, enfim, *neminem laedere*. As pessoas não querem sofrer prejuízos em consequência de atividades alheias. Porém, além desse princípio do dano (*harm principle*) aplicável às empresas, para que não representem riscos dos quais advenham danos individuais, deve-se somar-lhe uma preocupação atual da sociedade: que não causem danos ao meio ambiente.

Assim sendo, a expectativa social relativa às empresas é resumível a não causar danos relevantes, às pessoas e ao meio ambiente – essa é a contingência oferecida pelo sistema social. Isto em nada difere da expectativa relativa a qualquer pessoa, a qualquer atividade, de que não cause danos. Se antes se discutia a responsabilidade, administrativa, civil ou penal, pela atividade do próprio corpo, ou a responsabilidade das pessoas que empregam em suas atividades animais, carroças, automóveis, máquinas ou obras, ou, para dar um exemplo muito simples de séculos atrás, discutia-se a responsabilidade pelas coisas que se desprendiam de um determinado telhado, de uma certa casa de um proprietário específico, agora também se discute,

---

<sup>138</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 151-152. Ensina Luhmann que a teoria da dupla contingência se torna propícia em uma sociedade que já não se baseia em princípios absolutos, mas coloca em prática o indicado no pós-modernismo: não é possível chegar a um ponto em que todos estivessem unanimemente de acordo (LUHMANN,, *Introdução à teoria dos sistemas...*, p. 322.

<sup>139</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 152-153.

particularmente no âmbito penal, a responsabilidade das pessoas que desenvolvem suas atividades por meio de empresas. O *neminem laedere* projeta-se hodiernamente de uma forma muito mais ampla, frente ao potencial ofensivo da atividade industrial, que não pode converter-se em um foco de perigos para a coletividade<sup>140</sup>.

E se a pessoa tem a liberdade de configurar a organização de suas atividades (a contingência oferecida pelo empresário, a exploração de uma atividade visando ao lucro), também corresponde, como contrapartida, o dever de assegurar – e daí surge que parte da doutrina afirma existir deveres de asseguramento - que esta configuração das atividades se dê de uma forma tal que dela não se desprendam riscos que excedam o nível permitido, que se respeitem os direitos alheios, e, agora, pela evolução do pensamento social, que se respeite o meio ambiente.

Está assim perfeitamente caracterizada uma dupla contingência, com os atributos de confiança/desconfiança: dá-se a licença porque se confia que não advirão danos, que o controle sobre a atividade os evitará (confiança). Caso ocorram, essa confiança é quebrada, e passa-se a utilizar o mecanismo complementar que garante a transição da desconfiança para confiança: perquirir a responsabilidade do empresário no controle preventivo de sua atividade, prevendo-se sanções para tanto, como a do artigo 2º da Lei 9.605/98. Deve-se evitar que a organização do próprio âmbito gere resultados lesivos, que defraude a expectativa social de que terceiros não seja lesionados. Aquele que tem a liberdade de organizar também tem a responsabilidade de assumir as consequências, de que não derivem danos dessa organização. Por conseguinte, os danos que advenham desse exercício da liberdade de organização serão imputáveis aos responsáveis pela configuração da organização que propiciou sua ocorrência.

Um setor da doutrina denominará os deveres derivados dessa competência para organização de deveres de asseguramento da convivência, distinguindo-os de deveres em virtude da competência institucional, que afetam pessoas com um *status* especial, como os pais na relação paterno-filial, o cônjuge, o destinatário de uma confiança especial ou alguns cargos públicos<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 331.

<sup>141</sup> Conforme, desde fundamentos da filosofia hegeliana, a terminologia de JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 9-17; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 21-29 e PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 30-31, 82-85. Para este setor da doutrina pouca ou nenhuma diferença pode ser verificada quanto às regras aplicáveis à comissão ou omissão nos crimes de organização, pois a expectativa social é a mesma: não causar danos a terceiros, evitar que a organização gere resultados lesivos. De fato, para aquele que sofre os

Esta distinção decerto guarda paralelismo com a doutrina tradicional, que centra a distinção no conteúdo da garantia. Serão garantes de proteção aqueles que possuem o dever de proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, em função da proteção do bem jurídico contra perigos de toda ordem, de que é exemplo o pai em relação aos filhos. E serão garantes de controle aqueles que possuem o dever de supervisionar determinada fonte de perigos, de evitar todas as ameaças que provenham de uma fonte de perigo determinada. O garante de controle deve sujeitar a fonte de perigo, não pode esperar até a produção de uma situação de perigo determinada. Deve, assim, evitar os perigos que comumente provêm da fonte que lhe corresponde controlar. O garante de controle tem sua primeira atenção depositada na fonte de perigos em si mesma, e, como efeito reflexo e imediato, daí se deriva a garantia dos bens jurídicos ameaçados pela fonte de perigo<sup>142</sup>.

Seja qual for a abordagem doutrinária, o fundamento é o mesmo: a teoria da dupla contingência justifica a previsão da responsabilidade empresarial ambiental individual. Em uma sociedade do risco, a crescente interdependência dos indivíduos dá lugar a que, cada vez mais, a incolumidade dos bens jurídicos dependa de condutas positivas por parte de terceiros, razão pela qual esta função de controle de fontes de perigo assume um papel essencial no incremento dos delitos de comissão por omissão<sup>143</sup>.

A confiança depositada no empresário quando da concessão do licenciamento da atividade arriscada possui, portanto, caráter circular, se autossupõe e se autoconfirma<sup>144</sup>. Há a necessidade de que o dirigente realmente exerça o controle, do contrário não faria sentido permitir a atividade potencialmente poluidora, não existe razão para nele confiar.

---

efeitos de uma poluição originária da atividade empresarial pouco importa se se trata de uma ação ou omissão. Este quer ver-se indenizado, que o responsável seja castigado, que o problema seja solucionado. Também para este setor o dever de solidariedade não é o fundamento para o âmbito de organização, e sim para os crimes omissivos próprios (que se baseiam no mínimo de solidariedade que o Estado exige do cidadão para viver em sociedade), e para os crimes em virtude de uma instituição (que se baseiam em uma solidariedade juridicamente assegurada). Tampouco se distingue a comissão da omissão em virtude da posição de garante nos delitos de organização, já que também é necessária uma posição de garante nos crimes comissivos. Sobre o assunto, exemplificativamente, Sánchez-Vera, ob. cit., especialmente p. 21-22, 95 e 137. A diferenciação mais significativa não se dá entre comissão e omissão, e sim entre o fundamento da responsabilidade – competência de organização ou caráter institucional.

<sup>142</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290; STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 459-460; FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 424.

<sup>143</sup> SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed., Buenos Aires: B de f, 2006, p. 209 e *La expansión del Derecho Penal...*, p. 17. Conforme SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*/ coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003. p. 292-3, o instituto da comissão por omissão na delinquência empresarial constitui o exemplo mais significativo da necessidade de desenvolver novos instrumentos de imputação na sociedade do risco.

<sup>144</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

A posição de controle de uma fonte de perigos possui origem diversas vezes em normas jurídicas constitucionais, civis, comerciais ou trabalhistas, que estabelecem uma situação de controle sobre a fonte de perigos, deveres em relação à coisa (ou empresa), superioridade em uma organização, ou, o que interessa especialmente para esta discussão, um direito de comandar e de dar ordens, e, conseqüentemente, de repelir as decisões de outros, frente à subordinação dos empregados em relação a uma pessoa que ocupa uma posição de mando. Estas normas muitas vezes recebem o reconhecimento da norma penal de uma situação de garantia<sup>145</sup> (que por óbvio não prescinde do exame do caso concreto, onde se verificará a presença deste efetivo controle e relação de subordinação). A confiança, conforme ensina a teoria dos sistemas, depende dessa proteção, que apresenta o simbolismo de reagir a informações crítica não somente em virtude dos fatos que elas informam, mas porque elas atuam como indicadores de confiabilidade<sup>146</sup>.

Para evitar a irresponsabilidade organizada no âmbito das empresas, já é possível concluir que os garantes de controle, encarregados de deveres especiais de proteção relativos a uma fonte de perigos, caso deixem de cumprir os mandatos estabelecidos de controlar a fonte de perigos pela qual são responsáveis, é dizer, se omitam no controle, poderão responder por eventuais delitos de comissão por omissão, como consequência imediata dessa situação de dupla contingência e da confiança depositada no empresário quando da permissão da atividade arriscada. A dupla contingência dá lugar a um duplo condicionamento<sup>147</sup>: a empresa, se preenchidos os requisitos, deve conseguir a licença; no exercício da atividade, deve prevenir os danos, caso contrário (“se”) será responsabilizado individualmente o empresário que se omitir na fiscalização de seus subordinados (“então”). Sistemas são concebidos não como uma quantidade de objetos, mas como perspectivas de ordem, a partir das quais uma relação entre sistema e ambiente é acessível, como redução de complexidade, orientado seleções<sup>148</sup>.

A adequada utilização do artigo 2º contribui para a manutenção da confiança da sociedade quando da concessão de licença para atividades arriscadas, e, mais do que isso, contribui para a prevenção de danos ambientais.

### **5.3. Os garantes de controle nas empresas. O dever de garantia relativo aos ilícitos penais cometidos pelos subordinados e a prevenção de danos ambientais.**

---

<sup>145</sup> Ainda conforme SCHÜNEMANN, *Fundamento y limites...*, p. 342-3, analisando a repartição de tarefas ou a hierarquia dos deveres de relação, no prisma de sua teoria do domínio.

<sup>146</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

<sup>147</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 157.

<sup>148</sup> LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 159.



O reforço complementar do Direito para garantir a confiança nesta situação de dupla contingência da atividade empresarial estimula aqueles que se encontram melhor posicionados para realizar as adaptações necessárias no âmbito empresarial (ou, para empregar a terminologia de determinada corrente doutrinária, em sua competência de organização), no sentido de que procurem estas soluções (se reorganizem) para cumprir a normativa ambiental. Os diretores de uma empresa se encontram em uma melhor posição para saber quais áreas necessitam maior controle e podem desenvolver programas para suas necessidades específicas.

Ademais, como os empregados querem aumentar os lucros da empresa para obter promoções (também uma dupla contingência, agora no seio da atividade), é função do *CEO* esclarecer que as normas ambientais devem ser cumpridas fielmente, e treinar seus subordinados nesse sentido. Como o diretor pode ser responsabilizado, deve comunicar-se constantemente com seus subordinados, evitando processos penais<sup>149</sup>. Em suma: a responsabilidade dos diretores contribui para a prevenção dos danos ambientais.

Por conseguinte, nada mais compreensível que a existência de um dever de garantia que recaía sobre aqueles que possuem o efetivo controle sobre a estrutura da empresa. Quem detém o controle sobre a empresa é garante. Se, como visto, a sociedade somente conferiu a licença para a atividade porque confia que o empreendimento se desenvolverá de maneira adequada, tal confiança também abrange a necessidade de que as pessoas responsáveis por uma empresa cumpram suas tarefas para prevenir danos<sup>150</sup>.

Também se afirma, além da confiança, que o domínio exercido sobre a fonte de perigos gera o dever de garante<sup>151</sup>.

A confiança que a sociedade deposita e o domínio mencionado constituem critérios válidos para explicar no plano fático o dever de garantia, e a eles deve somar-se uma argumentação eminentemente jurídica: o dever de garantia do titular da empresa, de um diretor,

---

<sup>149</sup> MURNANE, Colleen C. "Criminal sanctions for deterrence are a needed weapon, but self-initiated auditing is even better: keeping the environment clean and responsible corporate officers out of jail." *Ohio State Law Journal*, 1994, vol. 55, p. 1186-1200.

<sup>150</sup> Sublinhou a situação de dupla contingência a Câmara Federal de San Martín, sala 1ª, 26/8/92, "Constantini, Rodolfo y otros s/averiguación contaminación Río Reconquista", *Jurisprudencia Argentina*, 1993, p. 199: "Sólo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas." Neste acordo também se esclareceu que se o diretor ou titular delega o dever de controle sobre coisas perigosas, possui "un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general" (p.199).

<sup>151</sup> Posição de SCHÜNEMANN, *Fundamento y limites...*, em toda sua obra, e com a variante do *domínio social*, proposta por GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 117-169 (em especial p. 142-144); p. 171-262 (em especial p. 171-172); p. 813-814 e p. 819-868, capítulos em que examina a comissão por omissão e a responsabilidade de diretores.

ou de um responsável por uma seção específica de uma grande corporação, de impedir delitos de seus empregados, se deriva de forma inequívoca, ou é um correlato inevitável, de seu direito de dirigir e de dar ordens. Essa pessoa pode repelir as decisões de outras, que seriam ingerências indevidas em sua esfera de atribuições (no caso, a decisão de seus subordinados de cometer delitos a partir da estrutura da empresa) – e, portanto, deve velar, em virtude de sua superioridade hierárquica ou domínio, para que não se realizem tais condutas<sup>152</sup>.

Portanto, apesar do fato de que quem realiza a ação típica seja um subordinado plenamente responsável, com autonomia pessoal, adulto e dotado de razão, ou, em português claro, maior e vacinado, também é certo que esta pessoa se encontra integrada em uma estrutura alheia de comando; bastaria uma ordem de seus superiores e o crime não seria cometido<sup>153</sup>. Neste contexto, este superior tem o dever de garante de impedir delitos alheios, sem que se fira o princípio de responsabilidade.

Onde há autoridade, hierarquia, poder de mando jurídico sobre penalmente capazes, cabe imputar também àquele que possui este direito de dirigir e dar ordens, mas se omite em repelir as condutas criminosas de seus subordinados, a realização da conduta típica, em forma de comissão por omissão<sup>154</sup>.

Todas as razões expostas contribuem à prevenção do dano ambiental: a responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos crimes praticados pelos seus subordinados é derivado inequívoco da expectativa social de que aqueles que controlam a empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens nesta estrutura cerrada, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que seus subordinados cumpram as normas ambientais, e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que

---

<sup>152</sup> Conforme TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009, p. 188, afirmando ser esta a doutrina dominante. Anota este também que na França, pelo instituto da *responsabilité d'autrui* e na Inglaterra, pela *vicarious liability*, também se aplica a responsabilidade de superiores pelos fatos delitivos de terceiros, mas para crimes que não exigem uma culpabilidade, ou prova de culpabilidade (p. 187). E que na Alemanha o artigo 130 OWiG estabelece uma contravenção geral, similar à posição de garante, da lesão do dever de vigilância nas empresas, quando se produzirem crimes ou contravenções dos empregados (p. 188 e 237). Realça FRISTER (p. 437): “*Ante todo, una posición de garante de control puede derivarse del poder de organización sobre determinado ámbito de dominio. Aquel que está habilitado para tomar determinaciones dentro de cierto ámbito y que, por ello, puede repeler las decisiones de otros, en principio, como injerencias habidas en sus propios asuntos, tiene que velar jurídicamente, como contrapartida de esa atribución de dominio, por que de ese ámbito no surjan peligros para otros.*”

<sup>153</sup> Observe-se, com SILVA-SÁNCHEZ (*El delito de omisión...*, p. 471-2) “*que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa.*”

<sup>154</sup> Conforme TIEDEMANN, ob. cit., p. 186, e SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 378-9.

para tanto se reorganize a empresa, para que do exercício da atividade não advenham danos às pessoas ou ao meio ambiente<sup>155</sup>.

O artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais claramente se inspira na tendência majoritária internacional<sup>156</sup> e estabelece um critério material, pois reconhece a existência de garantes de controle em relação à lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos ameaçados por uma fonte de perigo, atribuindo o dever de garantia àqueles que exercem funções de comando na estrutura das empresas, que têm o direito de dar ordens e o poder de repelir ordens e ainda o poder de repelir as condutas de seus subordinados, cabendo-lhes responder em comissão por omissão quando, sabendo da conduta delitativa de seus empregados, não intervêm para evitá-las:

Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

O dispositivo cristaliza uma clara opção legislativa por uma responsabilidade para cima, buscando a prevenção do dano ambiental através do efetivo controle e supervisão da fonte de perigos por aqueles que detêm funções de mando na estrutura cerrada das empresas. Estes, sabendo das condutas delitivas de seus subordinados, devem por elas responder, se deixam de evitá-las, quando o podem fazer.

Vê-se, assim, que a teoria dos sistemas permite uma leitura muito mais rica e embasada da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98.

---

<sup>155</sup> Neste sentido SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 338: “... Si el señor de la cosa quiere evitar que su ámbito de dominio se convierta de manera prohibida en causa de un resultado, ha de adoptar para ello todas las medidas que mantienen a su ámbito de dominio al margen del proceso causal dañino. El que a tal efecto haya de tener lugar una transformación sustancial de la propia cosa, o una modificación de sus circunstancias, de su situación con respecto al entorno, no es cuestión del principio de imputación, sino exclusivamente del caso concreto y del cuidado objetivamente prescrito en el caso concreto. ... Si, a tenor de lo dicho, si quisiera caracterizar el contenido de los deberes de cuidado con un lema, se ofrece el término ‘preceptos de prevención de accidentes’ o también ‘deberes de asegurar’ (por lo cual también se utiliza a menudo en este ulterior sentido la expresión ‘deberes de garantizar la seguridad del tránsito’). El ámbito de dominio propio tiene que estar asegurado de manera que ya no represente peligros para otros.” (sem o primeiro grifo no original).

<sup>156</sup> De que é exemplo a versão final de 2000 do projeto de *Corpus Iuris* para a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, tentativa de unificação mínima do Direito Penal europeu, cujo artigo 12, § 3 cuida da responsabilidade dos superiores em comissão por omissão relativa aos delitos cometidos por seus subordinados (texto disponível em TIEDEMANN, p. 306).

## CONCLUSÃO

A teoria dos sistemas sociais, autorreferenciais e autopoieticos permite a melhor compreensão do funcionamento dos distintos sistemas (econômico, político, moral e científico) e do próprio sistema jurídico, ao identificar seus códigos e sua lógica. A adequada compreensão de seus conceitos, de forma recursiva, possibilita ao investigador, de posse desse instrumental, entender a relação do Direito com seu entorno, sob o código binário legal/ilegal, e como opera sua proteção às expectativas normativas.

Somente o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente, e ao decidir esta questão deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações. O Direito tem a característica única de processar, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de manter-se a si mesmas em situações de conflito. E, se não pode garantir que essas expectativas não serão violadas, de outra parte pode garantir que se mantenham como expectativas, ainda quando defraudadas.

A teoria dos sistemas permite uma leitura muito mais rica e embasada da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98. Uma dupla contingência se caracteriza muito claramente no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora, no contexto de empreendimentos arriscados. De um lado, o sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de uma forma que anteriormente se desconhecia. A preocupação com as atividades produtivas é realçada na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto ambiental para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando o lucro, é a contingência que oferece à sociedade.

Uma das consequências mais importantes da teoria da dupla contingência é o surgimento da confiança ou da desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado. Nesse contexto, confiança é a estratégia de maior alcance. A confiança reduz a complexidade

social. Desconfiança é a estratégia mais fortemente restritiva. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, por exemplo, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos.

A transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98. A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados, prevista no artigo 2º da Lei dos Crimes Ambientais. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação.

A responsabilidade dos superiores hierárquicos é, portanto, expressão de situação de dupla contingência, e derivado inequívoco da expectativa social de que aqueles que controlam a empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens nesta estrutura cerrada, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que seus subordinados cumpram as normas ambientais, e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que para tanto se reorganize a empresa, para que do exercício da atividade não advenham danos às pessoas ou ao meio ambiente.

O reforço complementar do Direito para garantir a confiança nesta situação de dupla contingência da atividade empresarial estimula aqueles que se encontram melhor posicionados no âmbito da organização para realizar as adaptações necessárias no sentido de que procurem estas soluções (se reorganizem) para cumprir a normativa ambiental, e, assim, previnam danos ambientais.

## REFERÊNCIAS.

AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia*. São Paulo: eBooks Brasil, 2003, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>, acesso em 23 de janeiro de 2021.

BAECKER, Dirk. ¿Por qué una teoría de sistemas? Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2 ed., Madrid: Siglo XXI, 2009.

CATTON JR., William R.. *Rebasados. Las bases ecológicas para un cambio revolucionario.* México D.F: Océano de México, 2010.

BARROS, Leme de *et al.* “Teoria dos Sistemas, Regulação e Direito Ambiental: Entrevista com Bettina Lange”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 6, 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación.* Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. “Direito e justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol. 29/2012, p. 379-404, jan-jun/2012, DTR\2012\44810.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sociología sistémica y política legislativa.* Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación.* Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ; Carlos. *Teoría de sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal.* Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación.* Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal.* Lima: Idemsa

HAMILTON, Clive. *Réquiem para uma espécie: por qué nos resistimos a la verdad sobre el cambio climático.* Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio.* 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”.* Lisboa: Edições 70, 2009.

HART, Herbert L.A.. *O conceito de Direito.* 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.

JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias / Hans Joas, Wolfgang Knobl.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

- KARGL, Walter. *¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoiético*. AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.
- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. 5 ed., México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores, em coedição com o Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, e com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, PNUMA, 2007.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. München, Wien: Olzog, 1981.
- LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin: . Duncker & Humblot, 1966.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 4 ed., Wiesbaden: VS Verlagen für Sozialwissenschaften. 2004.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho como sistema social*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.
- MEADOWS, Donella. *Los límites del crecimiento: edición 2012* / Donella Meadows; Jorgen Randers; Dennis Meadows. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012.
- MÜLLER-TUCKFELD, J. C. “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente.” Em: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra.

- NAREDO, José Manuel. *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*. Madrid: Siglo XXI.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia á prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968.
- PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2010.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yvone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed.. Buenos Aires: B de f, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B d f, 2008.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.
- TEUBNER, Gunther. "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". *International Journal of the Sociology of Law*, 12, 1984.



TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

## O SEGURO PARA AMPARO DE DESASTRES AMBIENTAIS COMO FERRAMENTA DE GESTÃO EMPRESARIAL

Roberta Corrêa Nascimento Van Loon<sup>157</sup>  
Plínio Lacerda Martins<sup>158</sup>

### INTRODUÇÃO

A escala dos danos ambientais pode alcançar cada vez mais indivíduos, sem respeitar qualquer tipo de barreira geográfica, podendo atingir os limites da irreversibilidade.

*A exposição a riscos ambientais está presente em variados ramos de atividades empresariais.* Em Minas Gerais, por exemplo, no ano de 2015, o distrito de Bento Rodrigues, município de Mariana, no Estado de Minas Gerais, Brasil, ocorreu o maior desastre socioambiental do país em atividades de mineração - o rompimento de uma barragem de extração de minério de ferro, o que ocasionou a morte de 19 pessoas. Bento Rodrigues, Mariana e alguns vilarejos próximos à região foram cobertos pelo mar de lama de rejeitos que chegou até o Rio Doce, bacia que abrange 230 municípios entre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo (IBAMA, 2016)<sup>159</sup>. Passados 4 anos, o Brasil vivenciou o rompimento de outra barragem de rejeitos, em Brumadinho, também no estado de Minas Gerais, um desastre ambiental que acarretou na perda de mais de 250 vidas humanas<sup>160</sup>.

No Brasil, os desastres com consequências ambientais têm crescido exponencialmente (DURÇO, 2001, p. 01). A conscientização da sociedade brasileira em relação aos desastres com consequências ambientais também está crescendo e, automaticamente, a tolerância em relação aos agentes causadores está diminuindo. Percebe-se, a existência de uma verdadeira sociedade de risco na qual os modelos convencionais de controle precisam

---

<sup>157</sup> Mestre pelo Programa Profissional em Defesa e Segurança Civil, Área de Concentração Planejamento e Gestão de Eventos Crítico – UFF-RJ/BR - Pós-Graduada em Gestão de Riscos e Seguros pela ENS/RJ - Especialista em Seguro. [roberta.nascimento12@gmail.com](mailto:roberta.nascimento12@gmail.com)

<sup>158</sup> Doutor Direito e Sociologia pela UFF-RJ/BR - Mestre em Direito pela UGF-RJ/BR - Professor de Direito do Consumidor da EMERJ e FGV-RJ/BR- Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense-UFF-RJ/BR - Professor do quadro permanente do Doutorado PPGDIN-UFF-RJ/BR- Promotor de Justiça Aposentado [pliniolacerda@terra.com.br](mailto:pliniolacerda@terra.com.br)

<sup>159</sup> Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>. Acesso:30 set.2020.

<sup>160</sup> Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento\\_de\\_barragem\\_em\\_Brumadinho](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho)

ser aperfeiçoados. Nesse contexto que colocação de uma apólice de Seguro de Dano Ambiental se enquadra como um relevante instrumento de proteção ambiental (POLIDO, 2005, p. 184).

O aumento do nível de preocupação organizacional quanto ao Meio Ambiente, influencia na decisão de incluir questões ambientais no planejamento estratégico das grandes organizações (DIAS, 2009, p.67.) A maior cobrança por parte dos indivíduos para que as empresas recompensem os impactos causados por suas ações, não apenas no meio social e econômico, mas no ambiente como um todo, e motivou as organizações a mudarem seus discursos (SILVA; SANTINELLI; MACHADO, 2012, p.98.).

*No que diz respeito à Legislação Ambiental, a Lei Federal nº 6938 - a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece: Artigo 14, § 1º, "...é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".*

No âmbito empresarial, as determinações do diploma legal supra, suscita, entre outros, a relevância das empresas elaborarem um plano de gerenciamento eficaz. O Seguro de Danos Ambientais se enquadra como uma ferramenta auxiliar nesse processo.

O empreendimento amparado pelo seguro de danos ambientais, de certa maneira, confere maior credibilidade, visto que transpassa a preocupação em buscar ferramentas e alternativas que colaborem com a responsabilidade de indenizar e restaurar eventuais danos ambientais que der causa.

As sociedades seguradoras que operam no ramo de Seguro Ambiental passam a atuar como aliadas dessas empresas, fortalecendo trocas colaborativas de técnicas que visam evitar a ocorrência de acidentes ambientais, ainda que as práticas de gestão ambientais não sejam por si, integralmente, suficientes de evitar todos os tipos de danos ambientais.

Ademais, as empresas que ressignificam sua relação e cuidado com o Meio Ambiente, ganham destaque em relação às variáveis ambientais, competitividade, mercado, lucro e conseqüente diminuição de seus passivos ambientais.

A busca pela sustentabilidade empresarial apresenta um novo modelo de gestão, onde a atuação em projetos de cunho social e ambiental interfere positivamente na imagem da organização, de onde se pode inferir que agrega valor à empresa, aumentando a competitividade e tornando-se uma vantagem competitiva sustentável (LINS apud ALENCAR, 2007).

## **1. O DANO AMBIENTAL**

Acerca da perspectiva de pesquisa de pretensão indenizatória, é imprescindível que se compreenda o sentido da palavra "dano". Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio.

O dano consiste na lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral (DINIZ, 2003, p.48).

Ao que concerne a conceituação do Dano Ambiental, Carvalho (2008) afirmou que, apesar de não existir um conceito legal aliado à uma construção doutrinária e jurisprudencial, é possível chegar a conclusões embasadas na Lei nº 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IX Fórum Ambiental da Alta Paulista, v. 9, n. 5, 2013, p. 95-103 [...]

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente. III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Mediante análise empreendida da lei brasileira, o dano ambiental pode ser compreendido como toda lesão intolerável causada ao meio ambiente (LEITE e AYLA.2019, p. 102). Pode-se concluir que o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem. Observe-se que, sob esta ótica, fica claro que o meio ambiente pode ser lesado diretamente, mas, ao final, ainda pode atingir valores individuais reflexos com o meio ambiente. Ressalte-se ainda que a norma brasileira tratou, no mesmo diploma, de forma integrada, tanto o dano ambiental diretamente causado como o causado indiretamente ao bem ambiental.

O dano ambiental afeta uma pluralidade difusa de vítimas, até quando, em determinados aspectos particulares, o dano ambiental venha a atingir somente alguns indivíduos, diretamente.

Com base nessa premissa, MILARÉ (2009, p. 868) comentou:

O dano ambiental, embora recaia diretamente sobre ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade pode, em certos casos, refletir-se, material ou moralmente, sobre o patrimônio, interesses ou a saúde de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL OBJETIVA

A denominada Responsabilidade Civil Ambiental Objetiva prescinde a culpa. Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 137).

No que tange à Responsabilidade Civil Subjetiva, TARTUCE (2017, p. 373) aluziu:

[...] responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na *teoria da culpa*. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

A Responsabilidade Civil Subjetiva envolve culpa (*strict sensu*) e dolo, conforme expressa SANTOS (2012):

Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa lato sensu, que envolve a culpa stricto sensu e o dolo. A culpa (stricto sensu) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência. Já o dolo é à vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

No âmbito da Responsabilidade Civil, por tudo que a problemática envolve, mostra-se que a responsabilidade aquiliana tradicional, subjetiva, baseada na culpa, é insuficiente para a proteção do ambiente (VENOSA, 2006, p. 205).

A Responsabilidade Civil Ambiental Subjetiva era prevalente no Código Civil (CC) de 1916, que vigou até 2003. Todavia, com o advento do CC de 2002, que passou a vigorar a partir de janeiro de 2003, a Responsabilidade Civil Ambiental Objetiva ganhou maior destaque. Assim assevera o professor Sérgio Cavalieri, “podemos afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva”.

Por meio do parágrafo único do artigo 927 do CC de 2002, a seguir transcrito, foi acrescida a Responsabilidade Civil Objetiva (ou teoria do risco) que atinge também o ato lícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano à outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A existência da relação de causa e efeito entre a atividade e o dano é o suficiente para se estabelecer a responsabilização. A indicação do nexo de causal é um dos elementos mais complexos da responsabilidade civil por danos ambientais, já que esta é atribuída independentemente de dolo ou culpa (STEIGLEDER, 2011, p. 171).

Neste sentido, se o liame entre a ação e a omissão for reconhecido, restar-se-á identificado o dano. O nexo de causalidade produz o dever de conferir um resultado danoso e verificar a extensão do dano que será imputado ao responsável. Ressalta-se, ainda, que na esfera ambiental, o Direito Ambiental não aceita as excludentes do fato de terceiro, de culpa da vítima e do caso fortuito ou força maior [...].

Se o evento ocorreu no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada sempre a hipótese de ação regressiva (BENJAMIN 2010, p. 156). No campo ambiental o que interessa é que o dano seja reparado.

### **3. SEGURO DE DANOS AMBIENTAIS**

A preocupação com o seguro ambiental surgiu no Brasil na década de 70, quando o mercado começou a buscar alternativas para “resolver a questão da subscrição dos riscos envolvendo danos ambientais” (POLIDO, 2002, p. 01).

O Seguro de Dano Ambiental é tido como uma ferramenta de gestão de risco (POLIDO, 2005). As seguradoras que operam com este segmento transformam-se na figura do agente de preservação ambiental, com interesse na melhor qualidade de vida do povo, na medida em que prestam, antes de tudo, serviço auxiliar ou quase concorrente ao Poder Público — na medida em que elas exigem condições mínimas de segurança para o desempenho das atividades a serem seguradas.

O Seguro de Dano Ambiental visa a garantir o recebimento de uma indenização que permita a reposição do ativo ambiental segurado, mediante o pagamento de um prêmio (MOTA, 2006, p.136). De acordo com POLIDO (2014 pag. 65), no âmbito do clausulado da apólice de Seguro de Dano Ambiental, de forma geral, são apresentadas as seguintes coberturas:

a) Danos e Perdas Cobertas - Custos e Despesas de Limpeza (clean up costs) dos locais afetados por uma Condição de Poluição Ambiental, inclusive os danos a bens naturais (fauna e flora, ecossistemas, habitats, etc.), sendo: (i) nos próprios locais segurados – (own-site clean up); e (ii) em locais externos – (off-site clean up).

b) Custos com a Defesa do Segurado em juízo ou mesmo no âmbito administrativo (perante Agências de Proteção ao Meio Ambiente, por exemplo).

c) Responsabilidade civil do Segurado perante Terceiros por danos materiais ou pessoais causados a pessoas determinadas ou a propriedades tangíveis em razão de uma Condição de Poluição Ambiental. Parcela de cobertura voltada ao risco tradicional de responsabilidade civil, também mantida no Programa.

d) Despesas com a Contenção de Sinistros - despesas razoáveis e necessárias, incorridas com o prévio consentimento da Seguradora, em relação às medidas necessárias e emergenciais ou ainda que tenham sido exigidas pela legislação ambiental, realizadas pelo segurado ou em seu nome a fim de evitar propriamente o sinistro, a partir de um fato ou circunstância ocorrida no local segurado, sem as quais os riscos cobertos pelo contrato de seguro seriam inevitáveis ou ocorreriam de fato.

e) Todas as coberturas incluem perda de uso ou perdas financeiras decorrentes, inclusive em relação aos bens não diretamente afetados por uma Condição de Poluição Ambiental.

f) A apólice pode incluir a cobertura, adicionalmente, para Locais de Depósito ou de Resíduos – com e sem controle do Segurado; Tanques Subterrâneos conhecidos do Segurado (os tanques desconhecidos usualmente já estão abrangidos pela cobertura básica da apólice); Responsabilidade Subsidiária do Segurado pelos Transportes de Produtos ou Bens de sua propriedade – em meios de transportes sem controle do Segurado.

Os riscos excluídos podem variar de uma Seguradora para a outra, segundo a política de subscrição de cada uma delas. Embora apresentem uma base comum neste tipo especial de seguros, cada clausulado deve ser analisado meticulosamente sob esse aspecto, de modo a verificar o grau de cobertura oferecido por um e por outro (POLIDO, 2014, p. 13).

#### **4. SEGURO DE DANOS AMBIENTAIS INSERIDO NA GESTÃO EMPRESARIAL**

A busca por um desenvolvimento sustentável atribui importantes obrigações às empresas, aos governos e a outras instituições.

A questão ambiental é um tema obrigatório nas agendas empresariais, pois a materialização de um dano ambiental compromete a presente e as futuras gerações, bem como a qualidade de vida dos seres vivos do planeta (MACHADO, 2012 p.56).

A discussões acerca do tema “Seguro de Danos Ambientais” são fundamentais para que a empresa possa melhor conviver com as consequências dos riscos, muitos dos quais criados por ela própria.

Os danos ambientais podem gerar sérias consequências às empresas (RIBEIRO, 2000, p. 15). Assim, a pauta ambiental é atualmente condicionada pela pressão das regulamentações, pela busca de melhor reputação, pela pressão de acionistas, investidores e bancos para que as empresas reduzam o seu risco ambiental, pela pressão de consumidores e pela própria concorrência.

Os passivos ambientais podem ser atenuados com a contratação de Seguros Ambientais (GREEN, 2002, p. 28) .

As companhias de seguros têm interesse financeiro em prevenir acidentes e minimizar seus efeitos, caso ocorram. E as empresas seguradas procuram diminuir o seu passivo ambiental com pagamento de prêmios que asseguram em caso de possíveis regulamentações ambientais. (MINC, 2002, p.17).

A expansão da consciência coletiva com relação ao Meio Ambiente e a complexidade das atuais demandas sociais e ambientais que a comunidade repassa às organizações, induzem a um novo posicionamento por parte dos empresários e executivos em face de tais atuais questões (TACHIZAWA, 2004 p.87).

Há basicamente três razões para que as empresas tenham buscado melhorar a sua performance ambiental:

- i. O regime regulatório internacional está mudando em direção à exigências crescentes em relação à proteção ambiental;
- ii. O mercado está mudando (tanto de fatores quanto de produtos);
- iii. O conhecimento está mudando, com crescentes descobertas e publicidade sobre as causas e consequências dos danos ambientais (ROSEN, 2001)

A partir dessa visão global, o Seguro Ambiental surge como instrumento, juntamente com políticas públicas explícitas e compromissos empresariais firmes, que constituem uma caixa de ferramentas, se convenientemente utilizadas, podem prevenir a formação de passivos ambientais das empresas” (SÁNCHEZ, 2001, p. 193).

O Seguro de Danos Ambientais contribui para a continuidade da atividade empresarial, pois é uma maneira de prevenir futuros passivos ambientais que possam levar às



empresas a dificuldades financeiras e até mesmo a eventual falência, em caso de um desastre ambiental.

Por meio de uma apólice de Seguro Ambiental as empresas estarão garantidas por um mecanismo imediato para disponibilidade de valores, a fim de resolver questões imediatas que permeiam em recompor danos e perdas e ajudar a comunidade do entorno da empresa, no que tange a ressarcimento decorrentes de um desastre ambiental.

## CONCLUSÃO

É certo que os riscos não são uma invenção moderna (BECK, 1944 pg.89). Todavia, a questão ambiental é uma realidade que faz parte definitivamente das empresas modernas. Não se trata de um tardio despertar de consciência ecológica dos empresários e gestores, mas uma estratégia de negócio. Os impactos do risco atingem não somente as organizações como, assim assevera (BECK, 1944 ).

A relação entre o mundo dos negócios e o Meio Ambiente demanda boas técnicas administrativas e habilidade organizacional, a fim de que as empresas, potenciais a poluir, alcancem a aprendizagem necessária para transformar suas estratégias ambientais em vantagens competitivas.

As escolhas estratégicas que as empresas fazem quanto a serem mais ou menos ativas dependem, pelo menos em parte, da interpretação e consideração que os gestores posicionam e relevam a questão ambiental; se como uma oportunidade ou um risco, um investimento ou um custo.

Como abordado supra, o Seguro de Danos Ambientais funciona como uma resposta ao risco. As preocupações ambientais, quando internalizadas nas empresas, vincula-se, cada vez, a ambiente competitivo e a seus condicionantes.

## REFERÊNCIAS

(Brasil) Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981 – Política Nacional do Meio Ambiente.

ALENCAR, Luana. *Indicadores de sustentabilidade e sua relação na mensuração da competitividade empresarial*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

BENJAMIN, H. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. In: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A (Org.). *Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DURCO, Roberto. Desastres Ecológicos: seguro ambiental. *Revista APMP*, São Paulo, p. 49-53, dez./ fev. 2001
- FAURE, Michel G. e GRIMEAUD, David. *Financial Assurance Issues of Environmental Liability*, 125, 148, 196, 2000;
- GREEN, Paula L. Insurance cleans up the balance sheet. *Global Finance*, New York, v. 16, n. 6, p. 27-28, jun. 2002
- LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MILARÉ, É. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MACHADO, A. de Q. *Licenciamento Ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do BR*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- MOTA, J. A. *O valor econômico da natureza: economia e política dos recursos naturais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- MINC, Carlos. *A linguagem da prevenção*. *Revista Cadernos de Seguro*. Rio de Janeiro, p. 13-18, mai. 2002.
- POLIDO, W. Seguros para riscos ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROSEN, C. M. *Environmental strategy and competitive advantage: introduction*. *California Management Review*. Berkeley, Haas School of Business. v.43, spr. 2001.
- SÁNCHEZ, Enrique Luis. *Desengenharia*. São Paulo: Edusp, 2001.
- SILVA, S. S.; SANTINELLI, F.; MACHADO, J. C. Sustentabilidade e questões ambientais, sociais e econômicas nos discursos das empresas estatais de minas gerais. In: Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social, 7., 2012, Belém. *Anais...* Belém: Enapegs, 2012. p. 795-809
- SANTOS, PABLO P.S. *Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>. Acesso em: 20 nov/2020.
- STEIGLEDER, A. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ULRICH, Beck. *Sociedade de Risco rumo a uma outra modernidade*. São Paulo - Ed. 34, 2010.
- VENOSA, S. S. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, F. *Manual de direito civil: Volume Único*. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

TACHIZAWA, T. - *Gestão Ambiental e Responsabilidade Social Corporativa*. 5 ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

## DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO PÚBLICO – ALGUMAS PROPOSTAS

*José Ricardo Parreira de Castro*

### INTRODUÇÃO

Embora não se trate, nos dias de hoje, de uma novidade no campo hermenêutico, a teoria do Diálogo das Fontes – introduzida no direito brasileiro pela Prof. Cláudia Lima Marques, a partir da obra do Professor alemão Erik Jayme – ainda encontra larga aplicação no dia-a-dia, principalmente no âmbito do Direito Privado. Destarte, a teoria ganhou larga aplicação no Brasil a partir de sua utilização para harmonizar a disciplina contratual do Código Civil de 2020 (Lei nº 10.406/02) com os termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A partir daí, a teoria do Diálogo das Fontes ganhou novas aplicações, principalmente no âmbito do Direito Privado, mas, evidentemente, não se limitando a este. Assim sendo, o presente trabalho visa apontar temas que poderiam se beneficiar da aplicação da teoria do Diálogo das Fontes, no âmbito do Direito Público, e para além de setores (como o Direito Tributário e o Direito Processual) nos quais a aplicação da citada teoria já encontrou guarida.

No primeiro capítulo, buscaremos apresentar os antecedentes epistemológicos que fazem surgir a necessidade e dão suporte à teoria do Diálogo das Fontes, para, na sequência apresentar como a Professora Cláudia Lima Marques introduziu dita teoria hermenêutica no Direito Brasileiro, a partir de suas considerações acerca da comunicação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. Vale destacar que a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes não nega a premissa de unidade do Direito. Antes, como se verá, tal teoria reforça a citada unidade.

No capítulo seguinte, após apresentarmos alguns exemplos de aplicação da teoria do Diálogo das Fontes em ramos do Direito Público, buscaremos apresentar três outras situações nas quais a utilização de tal teoria hermenêutica poderá ser útil, permitindo ao exegeta atingir melhores resultados a partir da atividade interpretativa. Por fim, apresentaremos nossas conclusões acerca do tema, sem a pretensão, evidentemente, de esgotar as possibilidades de aplicação da teoria do Diálogo das Fontes, as quais, é importante que se diga desde já, se multiplicam e se espalham na mesma medida em que se expande as fronteiras do Direito.

## 1. ANTECEDENTES EPISTEMOLÓGICOS – PÓS-MODERNIDADE E “EXPLOSÃO” LEGISLATIVA

O Direito, sendo produto do gênio humano, necessariamente se insere no quadro, mais amplo, da epistemologia filosófica e do contexto cultural de seu tempo. Isso vale não só para os valores e princípios jurídicos, cuja ponderação, no momento da criação dos atos legislativos e judiciais, leva em consideração os pesos relativos destes valores e princípios em cada fato social a ser regulado, mas também no âmbito da hermenêutica jurídica, e da sua metodologia específica, que pode – deve – receber aportes teóricos e práticos do contexto cultural circundante.

É justamente o nosso contexto cultural atual – a Pós-Modernidade – que fornece os valores necessários a justificar a possibilidade de diversas fontes do Direito “*conversarem*” entre si, já que, consoante Erik Jayme, “O ponto de encontro entre a cultura pós-moderna e o direito são os valores que têm em comum (...)”<sup>161</sup>. Para o citado autor, seriam quatro os elementos (ou valores) da cultura pós-moderna que justificariam a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes: o **pluralismo**, a **comunicação**, a **narração** e o **retorno aos sentimentos**. Tais conceitos são assim definidos:

O primeiro deles, já mencionado, é o pluralismo (*Pluralismus*). Não apenas o pluralismo de formas, mas também de estilos. E também de estilos de vida, é a ideia de autonomia em escolher seu próprio modo de vida. O mundo pós-moderno é caracterizado por um ‘direito a diferença’ (*droit à la différence*), para citar a expressão do senhor professor R.-J. Dupuy, (...)

O segundo valor: o mundo pós-moderno é caracterizado pela comunicação (*Kommunikation*) e por não ter mais fronteiras. De outra parte, não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informação e imagens, mas também a vontade (*Wille*) e o desejo (*Wunsch*) de se comunicar dessas pessoas. Esse desejo emerge como valor comum.

A terceira característica é a ‘narração’ (*Narration*): comunicar é também descrever, contar, narrar, observe-se o já alto nível da arte figurativa.

O quarto valor é o retorno dos sentimentos (*le retour des sentiments, Rückkehr der Gefühle*), algumas vezes descrito em um sentido pejorativo, como emergência de um novo irracionalismo. Podemos, porém, constatá-lo em relação à identidade cultural, que pode conduzir a conflitos culturais, baseados em um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural, de sua religião e de todas as outras expressões do individualismo.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna, in **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, vol. 1, nº 1, 2003, p. 106.

<sup>162</sup> JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna, in **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, vol. 1, nº 1, 2003, p. 106-107.

Nestes quatro diferentes valores, selecionados por Erik Jayme em sua preleção sobre o Direito Internacional Privado, já se percebe o embrião da teoria do Diálogo das Fontes, cuja aplicação se dá, justamente, diante de uma pluralidade de normas, que se “*comunicam*” e “*narram*”, umas para as outras, e todas para o intérprete, suas respectivas “*identidades*” (isto é, os valores e princípios jurídicos que fundamentam tais normas).

Tal se dá em face da insuficiência dos critérios clássicos de solução de conflitos entre normas (critérios temporal, de especialidade e hierárquico)<sup>163</sup>, os quais não dão conta dos desafios postos aos exegetas do Direito por outro fenômeno da Pós-Modernidade: a “*explosão*” legislativa, caracterizada pela multiplicação massiva de atos normativos sobre os mais variados assuntos, e com os mais variados graus hierárquicos. Este verdadeiro “*Big Bang legislativo*”<sup>164</sup>, por certo, coloca em risco a própria ideia do ordenamento jurídico como sistema<sup>165</sup>. Vale dizer: a edição excessiva e fragmentada de atos legislativos, cada qual com a sua *ratio* específica, termina por ameaçar tanto a **coerência** como a **unidade** do sistema jurídico<sup>166</sup>.

Diante deste risco de “*quebra*” da índole sistemática do ordenamento jurídico, são necessários aportes teóricos que, respeitando o contexto cultural da Pós-Modernidade, permitam ao exegeta preservar tanto a coerência do sistema jurídico (central, não para sua validade, mas para sua justiça)<sup>167</sup>, como a sua unidade. É o caso, justamente, da teoria do Diálogo das Fontes.

<sup>163</sup> Acerca destes critérios, veja-se, por todos, BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 6ª Ed. Brasília: Editora UNB, 1995, p. 91-97. Cumpre ressaltar que a questão relativa à insuficiência destes critérios para a solução das eventuais antinomias jurídicas já é abordada por Bobbio na obra mencionada.

<sup>164</sup> Para usar a expressão consagrada por Ricardo Luis Lorenzetti, e mencionada por Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, in TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor – Direito Material e Processual**, 6ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2017, p. 17.

<sup>165</sup> Quanto ao tema, vale citar excerto de Francisco de Assis Macedo Barreto, o qual, abordando a obra de Canaris, ensina que: Apurando qual é a função da ideia de sistema na Ciência do Direito, Canaris propõe dois pontos de partida: o primeiro, um conceito geral ou filosófico de sistema e, o segundo, a tarefa que o sistema possa desempenhar na Ciência do Direito. Nessa tarefa, socorre-se de Kant, Eisler, Savigny, Hegler, Stoll, e Coing, detectando dois fatores ou duas características em comum das definições: a ordenação e a unidade, estabelecendo-se entre elas uma ‘relação de intercâmbio’. Expende que a ordenação exprime um ‘estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível e fundado na realidade, enquanto a unidade impede singularidades desconexas, dispersas, mas as reconduz a ‘uns quantos princípios fundamentais’ (...). BARRETO, Francisco de Assis Macedo, **Observações sobre o Sistema Jurídico na Ótica de Claus-Wilhelm Canaris**, in PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos; MARTINS, Plínio Lacerda (Orgs.), **Hermenêutica Jurídica**. Londrina: Engenho das Letras, 2020, p. 236.

<sup>166</sup> Acerca da importância da ordem e da unidade, tanto para o conceito geral de sistema, como, especificamente, para o conceito de sistema no âmbito da Ciência do Direito, veja-se CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

<sup>167</sup> A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência de justiça (que corresponde ao valor da igualdade), in BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 113.

## 2. DO DIÁLOGO DAS FONTES – PLURALISMO DE FONTES, MAS UNICIDADE DO DIREITO

Com a finalidade de abarcar as múltiplas referências legislativas – as “fontes” do Direito – muitas das quais podem simplesmente se aplicar, ao mesmo tempo, à uma mesma situação concreta (impedindo, na prática, um juízo de subsunção e, ao mesmo tempo, invalidando os critérios clássicos de solução de antinomias), Erik Jayme propõe, para o âmbito do Direito Internacional Privado, a possibilidade de “*Diálogo das Fontes*”, isto é, de variadas possibilidades de coordenação entre os diversos dispositivos legais porventura aplicáveis ao caso concreto, como condição para a manutenção da eficiência e da justiça do Direito, encarado como sistema. Alberto do Amaral Junior, abordando a teoria do Diálogo das Fontes ainda no âmbito do Direito Internacional Privado, aduz o seguinte:

No Curso Geral ministrado na Academia de Haia, em 1995, Erik Jayme enfatizou que a pluralidade das fontes, própria do direito pós-moderno, requer a coordenação das leis no interior do sistema jurídico. Esta é uma condição para a eficiência e a justiça numa época marcada pela tendência de se legislar sobre matérias as mais variadas, muitas vezes convergentes, tanto no direito interno quanto no direito internacional.

A doutrina mais recente não esconde a intenção de buscar a harmonia entre as normas, solução preferida à mera exclusão de uma delas pelos critérios tradicionais para a resolução das antinomias. Trata-se, pois, da ‘coerência derivada ou restaurada’, necessária para a eficiência funcional do sistema plural e complexo dos nossos dias. Erik Jayme não abdica do labor secular dos juristas para resolver as antinomias, mas sugere um segundo método, a coordenação das fontes, que deve coexistir com as soluções tradicionais. (...)<sup>168</sup>

Como se pode ver, trata-se de teoria hermenêutica com ampla aceitação no âmbito do Direito Internacional Privado, já que este se caracteriza tanto pela pluralidade de normas (multiplicidade de tratados, alguns internalizados, e outros não) como pela pluralidade de fontes (já que as diversas jurisdições terão suas próprias regras de conexão, as quais, normalmente, irão diferir umas das outras).

Sem embargo de sua aplicação no âmbito do Direito Internacional Privado, a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes encontrou ampla guarida no Direito Privado “*interno*” nacional, mais exatamente como “*meio de intercomunicação*” entre diversos diplomas

<sup>168</sup> JUNIOR, Alberto do Amaral. O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. Anuário Brasileiro de Direito Internacional – *Brazilian Yearbook of International Law – Annuaire Brésilien de Droit International*. Belo Horizonte, v. 2, n.3, 2008, p. 17.

jurídicos. A lição seminal é proveniente da Prof. Cláudia Lima Marques, que propôs a aplicação da referida teoria hermenêutica para permitir a comunicação entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02). Isto porque, quando da promulgação do Código Civil de 2002, dúvidas surgiram quanto à natureza da relação entre os dois diplomas: (i) se o Código Civil de 2002, por ser norma posterior, teria o condão de revogar o Código de Defesa do Consumidor; (ii) se seria possível a manutenção da vigência do Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002, diante da especialidade do primeiro, relativamente ao segundo; (iii) se em face da pretensão de unidade do Código Civil de 2002 (isto é, da unificação entre as obrigações civis e as obrigações comerciais), a sua relação com o Código de Defesa do Consumidor seria de outra natureza.

Olhando a questão a partir do paradigma sociológico da pós-modernidade, e à luz dos quatro valores desta época, tal como propostos por Erik Jayme, Cláudia Lima Marques estabelece um novo paradigma para tratar das antinomias, em paralelo com os métodos clássicos de solução dos mesmos (temporal, de especialidade e hierárquico). Consoante a referida autora:

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a micro-recodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está a procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*‘cohérence derive ou restaurée’*), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.

Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *‘droit à la différence’* (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluída, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a *superação* de paradigmas foi substituída pela *convivência ou coexistência dos paradigmas*, como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da ideia de ‘incorporação’, como bem expressa o art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campo de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral, diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.<sup>169</sup>

<sup>169</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Da Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**, in Revista da ESMESE, nº 07, 2004, p. 43.



Posto o paradigma da pós-modernidade, e suas consequências, a citada autora prossegue, explicitando como a teoria hermenêutica inaugurada por Erik Jayme pode ser aplicada relativamente ao diálogo entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil:

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua ‘ratio’, a finalidade visada ou ‘narrada’ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva. (...) <sup>170</sup>

Diante disto, Cláudia Lima Marques propõe três modalidades de diálogo possíveis entre o CDC e o Código Civil: (i) um diálogo sistemático de coerência; (ii) um diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade e (iii) um diálogo de coordenação e adaptação sistemática <sup>171</sup>. Tais conceitos de diálogo são bem explicitados por Guilherme Martins, ao abordar a temática pelo ângulo dos contratos de seguro:

Em primeiro lugar, o diálogo de coerência se caracteriza pelo fato de uma lei poder servir de base conceitual para outra. O Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos do contrato de seguro, permitindo a interpretação e aplicação do direito do consumidor. Ocorre a aplicação simultânea de ambas as leis, geral (Código Civil) e especial (Código de Defesa do Consumidor).

A partir da segunda espécie, o chamado diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, uma lei pode complementar a atuação da outra, no caso concreto, de maneira complementar. Não se afasta simplesmente a aplicação de uma das leis, mas, sim, se utiliza a principiologia que se encontra expressa em uma delas, inclusive às relações reguladas pela outra lei, à medida que adequada aos fundamentos de cada sistema. (...)

Já o diálogo de coordenação e aplicação sistemática pressupõe a possível redefinição no campo de aplicação de uma lei, admitindo-se, em situações concretas, a transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da *praxis* do direito do consumidor para a interpretação e aplicação do Código Civil,

<sup>170</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Da Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**, in Revista da ESMESE, nº 07, 2004, p. 44.

<sup>171</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Da Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**, in Revista da ESMESE, nº 07, 2004, p. 45-46.

seja na aplicação construtiva da boa-fé objetiva, ou no âmbito da responsabilidade civil.<sup>172</sup>

Veja-se, pois, que a finalidade da teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes é justamente suprir uma “*lacuna*” existente, na gama de métodos interpretativos aptos a fornecer ao intérprete soluções diante de antinomias (reais ou aparentes), para além do simples afastamento de uma ou outra norma, por força dos já mencionados critérios clássicos de superação de antinomias. Não se trata aqui, por certo, de “*fragmentar*” a interpretação das normas jurídicas, ou mesmo de proceder à uma exegese “*seletiva*”, encontrando, nas diversas normas passíveis de interpretação, o sentido que “*melhor atenderia*” aos interesses do intérprete.

Ao contrário: busca-se, com a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes, promover a unidade do ordenamento jurídico: ainda que não se possa afirmar, diante do evidente “*desfile*” de normas jurídicas que passam, diariamente, diante de nossos olhos, que há uma unidade **externa** ao ordenamento jurídico, pode-se afivelar que o ordenamento jurídico deve (*rectius*: precisa) manter uma coesão e uma coerência **internas**, relativas à sua própria estrutura. Francisco de Assis Macedo Barreto, ao lidar com a **ordenação interior** do direito, e apoiando-se em Canaris, leciona que:

A ordenação sistemática, ou adequação valorativa, ou ordem interior (*wetungsmässige Fogerichtigkeit*), é a adequação intrínseca de uma ordem normativa objetivando que os valores sejam realizados fundada na ‘natureza das coisas’, ou seja, no mundo real, estruturada sob uma organização racional intrínseca. Por ela se permite uma dimensão aparente do sistema. Já a segunda característica da chamada de unidade interior da ordem jurídica (*innere Einheit der Rechtsordnung*) modifica o que resulta já da ordenação, por ‘não permitir uma dispersão numa multiplicidade de singularidades desconexas, antes devendo deixa-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais (CANARIS, 2008, p. 21) ou ‘critérios gerais relativamente pouco numerosos’ (p. 21). No dizer de Coelho (1995, p. 18), a unidade ‘representa a articulação de conteúdo prevalente do Direito em torno de valores superiores, constitutivos do conteúdo dos princípios básicos do sistema (ou subsistema) jurídico’. O Direito tem de conectar-se intrinsecamente, impedindo a dispersão ‘numa multiplicidade de valores singulares desconexos, donde a funcionalidade da unidade interior – a amarração dos princípios em um feixe – traduz-se em permitir que haja um direcionamento do sentido para onde o sistema caminha’.<sup>173</sup>

<sup>172</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil do Segurador – Diálogos entre o Código Civil e o Código do Consumidor**, in Revista de Direito do Consumidor, nº 79, São Paulo: Thomson Reuters, 2011, p. 128-129.

<sup>173</sup> BARRETO, Francisco de Assis Macedo, **Observações sobre o Sistema Jurídico na Ótica de Claus-Wilhelm Canaris**, in PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos; MARTINS, Plínio Lacerda (Orgs.), **Hermenêutica Jurídica**. Londrina: Engenho das Letras, 2020, p. 253-254.

A preservação desta unidade, desta coerência interna, deve ser meta e finalidade de todo e qualquer método hermenêutico, e com a teoria do Diálogo das Fontes não é diferente: sua finalidade é permitir que os princípios e valores subjacentes às regras de Direito (a parte “*narrativa*” da regra, como diria Erik Jayme) se comuniquem e atuem em conjunto, de molde a manter a coerência interna do sistema. Do contrário, teríamos de admitir ser possível ao Direito estabelecer a incidência, ao mesmo tempo, e para uma mesma circunstância, dois ou mais princípios, completamente contraditórios entre si.

Assim sendo, e considerando que a teoria do Diálogo das Fontes é um método hermenêutico, mostra-se evidente que sua utilização não deve ficar restrita ao Direito Privado<sup>174</sup>, podendo ser estendida aos diversos ramos do Direito Público. É o que veremos agora.

### **3. POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO PÚBLICO**

Como afirmamos anteriormente, não se deve partir do pressuposto que a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes deva ser um “*monopólio*” do Direito Privado, isto é, de que tal teoria somente encontraria abrigo e utilidade quando interpretamos normas relativas às relações havidas exclusivamente entre particulares, ou que somente digam respeito aos interesses destes últimos. Na verdade, a teoria do Diálogo das Fontes encontra ampla guarida também nas relações de Direito Público, até mesmo porque estas mostram tanto (ou até maior) potencial para eventuais antinomias do que as normas de Direito Privado. Vale a pena ilustrar a questão com alguns exemplos.

No âmbito do Direito Tributário, Jonathan Doering Darcie defende a aplicação da teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes, aduzindo que:

A teoria do diálogo das fontes nasce, por um lado, com a missão de proporcionar aos ordenamentos jurídicos modernos um caminho para o equacionamento das crises de certeza na aplicação e interpretação do direito positivo. Vocacionado para a coordenação de colisões entre atos normativos, o método pretende a superação das máximas tradicionais do jovem positivismo – os critérios de hierarquia, temporalidade e generalidade -, pelas quais as fontes se excluíam, defendendo a realização de diálogos entre elas, os quais deverão ser, em todo caso, iluminados por valores humanitários e

---

<sup>174</sup> Até mesmo porque, tirando a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, oriunda do Direito Romano, as demais “*divisões*” que observamos no Direito são estritamente pedagógicas, visando facilitar o entendimento. Na verdade, o Direito é um só, uno e indivisível.

pelo ímpeto de concretização de direitos fundamentais. Um diálogo entre fontes, no modo como ideado por seus criadores é, portanto, um método para promoção de direitos humanos e fundamentais através da coordenação entre fontes jurídicas.

Esse cariz do diálogo das fontes não nos deixa dúvidas sobre todo o seu potencial como metodologia participante das bases da teoria geral do direito. Ainda que nascido na cercadura do direito internacional privado e portado de princípio ao direito do consumidor, são inúmeros os exemplos, já hoje, de áreas do direito que tem obtido grandes resultados através da aplicação do diálogo das fontes em seus âmbitos.

Como intencionamos demonstrar, especialmente o direito tributário, vítima da superprodução de atos normativos, da inexatidão e da incerteza nos relacionamentos internos de suas normas e externo com os demais âmbitos com que deve se conectar, é palco vasto para aplicação da teoria do diálogo das fontes. Uma vez reconhecido que o direito tributário está determinado por uma bipolaridade axiológico-normativa, formado que é pela comunhão de interesses público-fiscais – o direito tributário em sentido estrito – e do indivíduo – o direito tributário de defesa -, concentrando nessa última faceta todo o seu regramento relacionado à garantia de direitos fundamentais, é aqui, nessa dimensão garantista do direito tributário, que o diálogo das fontes encontra espaço para exercitar sua natural inclinação para a coordenação axiologicamente orientada.<sup>175</sup>

Ainda na seara tributária, Juciléia Lima aduz ser possível aplicar o Diálogo das Fontes para aplicar dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 aos processos de execução fiscal, regidos pela Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execuções Fiscais. Diz a autora que *“Nessa perspectiva, a teoria do Diálogo das Fontes corrobora para entendermos que a ideia de um microsistema processual fiscal, a aplicação exclusiva da LEF por ser lei especial e posterior, está superada e merece ser desprezada. Entendemos ser necessário buscar o diálogo entre as duas leis – o CPC/2015 e LEF – e assegurar a conformidade constitucional”*<sup>176</sup>.

Além disto, em exemplo que bem demonstra a fluidez da “*fronteira*” entre os Direitos Público e Privado, vale trazer a baila a lição de Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, acerca da aplicação do Diálogo das Fontes no Direito do Trabalho:

O Direito e o processo do trabalho gozam de inegável autonomia científica. A teoria do diálogo das fontes proporciona a coordenação de normas conflitantes no sistema jurídico e em função dos valores e princípios constitucionais especialmente na realização e efetividade dos direitos fundamentais.

É imperioso ressaltar que o desenvolvimento desse diálogo deve observar um sentimento de progressividade. Ele não refreia a interpretação judicial que promove cada vez mais a autonomia na disciplina na qual se insere o conflito

<sup>175</sup> DARCIE, Jonathan Doering. **Diálogo das Fontes e o Direito Tributário**, in Direito e Democracia, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 85-86.

<sup>176</sup> LIMA, Jucileia. **Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a sua Aplicabilidade na Execução Fiscal à Luz da Teoria do Diálogo das Fontes**. Revista Direito Tributário Atual, n.44. p. 213-237. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2020. Quadrimestral

de interesses e nem a promoção dos valores e sentidos constitucionais que pairam sobre a apreensão do sentido da norma para o caso concreto.

O diálogo das fontes não assume e não quer assumir, pois não faria sentido interpretativo, que a norma conflitante promovesse a colonização ou a submissão da norma originária, pois assim estaríamos promovendo métodos hermenêuticos de superação ou derrogação de uma das normas, hipótese que, como já acentuado ao longo do trabalho, realmente se afasta do método do diálogo das fontes.

A coordenação entre normas é o traço distintivo. Mas esse traço visa à harmonia do sistema, à cooperação entre elas, como se realizassem um movimento flexível de adaptação para a promoção dos valores e princípios constitucionais a partir de um arcabouço infraconstitucional pertinente e concordante. Os conflitos se harmonizam a partir da necessidade de operacionalizar-se o sistema e dinamizá-lo, o que afasta a ideia de que se supere os fundamentos e a autonomia da disciplina que, digamos assim busca o diálogo em outras fontes<sup>177</sup>.

Por fim, especificamente no âmbito do Direito Processual, há a possibilidade de aplicação do Diálogo das Fontes para sistematizar as normas relativas aos processos coletivos. Valtair Loureiro, ao tratar da questão, indica que:

Embora seja reconhecida a existência de um microsistema processual coletivo por boa parte da doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça, o grande desafio tem sido a sistematização dos instrumentos legais coletivos a partir das normas neles constantes como instrumento capaz de dar efetividade a tutela do patrimônio público.

Todas as normas do microsistema processual coletivo se relacionam, mas podemos identificar normas que constituem, que forma o núcleo essencial de tutela do patrimônio público, sendo elas: a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Ação Popular e a Ação Civil Pública. Também vale menção a Lei 12.846/2013, publicada no dia 02/08/2013, em vacatio legis de 180 dias após publicação, que dispõe a responsabilizar administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

O diálogo das fontes se mostra como método adequado para interpretação e integração do microsistema coletivo, pois a partir do diálogo das leis se busca a solução mais adequada ao caso concreto, ou seja, a solução do problema a partir da coordenação entre as leis, de maneira que se permita a concretização dos princípios informadores da tutela do patrimônio público, que inclusive tem previsão constitucional. Portanto, os direitos fundamentais a serem protegidos seriam o da conservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, que constituem em suma, o direito fundamental à boa administração pública.<sup>178</sup>

<sup>177</sup> MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. **A teoria do diálogo das fontes e o direito processual do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 2, p. 12-25, 2017.

<sup>178</sup> LOUREIRO, Valtair Lemos. **O Diálogo das Fontes como método integrativo do Microsistema Processual Civil Coletivo de tutela do patrimônio público**, in Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line], CONPEDI/UNINOVE (orgs.), Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 201.

Como se pode ver, uma aparente vantagem do Diálogo das Fontes é sua flexibilidade, isto é, sua aparente aptidão para aplicação em diversos ramos do Direito, sejam mais voltados à regulação das relações privadas, sejam mais voltados à regulação das relações públicas, já que a ideia de coordenação entre as diversas normas que compõem um determinado plexo jurídico (noção que está no núcleo da teoria) pode ser aplicada a qualquer conjunto de normas jurídicas.

Cabe-nos, agora, apontar alguns outros conjuntos de normas jurídicas que podem se beneficiar da aplicação da teoria do Diálogo das Fontes. Vale destacar que selecionamos estes pequenos conjuntos de normas tendo em vista, de um lado, a possibilidade de aplicação prática da teoria no dia-a-dia dos exegetas, e, de outro, a escassez de exemplos de aplicação do Diálogo das Fontes relativamente aos temas a seguir mencionados.

### **3.1. No âmbito das licitações – há um sistema de contratações públicas?**

Um primeiro plexo de normas jurídicas que poderia se beneficiar da aplicação da teoria do Diálogo das Fontes diz respeito aos processos de compras de bens e contratações de serviços feitos pelo Poder Público. Vale dizer: advogamos aqui a possibilidade de aplicação do Diálogo das Fontes no plexo normativo referente às licitações públicas, cuja disciplina emana do art. 37, XXI<sup>179</sup> da Constituição da República.

O dispositivo constitucional foi, em um primeiro momento, regulamentado pela Lei nº 8.666, de 1993, sendo esta considerada a “*norma geral*” em termos de licitações e contratos com a Administração Pública. Na sequência, veio à lume a Lei nº 8.987, de 1995, disciplinando as concessões e permissões de serviços públicos, sendo certo que, neste último diploma, há capítulos integralmente dedicado às licitações e aos contratos, estabelecendo, a par do já disposto na Lei nº 8.666/93, regras relativas ao edital de licitação e ao próprio contrato administrativo.

Não muito tempo depois, sobreveio a Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu a modalidade licitatória do pregão, ao lado das modalidades criadas pela Lei nº 8.666/93. Vale

---

<sup>179</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

destacar que, na Lei nº 10.520/02, houve o reconhecimento expresso da aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 como “*norma geral*”, como se extrai do art. 9º<sup>180</sup> do citado diploma. Aqui, pois, o reconhecimento do próprio legislador quanto às possibilidades de diálogo entre a legislação geral (a Lei nº 8.666/93) e a legislação especial (a Lei nº 10.520/02).

Como a realidade da Administração Pública é também dinâmica (já que, ao fim e ao cabo, acompanha as necessidades da sociedade), no ano de 2004 foi promulgada a Lei nº 11.079, que trata das licitações e contratações relativas às Parcerias Público-Privadas (PPPs). Estas parcerias, embora sejam de natureza jurídica contratual, contém inúmeras peculiaridades, e isto resultou na necessidade de observância de dispositivos da Lei nº 8.987/95<sup>181</sup>, da Lei nº 8.666/93<sup>182</sup>, e até mesmo de legislação que, à uma primeira vista d’olhos, não seria aplicável ao plexo normativo referido, como é o caso da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>183</sup>.

Na mesma toada, a Lei nº 11.107, de 2005, ao instituir os chamados consórcios públicos, procedeu às alterações significativas na própria Lei nº 8.666/93, relativamente aos limites para contratação direta por dispensa de licitação (aumentando, *in casu*, os valores de alçada para os consórcios públicos realizarem contratações diretas de bens/serviços por meio de dispensa de licitação). Em 2006, com a Lei Complementar nº 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), a Lei nº 8.666/93 é alterada, de molde a permitir certas preferências legais em prol das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Em 2010, novas alterações na Lei nº 8.666/93, operadas pela Lei nº 12.349, tiveram por objetivo insculpir na legislação normas visando promover o desenvolvimento nacional sustentável (já que as compras do setor público podem, reconhecidamente, servir como “motor” do desenvolvimento nacional). Em 2011, em preparação para os grandes eventos esportivos (Copa do Mundo e Olimpíadas) edita-se a Lei nº 12.462, que estabelece um “*Regime Diferenciado de Contratações Públicas*” – RDC, o qual indica expressamente a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93, tanto no que toca à temas específicos<sup>184</sup>, como de todo o seu Capítulo IV (relativo às sanções administrativas e penais).

Mais recentemente, e a reboque de denúncias de utilização política e corrupção no âmbito da Administração Pública, veio a lume a Lei nº 13.303, de 2016, estabelecendo o

---

<sup>180</sup> Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>181</sup> Vide arts. 2º, §1º, 3º, §§ 1º e 2º, 5º, 9º, §1º, 11 e 12, Lei nº 11.079/04.

<sup>182</sup> Vide arts. 3º, §3º, 5º, VIII, 11, I, Lei nº 11.079/04.

<sup>183</sup> Vide art. 10, I, b, Lei nº 11.079/04.

<sup>184</sup> Vide arts. 14, 35, 38, 39, 45 e 47 da Lei nº 12.462/11.

estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, trazendo não só normas relativas ao seu regime societário, mas também normas relativas às suas aquisições e contratações, as quais “conversam” não só com o regime geral da Lei nº 8.666/93, mas também com a Lei nº 10.520/02<sup>185</sup>.

Finalmente, aguarda sanção presidencial o Projeto de Lei nº 4.253/2020, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais, revogando a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02. Referido projeto legislativo traz uma série de inovações no âmbito das contratações públicas, mantendo, porém, algumas das modalidades clássicas de aquisição de bens/serviços (como é o caso da concorrência, prevista na Lei nº 8.666/93, e do pregão, criado pela Lei nº 10.520/02), tanto assim que o “*regime geral*” (a Lei nº 8.666/93) somente se considerará revogada após dois anos de vigência da lei nova<sup>186</sup>.

Todo este esforço histórico demonstra que: (i) os processos de licitações e contratações públicos são deveras dinâmicos (tanto quanto ou talvez até mais que as contratações privadas), ensejando amplas mudanças na legislação regente (e, evidentemente, ensejando também esforço hercúleo do legislador e do intérprete para acompanhar as mudanças); (ii) em virtude do dinamismo inerente ao tema, a teoria do Diálogo das Fontes pode ser amplamente aplicável, permitindo a coordenação entre os vários diplomas que versam sobre a matéria (e isso, não só no âmbito das compras públicas propriamente ditas, mas também “*dialogando*” com outros diplomas legislativos, como sói acontecer, por exemplo, com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que versa sobre as despesas criadas pelas contratações/aquisições).

Basta, por exemplo, rememorar que a Lei nº 10.520/02, quando promulgada, gerou controvérsias, uma vez que a criação de nova modalidade licitatória (o pregão) parecia ter dado azo à revogação do art. 22, §8º<sup>187</sup> da Lei nº 8.666/93, que vedava a criação de novas modalidades de licitação ou combinação das modalidades já existentes. Contudo, um olhar mais atento indicou a possibilidade de convivência entre a proibição constante do art. 22, §8º da Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02. Isto porque o art. 22, inciso XXVII<sup>188</sup> da Constituição Federal

---

<sup>185</sup> Vide art. 32, IV da Lei nº 13.303/16.

<sup>186</sup> Vide art. 190, II do Projeto de Lei nº 4.253/2020, que aguarda sanção presidencial.

<sup>187</sup> Art. 22 (...)

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

<sup>188</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;



afirma que compete à União Federal legislar acerca de normas gerais de licitações e contratos, em todas as modalidades, para a Administração Pública.

Assim sendo, os dispositivos em comento convivem, ambos vigentes, pois a vedação do art. 22, §8º da Lei nº 8.666/93 volta-se tão somente aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios, que não podem legislar nessa seara, voltando-se também ao intérprete, que não poderá, ao buscar sistematizar o tema, “criar” modalidades licitatórias não previstas em lei. Veja-se, pois, que os dois diplomas (leis nº 8.666/93 e 10.520/02) “dialogaram”, de forma sistemática e complementar, ambos mantidos vigentes e válidos.

Passemos à uma segunda possibilidade de diálogo, desta feita relativamente ao controle externo da Administração Pública.

### **3.2. No controle da Administração Pública – Podemos falar em “jurisdição” de Contas?**

Uma segunda possibilidade de aplicação da teoria do Diálogo das Fontes no âmbito do chamado Direito Público diz respeito ao controle externo da Administração Pública, realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas. Isto porque a própria Constituição Federal, ao estabelecer as competências do Tribunal de Contas da União, em seu art. 71, incisos I a XI<sup>189</sup> (e de onde defluem as competências dos demais Tribunais de Contas

---

<sup>189</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

da Federação, por força da simetria constitucional), afirma, no inciso II, que compete aos Tribunais de Contas “*julgar*” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedade instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário.

O uso do verbo “*julgar*” pelo texto constitucional gerou, como não podia deixar de ser, certa polêmica, na medida em que a jurisdição seria privativa do Poder Judiciário. Assim, seria de se indagar se o constituinte cometeu uma impropriedade conceitual, ou, se ao contrário, teria reservado parcela da jurisdição (normalmente afeta ao Poder Judiciário) aos Tribunais de Contas. Afivele-se, desde logo, que a solução passou pelo denominado diálogo de coerência, sendo necessário entender-se corretamente os limites do conceito de jurisdição. Esta se pode definir como o “(...) *poder, prerrogativa prescrita a determinada autoridade pública de, no exercício das suas funções, dizer o Direito (ius dicere), de acordo com os princípios da legalidade e legitimidade*”<sup>190</sup>.

Da própria definição decorre que jurisdição, em sua essência, não é atributo privativo do Poder Judiciário, podendo tal atributo ser carreado a qualquer autoridade pública, conforme a distribuição constitucional das diversas competências atribuídas ao Estado. Eventual conflito decorre, pois, não do conteúdo do conceito de jurisdição, mas da forma como a Constituição da República repartiu este poder entre diversos órgãos, componentes ou não do Poder Judiciário. No caso brasileiro, pois, poderia haver conflito a partir do cotejo do art. 71, II da Constituição da República com o art. 5º, XXXV<sup>191</sup>, da Carta, que estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Poder-se-ia entender que: (i) o uso do verbo “*julgar*” no art. 71,

---

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

<sup>190</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 181.

<sup>191</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

II da Constituição constituiu-se em impropriedade terminológica, já que tal tarefa (a jurisdicional) seria privativa do Poder Judiciário; (ii) ao contrário, sendo o termo “julgar” corretamente utilizado no art. 71, II da Constituição, teríamos instituído no Brasil um sistema de jurisdição “*dual*”, tal como existente na países da Europa, com tribunais administrativos infensos ao controle judicial.

Na verdade, o diálogo de coerência entre os dois dispositivos constitucionais indica uma terceira solução, diversa das duas expostas. Não se trata nem de erro terminológico, nem de adoção de jurisdição “*dual*”. Há que se observar, apenas, os limites de cada atividade. Nesta toada, Evandro Martins Guerra leciona que:

Existem, como já descreveu-se, várias competências reservadas aos Tribunais de Contas. Fundamentalmente, quando aprecia as contas do chefe do Executivo, mediante emissão de parecer prévio, realiza um trabalho de natureza técnico-opinativa, prestando auxílio ao Poder Legislativo, para o fim de subsidiar o exercício da função de julgar as contas.

Mas, quando, em colegiado, as Cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a competência jurisdicional prevista na Carta Magna (art. 71, II), sendo seu juízo dotado de definitividade no que se refere ao julgamento das contas. Assim sendo, sua atividade é também contenciosa.

A posição colacionada é corroborada por doutrinadores de escol, bem como pelas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, o Tribunal de Contas julga, sim, as matérias dispostas no inciso II do art. 71 da Carta Magna, e sua decisão possui caráter de definitividade, não podendo ser alcançada, no mérito, pela revisão judicial, pois seu julgamento é especializado, especificado, qualificado, referindo-se à regularidade ou irregularidade das contas julgadas.

O Tribunal de Contas, pela competência expressa no inciso II do artigo comentado, julga e liquida as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, além das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Procedendo ao julgamento, o Tribunal de Contas está realizando tarefa própria, típica, ontológica, não se submetendo a outra jurisdição, visto tratar-se de competência especializada. **Por corolário, a decisão não comporta revisão por outro órgão ou Poder, salvo o Poder Judiciário, que poderá, no caso de vício de legalidade, anular o *decisum*.**<sup>192</sup>

O trecho destacado, ao final, demonstra justamente aonde surge o diálogo de coerência entre as normas em questão: se a jurisdição é atributo privativo do órgão ao qual foi carreada, fica claro que a jurisdição de contas (*rectius*: a parcela de jurisdição relativa ao exame das contas dos administradores públicos e atribuída, pela Carta Magna, aos órgãos

<sup>192</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 179-180. O grifo é nosso.

administrativos denominados tribunais de contas) pertence, privativamente, aos Tribunais de Contas. Contudo, como a jurisdição *lato sensu* (a que foi atribuída ao Poder Judiciário) é bem mais ampla do que a jurisdição de contas (que pode ser entendida como uma “*fatia*”, uma “*parcela*” daquela), eventuais defeitos no exercício da jurisdição de contas (como é o caso dos vícios de legalidade) podem ser revistos pela jurisdição *lato sensu*. O conteúdo ínsito à jurisdição de contas (a cognição do mérito das contas), porém, fica a salvo da jurisdição *lato sensu* (por se tratar de atribuição privativa das Cortes de Contas), mantendo-se, assim, a coerência entre as normas constitucionais.

Feitas estas considerações, podemos passar para uma terceira hipótese de aplicação, concernente ao Direito Administrativo Sancionatório.

### **3.3. No Direito Administrativo Sancionatório – O quanto de Direito Penal queremos em nosso Direito Administrativo?**

Um terceiro tema que pode se beneficiar da aplicação da teoria do Diálogo das Fontes diz respeito ao chamado Direito Administrativo Sancionatório, isto é, ao conjunto de normas jurídicas, incidentes sobre vários aspectos da vida social (normas ambientais, do trabalho, sanitárias, etc), e que, ao imporem toda sorte de deveres (naquilo que convencionou-se denominar exercício do poder de polícia), impõem também sanções diversas, no caso de seu descumprimento. Tais sanções são inseridas no ordenamento jurídico por uma variedade de normas, das mais diversas vertentes, o que exige do intérprete a resposta à indagação: tratando-se de Direito Punitivo (isto é, de norma jurídica que visa impor uma sanção punitiva), até que ponto incidem sobre tais normas os princípios estruturais do Direito Penal?

Uma breve incursão histórica no tema pode melhor explicitar o que se quer dizer. Fábio Medina Osório, tratando do tema, ensina que:

(...) o direito punitivo era visto ainda de forma unitária, basicamente em uma fase evolutiva em direção à diversificação funcional, traduzindo, por sua vez, projeção de limitações abstratas e impessoais ao poder sancionador. No direito moderno, é preciso registrar, encontramos as raízes mais diretas do direito administrativo sancionador, porque é a partir da Revolução Francesa que surgem e se consolidam dois princípios fundamentais, verdadeiros sustentáculos das modernas teorias em torno das sanções administrativas, ou seja: os princípios da separação de poderes e da separação das autoridades judiciais e administrativas. O legislador revolucionário entendeu, assim, que as funções repressivas e preventivas deveriam ser tratadas separadamente. (...) Em linhas gerais, percebemos que o poder sancionador evoluiu para o direito punitivo e este em direção a uma especialização funcional, diversificando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Primeiro, o direito

punitivo constitui limite ao poder sancionador da autoridade. Esta, por sua parte, passou a encarnar a chamada função de polícia, nos Estado de Polícia, já uma evolução em relação ao que se concebia nos Estados tipicamente feudais. A genérica função estatal de polícia se subdividia em várias outras, incluindo a judicial. O direito administrativo já aparecia, embrionariamente, junto ao direito penal, nesse momento, na tutela de funções ordenadoras e repressivas da autoridade. Na sequência, o direito penal se consolida como ramo jurídico mais grave, rigoroso, severo, identificando-se sobremaneira com o direito punitivo.

Sem embargo da expansão e do prestígio do direito penal, o direito administrativo sancionador se expande a partir da ideia de que o Estado carece de sanções para viabilizar sua própria a direta atuação. As proibições, inerentes às funções de polícia, necessitam da ameaça das sanções. Além disso, o direito penal, em sua evolução garantista, resulta absorvido pela Justiça Criminal, não dando conta – em parte por isso mesmo – de todas as suas tarefas repressivas, ante o congestionamento que se observa, daí derivando outras causas políticas da maior importância para a expansão do direito administrativo sancionador.<sup>193</sup>

Como visto, o Direito Administrativo Sancionador parece ser um conjunto de normas jurídicas cuja normogenética deflui diretamente do Direito Penal, caminhando em conjunto com a expansão do poder estatal de polícia. Este, ao regular e limitar o exercício de direitos e/ou faculdades, exige, naturalmente, a presença de sanções, punitivas ou premiaias, de molde a obter, dos cidadãos, a necessária observância. Tanto assim que Fábio Medina Osório, ao conceituar a sanção administrativa, assim a delimita:

(...) a sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado(r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal ou material do direito administrativo.<sup>194</sup>

Ora, encontrando o Direito Administrativo Sancionatório sua normogenética no Direito Penal, natural será que sofra influências mais profundas oriundas deste mesmo ramo do Direito, exigindo, com isso, a aplicação da teoria do Diálogo das Fontes. Isto é, as normas administrativas que impõem penalidades e sanções devem ser consideradas normas penais, e,

---

<sup>193</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 222-224.

<sup>194</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227.

com isso, sua interpretação deverá guardar consonância (coerência) com os princípios estruturantes do Direito Penal. É justamente esta a conclusão de Fábio Medina Osório:

Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes de ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal. Estamos diante de ilícito administrativos e sanções de direito administrativo, e o regime jurídico imperante terá de ser chamado a intervir, dentro da perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais potencialmente em conflito. O direito penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento e a limitação do poder punitivo estatal, inclusive quando é este último exercido por autoridades administrativas ou por autoridades judiciárias na prática de poderes jurisdicionais de imposição de sanções administrativas. Não se trata de reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se este ostentasse alguma espécie de superioridade normativa. Trata-se apenas de perceber a superioridade teórica da dogmática penal, que pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns.<sup>195</sup>

Trata-se de tema que é rico para a teoria do Diálogo das Fontes, senão porque, pela sua própria origem histórica, o Direito Administrativo Sancionatório “*exige*” o diálogo com os princípios e institutos do Direito Penal, para que se possam analisar questões como imputação e culpabilidade. Veja-se, como exemplo, julgado do Tribunal de Contas da União, que, ao tratar da responsabilização dos gestores de recursos públicos (ou seja, Direito Administrativo Sancionatório) admite a aplicação de excludentes de culpabilidade (cuja extração teórica é de Direito Penal):

No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) *conduta* dolosa ou culposa; iii)nexo de causalidade entre o dano e o *comportamento* do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como *inexigibilidade de conduta diversa* ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude.

Acórdão 2781/2016-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER<sup>196</sup>

<sup>195</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240-241.

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.781 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 01/11/2016. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/inexigibilidade%2520de%2520conduta%2520diversa/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue?uuiid=7c6be950-5db6-11eb-b5b4-2be8af5c48ab>>, acesso em 23.01.2021.

## CONCLUSÃO

Esperamos ter demonstrado, com os exemplos anteriormente oferecidos, que a principal vantagem da teoria hermenêutica do Diálogo da Fontes é justamente sua flexibilidade: como a citada teoria propugna diversas formas de coordenação entre normas jurídicas, a mesma pode ser, em linha de princípio, aplicada em qualquer circunstância em que haja, ainda que de forma aparente, conflito normativo. Nestes casos, se o conflito normativo não puder ser solucionado a partir dos critérios clássicos de solução de conflitos, a teoria hermenêutica do Diálogo das Fontes, ao permitir a “*conversação*” entre as normas, pode oferecer elementos capazes de solucionar a questão (e, por consequência, o caso concreto), sem que a solução placitada implique em rompimento com a premissa de unidade do Direito.

Tal flexibilidade, esperamos, restou amplamente demonstrada ao longo do presente estudo, no qual, além dos exemplos de aplicação da teoria do Diálogo das Fontes pela doutrina especializada (como vimos, existem exemplos no Direito Tributário, no Direito do Trabalho, no Processo Civil, dentre outros), nos foi possível ainda apontar outras possibilidades de aplicação (no âmbito do sistema de compras e contratações públicas; no âmbito do controle externo da Administração Pública pelos Tribunais de Contas e também no plexo normativo relativo ao Direito Administrativo Sancionatório).

É de se concluir, pois, pela ampla possibilidade de aplicação da teoria do Diálogo das Fontes, não só no Direito Privado (a partir da obra seminal da Professora Cláudia Lima Marques), mas também, e principalmente, no âmbito do Direito Público, o qual também enfrenta (inúmeros) conflitos, aparentes ou reais, de normas. A teoria hermenêutica do Diálogo da Fontes pode permitir, pois, que o Direito Público permaneça unitário, mesmo diante da flagrante e vertiginosa multiplicação de diplomas normativos e da evidente expansão das fronteiras do Direito.

## Referências

BARRETO, Francisco de Assis Macedo, **Observações sobre o Sistema Jurídico na Ótica de Claus-Wilhelm Canaris**, in PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos; MARTINS, Plínio Lacerda (Orgs.), **Hermenêutica Jurídica**. Londrina: Engenho das Letras, 2020, p. 225-264.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico, 6ª Ed.** Brasília: Editora UNB, 1995.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>, acesso em 23.01.2021.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>, acesso em 23.01.2021.

- BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2015. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL, Projeto de Lei nº 4.253/2020. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>>, acesso em 23.01.2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.781 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 01/11/2016. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/inexigibilidade%2520de%2520conduta%2520diversa/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue?uuiid=7c6be950-5db6-11eb-b5b4-2be8af5c48ab>, acesso em 23.01.2021.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- DARCIE, Jonathan Doering. **Diálogo das Fontes e o Direito Tributário**, in *Direito e Democracia*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 63-89.
- GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUNIOR, Alberto do Amaral. **O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo**. Anuário Brasileiro de Direito Internacional – *Brazilian Yearbook of International Law – Annuaire Brésilien de Droit International*. Belo Horizonte, v. 2, n.3, 2008, p. 17.
- LIMA, Jucileia. **Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a sua Aplicabilidade na Execução Fiscal à Luz da Teoria do Diálogo das Fontes**. Revista Direito Tributário Atual, n.44. p. 213-237. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2020. Quadrimestral.
- LOUREIRO, Valtair Lemos. **O Diálogo das Fontes como método integrativo do Microssistema Processual Civil Coletivo de tutela do patrimônio público**, in *Acesso à*



justiça II [Recurso eletrônico *on-line*], CONPEDI/UNINOVE (orgs.), Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 177-205.

MARQUES, Cláudia Lima. **Da Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**, in Revista da ESMESE, nº 07, 2004, p. 45-46.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil do Segurador – Diálogos entre o Código Civil e o Código do Consumidor**, in Revista de Direito do Consumidor, nº 79, São Paulo: Thomson Reuters, 2011, p. 128-129.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. **A teoria do diálogo das fontes e o direito processual do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 2, p. 12-25, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor – Direito Material e Processual, 6ª Ed.** São Paulo: Ed. Método, 2017, p. 17.

## EM BUSCA DE REENCAIXE NO TEMPO PERDIDO: ANALISANDO AS CONSEQUÊNCIAS DA MODERNIDADE NO CONSUMISMO GLOBALIZADO

Wilson Madeira Filho<sup>197</sup>

### INTRODUÇÃO

A prestação de serviços jurisdicionais e as ferramentas técnico-jurídicas têm sido capazes de enfrentar a complexidade sociológica da atualidade onde convivem modelos e estruturas diferenciadas em permanentes simbioses e transformações? O Direito busca atuar como um redutor semântico, atraindo para seu campo gravitacional os conflitos sociais que implicam em solução ou controle institucional, almejando resultados que possam, em boa parte, ser sopesados racionalmente. No entanto, exaurido o modelo positivista em uma era de descentração de cânones e de descrédito de metadiscursos modeladores, resta saber se a técnica jurídica tornou-se um tipo de artesanato, uma espécie de máquina de fiar na era das impressoras 3D, incapaz de dar conta das velocidades e das demandas contemporâneas.

Essa alteração de padrões narrativos e interpretativos já se anunciava enquanto aporte da própria modernidade em seu sistemático estímulo à inovação, em ritmo cada vez maior. As primeiras pistas, naturalmente, provinham da estética artística, que se autonomizou cedo, explorando desvãos. Nesse sentido, por exemplo, a monumental obra *Em busca do tempo perdido*, romance em sete volumes de Marcel Proust, publicados entre 1913 e 1927, já anunciava uma quebra de padrão característica da modernidade literária, onde a noção de tempo se apresentava fragmentada. O último volume da saga, intitulado *O tempo reencontrado*, elabora uma analepse, ou seja, permanentes alterações de planos temporais.

Elementos dessa estética da modernidade avançaram sobre outros campos conceituais, em especial sobre os debates sociológicos do final do século XX quando o tema da desfragmentação do sujeito aliado à intensificação das inovações tecnológicas levou à reconsideração de pautas importantes como cidadania, classes sociais, direitos num mundo consumerista e capacidade de suporte dos recursos naturais. Destaco, nesse sentido, a obra *As consequências da modernidade* de Anthony Giddens ([1990] 1991), que buscou reelaborar diretrizes estruturalistas para uma análise social macropolítica. Pois se tratava então de rever e

---

<sup>197</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios da UFF [wilsonmadeirafilho@hotmail.com](mailto:wilsonmadeirafilho@hotmail.com)

pontuar o próprio fenômeno da modernidade e apontar suas consequências, vale dizer, mensurar seus impactos, influências, resultados, acidentes e, sobretudo, sua herança e continuidade.

Se o cenário de Proust apontava o decair de um modo e de um estilo de vida em face da Primeira Guerra e o cenário de Giddens se ampliava a partir da queda do muro de Berlim, importa para nós retomar a questão diante do indivíduo desencaixado no tempo-espaço, desengatado da modernidade societária, mediado por fichas simbólicas e por sistemas peritos e imerso no fetiche do consumismo globalizado, buscando entender, ao mesmo tempo, que tipos de guias ou roteiros podem auxiliar na navegação desse indivíduo atomizado. A vida não vem com bula, nem a sociedade possui manual.

O presente trabalho se propõe, num primeiro momento, a revisitar elementos da composição teórica de Giddens, confrontando-o com literaturas sociológicas correlatas (em especial BECK: 2000, 2011; BAUMANN: 2008; e HABERMAS: 1989, 2000) e, num segundo momento, resgatar trajetórias hermenêuticas e fáticas sobre o direito do consumidor (MARTINS: 2015; MARTINS, MARTINS e LIMA: 2019; MARTINS, RAMADA E NEVES: 2020), na tentativa de compreender a analepse estrutural do discurso jurídico contemporâneo.

## **1. DISSOLUÇÃO DO ESPAÇO-TEMPO**

Para Anthony Giddens, a modernidade é um fenômeno histórico e inicialmente localizado a partir da cultura emergente na Europa do século XVII, ampliando-se paulatinamente para o Ocidente a partir da Revolução Francesa e da Revolução Industrial e globalizando-se ao final do século XX. Todavia o debate filosófico e sociológico em que se insere a modernidade após os anos 1980, advindo de fortes críticas ao estruturalismo, esmiuçando os riscos e o cinismo inerentes às tendências positivistas, permite também uma visão reelaborada desse processo.

A sociologia estrutural postulada por Giddens sustenta que toda ação humana é realizada no contexto de uma estrutura social pré-existente, que é regida por um conjunto de normas e/ou leis que são distintas das de outras estruturas sociais. Nesse sentido, toda ação humana é ao menos parcialmente pré-determinada com base nas regras variáveis do contexto em que ela ocorre. No entanto, a modernidade representa uma ruptura de perspectiva, elaborando culturalmente uma sensação de tempo acelerado, onde a construção histórica rompe com a tradição e passa a se orientar com olhos em um futuro hipotético, mais desenvolvido, mais original e científico. Para Giddens (1991) não se trata, portanto, de questionar a

modernidade, mas de entender suas consequências, pois estamos alcançando um período em que estas estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas que antes. O que acarreta no fato de que as estruturas e as regras apresentadas pelo pensamento estrutural se apresentem como não permanentes, pois estão em constantes transformações, sustentadas e modificadas pela ação humana.

Trata-se, em uma última análise, de uma modernidade reflexiva, ou seja, elementos que já caracterizavam a modernidade após a segunda guerra e no final do século XX, evidenciando fatores críticos, passavam a proporcionar uma ação contínua da própria modernidade, realinhando seus pressupostos e os reelaborando. Não caberia, portanto, falar de uma pós-modernidade, uma vez que seus paradigmas, centrados na base estrutural da razão humanista, não se alteraram. Mas caberia mensurar seus efeitos e esse seria, e sempre teria sido, o papel da sociologia.

Para Giddens a sociologia surgiu como uma disciplina derivada da própria modernidade, afirmada no início do século XIX pelo positivismo de Comte enquanto ciência a desvendar a estrutura social e voltada para a análise propositiva da sociedade. Nesse sentido, as três perspectivas clássicas também partilhariam, em larga medida, desse repertório. Em Karl Marx, ainda que enfatizando a importância de transições descontínuas, observa-se a história humana como tendo uma direção global, governada por princípios dinâmicos gerais. Com Emile Durkheim, a expansão do industrialismo possibilitaria estabelecer uma vida social harmoniosa e gratificante, integrada através de uma combinação da divisão de trabalho e do individualismo moral. E para Max Weber, a modernidade acarretaria em um paradoxo, onde o progresso material seria obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia, que terminaria por esmagar a criatividade e a autonomia individuais.

Todavia, os três autores clássicos permitiriam também forjar ferramentas de análise para a crise contemporânea. Junto a Marx, Giddens aciona a compreensão do capitalismo enquanto força transformadora que modela o mundo moderno e que influencia não apenas o sistema econômico como suas outras instituições, provocando a consciência de classe enquanto contraponto crítico. Em relação a Durkheim, destaca o foco na ordem industrial emergente, a ser derivado para a indústria bélica, o qual gera novas formas de solidariedade a partir da reordenação do trabalho, das hierarquias e das atividades. E junto a Max Weber, sublinha o “capitalismo racional”, que compreende os mecanismos econômicos, incluindo a transformação do salário em mercadoria, expresso na tecnologia e na organização das atividades humanas, na forma da burocracia, que implica em refúgio nas artes e na religião diante de um mundo

desencantado. Elementos que auxiliam a reconhecer no conceito de sociedade formas ainda consagradas, em especial a do Estado-Nação como matriz macropolítica, sendo, todavia, de crucial importância dar conta do extremo dinamismo e do escopo globalizante das instituições e explicar a natureza de suas descontinuidades em relação às culturas tradicionais.

Ora, podemos supor que o modelo de Estado liberal conformado pelo Ocidente irá derivar, na obra de Giddens, a partir dos dois centros sistêmicos contratualistas, que também modelaram o perfil estrutural das constituições modernas, a saber: o fortalecimento institucional-racional do Estado enquanto gestor (pretensamente democrático) e a afirmação ampla da cartela dos direitos individuais, que atuam como micro-organismos da mesma democracia, a estabelecer os limites do Estado (os direitos individuais) e os limites do próprio indivíduo (os direitos dos demais indivíduos, gerando deveres e a atuação propriamente cidadã junto ao Estado).

Todavia, a modernidade desfaz esse aparente equilíbrio liberal ao acelerar a conjugação do racionalismo com seu tempo e com seu espaço. Numa sociedade extática ou de baixa complexidade, essa modelagem poderia alcançar uma tipologia ideal. Contudo, a razão não atua de forma esclarecedora em contextos macropolíticos, senão em esferas relacionais, que se encontram desmembradas (família, emprego, identidade etc.).

Quando os fundamentos da razão se propõem a substituir os da tradição, à primeira vista a segurança e a certeza são as palavras de ordem. No entanto, não há relação direta entre conhecimento e certeza. A racionalidade se impõe, com objetivos e metas, e Giddens a relativiza enquanto predomínio da reflexividade, onde nenhum conhecimento é certo, pois todo conhecimento é revisado à luz de novas práticas. Desse modo, a ideia de modernidade se opõe ao conceito de tradicional, ou, na melhor das hipóteses, o ressemantiza.

O “esvaziamento do tempo” é em grande parte a pré-condição para o “esvaziamento do espaço” e tem assim prioridade causal sobre ele. Pois [...] a coordenação através do tempo é a base do controle do espaço. O desenvolvimento de “espaço vazio” pode ser compreendido em termos da separação entre *espaço* e *lugar*. [...] Em condições de modernidade, o lugar se torna cada vez mais *fantasmagórico*: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a “forma visível” do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza (GIDDENS: 1991, p. 14-15).

Esse *ritmo de mudança* (com rapidez extrema), diante de um amplo *escopo da mudança* ampliado pela sociedade da informação (todas as áreas do globo em interconexão) e caracterizado pela *natureza intrínseca das instituições modernas* (Estado-Nação, com

ampliação da tecnocracia, buscando fontes de energia inanimadas, transformando o trabalho em mercadoria etc.), fornece as condições disruptivas na conexão entre tempo e espaço.

As organizações modernas são capazes de conectar o local e o global de formas que seriam impensáveis em sociedades mais tradicionais, e, assim fazendo, afetam rotineiramente a vida de milhões de pessoas, causando amplo processo de “desencaixe” desses indivíduos. Por desencaixe Giddens se refere ao "deslocamento" das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço.

Giddens, então, distingue dois tipos de mecanismos de desencaixe intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento das instituições sociais modernas. O primeiro deles, denomina de criação de fichas simbólicas; o segundo, chama de estabelecimento de sistemas peritos.

**Fichas simbólicas** – são meios de intercâmbio que podem ser "circulados" sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular. Vários tipos de fichas simbólicas podem ser distinguidos, tais como os meios de legitimação política. Giddens se concentra aqui na ficha simbólica do dinheiro, ou seja, um pedaço de papel colorido que conforme sua quantidade passa a ser um conversor de troca por qualquer outra coisa.

**Sistemas peritos** – são sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje. A maioria das pessoas leigas consulta "profissionais" — advogados, arquitetos, médicos etc., — apenas de modo periódico ou irregular. Mas os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influencia muitos aspectos do que fazemos de uma maneira contínua. Dessa maneira não “questionamos” como funciona um elevador, um avião, o sinal de trânsito ou vacina contra o COVID, mas, diante de uma sociedade onde o risco foi assimilado enquanto constante, “confiamos” em cada um desses sistemas peritos.

Os sistemas peritos são mecanismos de desencaixe porque, em comum com as fichas simbólicas, eles removem as relações sociais das imediações do contexto. Ambos os tipos de mecanismo de desencaixe pressupõem, embora também promovam, a separação entre tempo e espaço como condição do distanciamento que eles realizam. Um sistema perito desencaixa da mesma forma que uma ficha simbólica, fornecendo "garantias" de expectativas através de tempo-espaço distanciados. Este "alongamento" de sistemas sociais é conseguido por meio da natureza impessoal de testes aplicados para avaliar o conhecimento técnico e pela crítica pública (sobre a qual se baseia a produção do conhecimento técnico), utilizado para controlar sua forma.

Desse modo, num compósito global onde o Estado gestor das individualidades atomizadas se pauta pela iniciativa liberal tecnicizada por novas oligarquias a ampliar domínios sobre modos de produção, sofisticando-os, gerando novas solidariedades parcelares e novos modelos de alienação, enquanto mecanismos de escape para as subjetividades, uma dupla estratégia correlacional irá se estabelecer, justamente para dar conta da paralogia sistêmica. De um lado, o Estado-Nação irá se autotecnicar de maneira a dar conta dos domínios territoriais e transterritoriais colocados pela disputa num comércio global, atuando no campo da segurança nacional (externamente) e no da segurança pública (internamente), em desprestígio de aportes sociais e de modelos não capitalistas, o que irá ter como principal consequência a utilização desmedida de recursos naturais, ampliando a crise ecológica<sup>198</sup>. De outro lado, o abalo do indivíduo no conjunto de confianças tradicionais esculpidos culturalmente diante de uma sociedade em desençaixe, mediará esforços em busca de “reencaixes”, plasmando “pontos de acesso” à confiança e aos sentimentos de solidariedade e pertencimento e à retomada de “compromissos com rosto”.

Vale dizer, para pontuar esses diagnósticos, a própria sociologia se reveste enquanto um sistema perito, talvez até o mais característico da modernidade.

### 1.1. O risco inerente

Em obra correlata, Giddens (2000), em parceria com Ulrich Beck e Scott Lash, irá depurar o conceito de modernidade reflexiva. Com o advento da modernidade, a reflexividade passa a se inserir na base de reprodução do sistema, onde pensamento e ação estão

---

<sup>198</sup> Conclusão próxima é colocada por Castells (2015, p. 282) após referir progressivamente a inserção do indivíduo e das nações na *galáxia* da internet: “A degradação ambiental representa um desafio crítico a ser equacionado. Mas sua relação com o mundo baseado na Internet é ambígua. Por um lado, como a economia movida pela rede esquadrinha incessantemente o planeta em busca de oportunidade de ganhar dinheiro, havendo um processo de exploração acelerada de recursos naturais, bem como de crescimento econômico danoso para o ambiente. Sem meias palavras: se incluirmos no mesmo modelo de crescimento a metade da população do planeta que está excluída atualmente, o modelo de produção e consumo industrial que criamos não é ecologicamente sustentável. Por outro lado, a administração da informação baseada na Internet introduz duas contratendências no modelo de crescimento econômico. Em primeiro lugar, podemos aumentar substancialmente nosso conhecimento do que é ou não ambientalmente adequado, e podemos incluir esse conhecimento em nosso sistema de produção, nas linhas sugeridas pelos proponentes da escola de pensamento do “capitalismo natural”. Em segundo lugar [...], a Internet tornou-se uma importante ferramenta de organização e mobilização para ambientalistas no mundo todo, despertando a consciência das pessoas com relação a modos de vida alternativos e construindo a força política para fazer isso acontecer. Se somarmos as duas tendências, parece plausível que uma redefinição do modelo de crescimento econômico, levando a uma estratégia abrangente de desenvolvimento sustentável, poderia ser gradualmente estabelecida, a tempo para que todo o planeta se incorporasse nessa economia verdadeiramente nova. Mas isso é apenas uma possibilidade. As tendências atuais, quando tomadas numa perspectiva global, apontam para a direção oposta: amplo crescimento econômico, misturado com pobreza destrutiva, continuando assim a dilapidação de nossa herança natural”.

invariavelmente refratados entre si. Nestes termos, entende-se que as práticas sociais são constantemente examinadas e redefinidas à luz de novas informações sobre estas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente, seu caráter. Neste sentido, a modernidade não é marcada por uma busca constante pelo novo, mas, sim, pela suposição da reflexividade indiscriminada.

Nesse sentido, a sociedade ocidental capitalista, trabalhando reflexivamente as relações de *confiança*, deve enfrentar/absorver efeitos colaterais da modernidade, assimilando-se enquanto uma sociedade de risco (BECK: 2011), que representa um momento de ruptura com a modernidade anterior, exigindo sua reconfiguração, para livrar-nos da *Moderna Idade Média* do perigo.

Esse traço teórico fundamental da consciência do risco tem um significado antropológico: as ameaças da civilização fazem surgir uma espécie de novo “reino das trevas”, comparável com os deuses e demônios da Antiguidade, que se ocultavam por trás do mundo visível e ameaçavam a vida humana do planeta. Hoje em dia, não nos comunicamos mais com os “espíritos” que se escondem nas coisas, mas nos vemos expostos a “irradiações”, ingerimos “teores tóxicos” e somos perseguidos até nos sonhos pelos temores de um “holocausto nuclear” (BECK: 2011, p. 89).

Na modernidade, caracterizada por uma sociedade individualizada de não autônomos, o risco se torna inerente ao devir social. Diante desse fato, se a modernidade, num primeiro momento exigiu descontextualizar para em seguida recontextualizar as formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, trata-se agora de repetir a operação, descontextualizando a própria modernidade e radicalizando-a. Essa tarefa implica também no retorno da incerteza, que amplia a crise ecológica e coloca em xeque as estruturas do discurso científico (BECK, GUIDDES e LASH: 2000). As ameaças da sociedade de risco não escapam só à percepção sensorial, também escapam à ciência. Essa transformação paradigmática opera em três áreas de referência: 1) na relação entre sociedade industrial e recursos naturais e culturais dissipados (acarretando em crise ecológica e alteração do modelo de família, por exemplo); 2) na ampliação da sensação de insegurança como fruto das relações sociais com as ameaças produzidas pela própria sociedade; e 3) no exaurimento e desencanto das fontes de significado (como a consciência de classe ou a fé no progresso). Em obra correlata, Beck (2010, p. 237) irá expressar que “O desencantamento se estende aos desencantadores e altera, portanto, as condições do desencantamento”, perfazendo na dinâmica a crítica ao desenvolvimento científico-tecnológico.



Giddens (1991), originalmente, se referira ao impacto das consequências inesperadas. Nenhuma quantidade de conhecimento acumulado sobre a vida social poderia abranger todas as circunstâncias de sua implementação, mesmo que tal conhecimento fosse inteiramente distinto do ambiente ao qual ele é aplicado. Se nosso conhecimento do mundo social simplesmente melhorasse cada vez mais, o escopo das consequências inesperadas poderia tornar-se cada vez mais confinado e as consequências indesejáveis cada vez mais raras. A reflexividade da vida social moderna, no entanto, impede esta possibilidade e é ela mesma uma influência envolvida na equação. Embora menos discutida em relação aos limites da razão Iluminista, ela é certamente tão significativa quanto qualquer uma das outras. Não é uma questão de não existir um mundo social estável a ser conhecido, mas de que o conhecimento deste mundo contribui para seu caráter instável ou mutável.

Vale dizer, o risco tornou-se inerente, ambíguo, o que implicará em retomar os dois vetores: de um lado, o Estado que é chamado a atuar como fiscal, desvinculando-se da política [partidária/ideológica], e de outro lado a individualização dos conflitos e interesses políticos disputados em arenas parcelares.

## 1.2. Consumo *ergo sum*

Para Giddens (1991) o conhecimento (que deve geralmente ser compreendido como "reivindicações de conhecimento") reflexivamente aplicado à atividade social é filtrado por quatro conjuntos de fatores: 1) *Poder diferencial* - alguns indivíduos ou grupos estão mais prontamente aptos a se apropriar de conhecimento especializado do que outros; 2) *O papel dos valores* - valores e conhecimento empírico se vinculam através de uma rede de influências mútuas; 3) *O impacto das consequências não-pretendidas* - o conhecimento sobre a vida social transcende as intenções daqueles que o aplicam para fins transformativos; 4) *A circulação do conhecimento social na hermenêutica dupla* - o conhecimento reflexivamente aplicado às condições de reprodução do sistema altera intrinsecamente as circunstâncias às quais ele originariamente se referia.

Desafios que estão colocados na ordem imediata do indivíduo, desde a sua estética de atravessar a rua no centro urbano e olhar de maneira enviesada para o "outro" em busca de sinais inequívocos de uma solidariedade assustada pelo pacto em não se atacar até a recorrente nostalgia do modelo da família pré-moderna. Todavia, esses sinais implicariam, para Giddens na necessidade subjetiva de "reencaixe" e na conseqüente necessidade em se estabelecer

“pontos de acesso” - que designam o encontro dos indivíduos com os responsáveis ou peritos ou representante da sociedade moderna (e suas fichas simbólicas e/ou sistemas peritos).

Em contexto correlato, Zigmunt Bauman (2008), analisando a individualidade “líquida” (termo utilizado a partir da célebre frase de Marx, “Tudo que é sólido desmancha no ar”), ou seja, algo equivalente à sociedade “desencaixada” de Giddens, questiona flagrantemente esses pontos de acesso, justamente pela intensificação da sociedade de consumo.

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do sujeito, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias [...] (BAUMAN: 2008, p. 20)

Na perspectiva pessimista de Bauman, que revigora a noção de mal-estar na modernidade, característica da crítica pós-estruturalista que acentua o valor da cultura humana para além de eventuais chaves interpretativas, a cidadania líquida teria sido capturada pela própria dinâmica informacional, substituindo o aprendizado pelo espetáculo. Desse modo, tornamo-nos personagens de Facebooks, Instagram, Tinder, Tik Toks e de quantos outras ferramentas venham a substituir essas. Estamos expostos na vitrine do Capital e nossa subjetividade é já uma performance, quer se queira ou não<sup>199</sup>. Nesse mundo da subjetividade fetichizada, inclusive os relacionamentos amorosos via internet levam à analogias com o direito do consumidor, eis que na relação comercial pressupõe-se a igualdade contratual na relação enquanto ato de reciprocidade, mas que pode ser rompida mediante cláusula de encerramento, que em geral prevê prazo estipulado ou multa. Eis que nas relações afetivas, qual nos mercados de bens, os parceiros têm o direito a tratar-se como objetos de consumo.

### **1.3. A colonização do mundo da vida**

---

<sup>199</sup> Miranda (2012), sem citar essa obra específica de Bauman, também utiliza a paráfrase “consumo, ergo sum” para explorar as relações de mútua determinação existentes, no contexto da pós-modernidade, entre consumo e cidadania, concluindo pela necessidade de revisão dos próprios padrões de produção e consumo.

As similaridades entre a concepção estrutural de Giddens e o aporte teórico de Habermas têm sido destacadas. Nesse sentido, por exemplo, Luvizotto (2013) aproxima a segurança ontológica da reinserção do indivíduo em identidades sociais mais amplas (cfe. Giddens) com a noção habermasiana de modernidade enquanto projeto inacabado.

Para Habermas, a origem da modernidade está relacionada ao surgimento de uma consciência temporal. O moderno e o antigo são confrontados e ocorre o fracionamento dos modelos estabelecidos no passado e que, neste momento, se direcionam para um horizonte que não pode ser previsto, um futuro desconhecido. É o momento da emancipação da razão, na qual se criam e (re)inventam-se novas maneiras de encarar os questionamentos da vida atual (LUVIZOTTO: 2013, p. 248).

Nesse sentido, Habermas (2000) vai buscar também em Max Weber a interpretação de que as novas estruturas sociais são caracterizadas pela diferenciação de sistemas, funcionalmente interligados, que se cristalizaram em torno dos núcleos organizadores da empresa capitalista e do aparelho burocrático do Estado. À medida que o cotidiano foi tomado por esta racionalização cultural e social, dissolveram-se também as formas de vida tradicionais. A crise que se instala é efeito da separação entre a modernidade e suas origens, para estilizá-la em um padrão, neutralizado no tempo e no espaço, de processos de desenvolvimento social em geral. A reação da subjetividade desencantada irá se dar através da expectativa do novo no futuro que só se cumpre por meio da reminiscência de um passado oprimido (cfe. BENJAMIN).

Em sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas pretendeu desenvolver uma "Teoria da Modernidade" calcada em um novo conceito de razão, a razão comunicativa, e em um novo conceito de sociedade, que integrasse o "sistema" ao "mundo vivido" (FREITAG: 1995). Habermas procura explicar os paradoxos ou patologias da modernidade à luz do pensamento sociológico clássico e contemporâneo, indicando as possíveis vias de sua superação.

Habermas distingue os processos de **modernização** da modernidade cultural. A primeira enfatiza os **processos de racionalização** ocorridos nos **subsistemas econômico e político**. A segunda, a autonomização, no interior do "mundo vivido", das chamadas "esferas de valor": a moral, a ciência e a arte

Para compreender a importância desses dois processos é preciso retomar a distinção entre "sistema" e "mundo vivido", feita por Habermas para melhor compreender a especificidade das sociedades modernas contemporâneas. Os dois conceitos correspondem a uma diferenciação das sociedades em duas esferas (ou "mundos": o mundo da reprodução material, do trabalho, e o

mundo da reprodução simbólica, da interação). A própria diferenciação nesses dois "mundos" é um dos traços constitutivos da modernidade (FREITAG: 1995, p. 141)

O Mundo da vida apresenta a forma como os atores percebem e vivenciam sua realidade social, tanto em face das continuidades e “certezas” quanto das mudanças e questionamentos. Aqui encontramos as experiências comuns a todos, como a língua, as tradições e acultura partilhada. Será o campo próprio para a efetivação da ação comunicativa em prol de uma *razão comunicativa*.

Nesse campo cognitivo, Habermas concentra todas as apostas na razão iluminista colocada enquanto base da dialética democrática. Vale dizer, democracia é dialética constante e incansável, prática sistemática e não malabarismo retórico. Vai buscar auxílio nos modelos cognitivos de Piaget – que apontava três níveis de cognição: a primeira infância (do nascimento até cerca dos 7 anos de idade), com pensamentos duais do tipo bem/mal, certo/errado; a segunda infância (dos 7 até cerca dos 14 anos de idade) onde se forma a ideia de família, de vizinhança, de pertencimento social etc.; e a maturidade (dos 14 até cerca dos 18 anos de idade) onde a base cognitiva (e cosmológica) do indivíduo crítico estará desenvolvida, com todas as marcas de seu cenário cultural – para chegar à estilização desse modelo junto a Lawrence Kohlberg. A teoria de Kohlberg, reelaborando o modelo de cognição de Piaget num cenário de percepção moral em contexto político-jurídico, pode ser esquematizada da seguinte maneira: Nível 1 (Pré-Convencional) – com duas etapas: 1. Orientação "punição obediência" – onde diante das normas sociais, o indivíduo “infantilizado” reage como se diante de uma força externa e se pergunta “Como eu posso evitar a punição?”, conforme a criança em seu universo dual do tipo certo/errado; 2. Orientação pelo autointeresse ou "hedonismo instrumental" – onde o indivíduo se acostuma com o sistema e já busca no seu escopo aplicações utilitaristas, a se perguntar “O que eu ganho com isso?”. Nível 2 (Convencional) – também em duas etapas: 3. Acordo interpessoal e conformidade – aqui encontramos o indivíduo reconhecendo um mundo onde gravitam normas sociais, e passa a se orientar pelo esquema "bom moço"/"boa moça", postulando a obediência às regras; 4. Orientação junto à "manutenção da ordem social e da autoridade" – onde o indivíduo assume sua própria postura moral enquanto derivada de princípios gerais e institucionais conforme a modalidade positivista que implica em uma moralidade do tipo "Lei e Ordem". E, por fim, o Nível 3 (Pós-Convencional) – também em duas etapas: 5. Orientação pelo "Contrato Social" – onde o indivíduo maduro compreende as relações complexas e passa a postular uma engenharia cidadã que beneficia a coletividade, mesmo nas hipóteses em que, na economia estrita de suas preferências individuais, se veja frustrado, como

quando, por exemplo, vence a eleição, o candidato que rejeitava, caso em que, entendendo ser esta a posição da maioria, perfila que a mesma deva ser respeitada enquanto segurança ontológica; 6. Princípios éticos universais – aqui o indivíduo dá um passo cognitivo a mais e aponta para causas comuns a todos, demonstrando preocupação com a humanidade e seu destino e revela disposição holística.

Já o Sistema é o mesmo mundo como se visto por um observador externo a mapear as estruturas societárias que asseguram a reprodução material e institucional da sociedade: a economia e o Estado, que desenvolveram certos mecanismos autoreguladores: o dinheiro e o poder. O sistema é regido pela razão instrumental. Vale dizer, todos os critérios e etapas cognitivas da ação comunicativa ficam desvirtuados de uma racionalização pautada por princípios morais humanistas e atuam de maneira técnico-racional, objetivando fins e metas.

A correlação entre essas duas esferas é permeada de crescentes descentramentos que levam a crises, gerando patologias, a partir de quatro processos: *diferenciação* – que traduz um aprendizado coletivo, o qual, “descentrado”, irá possibilitar diferentes perspectivas e princípios; *autonomização* – que significa o desprendimento relativo de um subsistema, sua independência relativa, como, por exemplo a arte ou a ciência; *racionalização* – que se refere a processos de transformação institucional segundo a racionalidade instrumental, visando a eficácia, ajustando os meios aos fins; *dissociação* – que desconecta a produção material de bens e a dominação dos verdadeiros processos sociais, naturalizando esses domínios. “As patologias da modernidade se devem, em última instância, aos dois processos de transformação de conotação negativa discriminados por Habermas: a dissociação e a racionalização” (FREITAG: 1995, p. 145).

Desse modo, as externalidades negativas da modernidade societária (Economia e Poder) levam a dois movimentos: o “desengate”, que faz com que os homens modernos submetam suas vidas às leis do mercado e à burocracia estatal como se fossem forças alienígenas, e a “colonização” do Mundo da vida, à medida que o Sistema vai se fortalecendo em detrimento das relações sociais e suas trocas subjetivas.

A terapia consiste em “reacoplar”, o que leva a “descolonizar” o Mundo da vida da força de domínio do Sistema, e que não se trata de uma regressão às formas anteriores, mas na reassunção dos envolvidos para manter a integridade de todos.



Modelo da ação comunicativa em Habermas  
Fonte: esquema próprio

Como se percebe o modelo “desencaixe”/”reencaixe” em Guiddens é correlato ao modelo habermasiano “desengate”/”reengate”; e uma eventual teoria da modernidade via ação comunicacional em Habermas encontra similitudes no modelo da modernidade reflexiva de Giddens.

## 2. CONSUMIDORES DO DIREITO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 é resultado de longos debates e de largo histórico onde se destaca, diante do Código Comercial, nova modalidade de atuação jurídica visando proteger as relações de consumo. Seu campo de aplicabilidade no Brasil enfrentou resistência, sendo, por exemplo, o serviço entre os bancos e seus clientes tipificado enquanto relação de consumo fruto de decisão no Supremo Tribunal Federal apenas em 2006<sup>200</sup>.

O CDC foi, e ainda é, festejado como lei especial após a Constituição Federal de 1988, ampliando a proteção para expressiva parcela da população brasileira em suas relações

<sup>200</sup> (ADI) 2591, ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif). A entidade pedia a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na parte em que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. ADI disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>

de consumo, criando contraponto em face do poder econômico dos empresários. Operacionalmente, a Lei 1985 que transfigurou a atuação do Ministério Público, passou a atribuir ao *obudsmann* o olhar percuciente também sobre o meio ambiente e sobre as relações de consumo, a perfilar procedimentalizações de uma sociedade crítica e não mais uma estrutura jurídica reprodutora de valores oligárquicos. Certo também é que o CDC passava a considerar o capitalismo como pressuposto geral, senão das relações sociais, do próprio sistema jurídico, que deveria abarcá-lo, mediá-lo e tomar decisões.

A questão que encaminharemos aqui é a de aventar suas eventuais correspondências com os mecanismos de “reencaixe”, em Giddens.

## 2.1. Uma cartela para os direitos humanos

Martins (2015) problematiza o conceito jurídico de pessoa, não mais estacionado no modelo canônico, mas tornado complexo em face da globalização e do cidadão no mundo, à mercê da agressividade do mercado, entendendo ocorrer personalidade jurídica internacional situada juridicamente na globalidade.

Portanto - e tecendo um paralelo com o nosso debate -, diante do indivíduo “desencaixado”, desacoplado do espaço-tempo, caberia ao direito atuar relativizando o conceito de lugar.

O direito do consumidor, mais especificamente, também é lugar. Locus ambivalente (mas não incoerente) onde, num âmbito interno, a pessoa vulnerável está ‘situada’ e deve encontrar os elementos normativos e positivos essenciais ao livre desenvolvimento e onde, num âmbito maior e externo, o próprio sistema se situa na plataforma social estratosférica, ao lado de outros ambientes, especialmente o mercado, empoderando os vulneráveis, mesmo porque expressão de direitos humanos (MARTINS: 2015, p. 92-93).

Diante do avanço da economia sobre o próprio Estado, que na perspectiva liberal ocupa escopo mínimo, atuando como fiscal, o indivíduo, em suas múltiplas atuações, irá consubstanciar-se com as relações de consumo em diversas acepções: no viés econômico estrito, tornando-se *homo oeconomicus* em sua “sobrevivência evolutiva”, a qual, todavia, não se centra apenas na racionalidade, eis que o consumo a extrapola; em abordagens sociológicas, onde o consumidor irá responder às variantes sociais e demográficas, e aqui poderão se opor consumidores e produtores; na seara psicológica, onde importa conhecer as motivações, o aprendizado e a personalidade dos consumidores; e pelas vias da antropologia, nas quais o

consumidor poderá ser observado a partir das peculiaridades etnográficas (religião, raça, gênero etc.) e suas conseqüentes forças nas relações sociais. Complexidades - do *Sistema* e do *Mundo da vida* - que, em Martins, merecem ser trabalhadas em estratégias dogmáticas, da quais seleciona três: 1) *experiência e cultura* – aplicando-se o “diálogo das fontes”, vale dizer, considerando que as normas jurídicas não se excluem, supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam; nesse sentido, a hermenêutica histórica, constatando a permanente mutação dos valores e critérios humanos, estaria a capacitar o direito enquanto instrumento de transformação social, em especial no campo semântico do direito do consumidor, capaz de atrair referendos e analogias com ordenamentos constitucionais, especiais e internacionais, além de avocar os costumes; 2) *lugar político* – onde se expressa a importância do CDC no cenário político neodemocrático, respondendo a anseios, como também na ampliação social do campo dos consumidores, ampliando o acesso (planos de habitação e moradia, ingresso no ensino superior, inclusão digital, fomentos de crédito etc.) e os cuidados que ensejam eventuais conseqüências negativas (crédito responsável, superendividamento, insolvência etc.); 3) *o dever de proteção do consumidor* – conjugado com o princípio de não-intervenção do Estado na iniciativa econômica importa também proteger as situações de vulnerabilidade do cidadão, sob pena de omissão institucional.

Para essa atuação conseqüente do Estado (desvinculado do conceito/atuação política) insta acionar o princípio da condução responsável, onde os poderes da República devem se guiar mediante o respeito aos direitos humanos. Ressalta que o não cumprimento do dever de proteção ao consumidor, inclusive e, sobretudo, no campo próprio da administração pública, corresponde à quebra do princípio da legalidade. Ademais, com o advento da globalização, justamente, trata-se de orquestração internacional que tem o desiderato de garantir o leque de direitos humanos reconhecidos em tratados. Vale dizer, constitui o direito do consumidor campo próprio na Teoria da Justiça e se é, em geral, territorialmente localizado, a globalização permite se falar em um campo de atuação num “espaço-mundo” e de um “geo-direito”, gerando um direito humanitário a fazer frente à economia globalizada.

Podemos arriscar em alargar o conceito, para deslindar que o CDC passa a se inscrever no sistema jurídico como fonte autônoma a ponderar um contradomínio econômico de base popular. Desse modo, essa nova figura jurídica, o “consumidor”, não é mais o vassalo da ordem feudal, tampouco o operário da oligarquia industrial, mas o cidadão republicano a expressar-se enquanto parte legítima no conjunto dos direitos e na ordem econômica, cuja livre



iniciativa deveria equalizar as relações e, se assim não o faz, reclama do Estado a devida ouvidoria. Efing (2011) ao analisar o mesmo cenário, irá enfatizar:

Merecem os consumidores a devida tutela do ordenamento jurídico, enquanto classe vulnerável, para que assim possam estar protegidos frente ao fortalecimento da empresa, que se posiciona de modo a impor as regras nos contratos, gerando, desta forma, a figura dos contratos de adesão e práticas homogeneizadas no mercado de consumo (EFING: 2011, p. 106).

Nesse sentido, o CDC estaria a inovar ao municiar a técnica jurídica de procedimentos e ferramentas que permitiriam conter o controle sistêmico do capital flexível, corrigindo desigualdades<sup>201</sup>. Desse modo, apresenta nos artigos 1º ao 7º os princípios gerais da relação de consumo, com destaque, no art. 4º à *harmonização* dos interesses dos participantes das relações de consumo e, no art. 6º, à inversão do ônus da prova, ponto nodal, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Na seção sobre a defesa do consumidor em juízo, o CDC irá propor as ações coletivas, onde, pluralizado, os direitos dos “consumidores” irão ganhar contornos de política pública. De igual maneira, o art. 83 irá dispor sobre a admissibilidade de todas as espécies e ações capazes de propiciar a efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos e, no art 84, § 5º, se perfaz a possibilidade do juiz tomar medidas cautelares de caráter prático, com vistas à satisfação do direito do consumidor. Diante do mercado volátil, o CDC “salvaguardará a confiança depositada pelo consumidor à prestação contratual” (EFING: 2011, p. 112).

A questão que se coloca, por fim, diante do cidadão consumidor enquanto exemplo no campo sociojurídico do sujeito moderno fractuado - especialmente na dicção apresentada por Martins (2015), que ampara um discurso emancipatório, canônico e humanista -, é se esse mesmo direito é ainda capaz de lidar, nos casos concretos, com a velocidade dos “desencaixes” (Giddens), em especial com a “colonização do mundo da vida” (Habermas) em situações de risco (Beck) em um mundo onde nos tornamos também mercadorias (Bauman).

## 2.2. O tempo digital

A migração para a internet de diversas modalidades de consumo, gerando contratos instantâneos e abrindo todo um novo campo de relações comerciais, impuseram ao direito um ritmo no qual sua performance *medieval*, centrada ainda na decisão de convencimento do juiz

---

<sup>201</sup> Nesse sentido, ver também MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

a ponderar com bom-senso as questões à luz da melhor exegese, faz crer que esse tipo de serviço jurisdicional pelo Estado tornou-se obsoleto e incapaz de fornecer as respostas para as demandas que a modernidade radicalizada impõe.

Trata-se ademais, daquilo que Walzer (2003) já classificava como predomínio, ou seja, o poder econômico, ao dominar os meios de informação, avança ainda além do monopólio que detinha e passa a colonizar outras áreas, inclusive o poder do próprio Estado.

Ainda que não se alterem as bases humanitárias da equação, as alterações tecnológicas acarretam mudanças de plano e ampliam territórios, sendo necessário fornecer respostas instantâneas caso se queira acompanhar tal dinâmica.

Em uma sociedade em constante mudança, novas relações que devem ser reguladas pelo direito surgem a todo tempo. Um direito incapaz de compreender a dinâmica da influência da tecnologia sobre a sociedade é um ordenamento que foi furtado de seu tempo, já que não tem mais contato com a realidade fática. Está fadado a se tornar obsoleto. Para atingir o seu objetivo de tutelar a pessoa humana, cabe ao direito não só acompanhar a tecnologia, mas sim criar projeções e estar atento às tendências (MARTINS, RAMADA e MARQUES: 2020, p. 309).

O novo território de disputas, o terreno virtual, ao tempo em que facilitou a comunicação, elaborou novas sintaxes.<sup>202</sup> A dificuldade não é tanto a da linguagem, afinal, se assim o fosse, hipoteticamente bastaria que o direito enquanto um comutador semântico se convertesse em aplicativo, qual um tradutor, mas trata-se de uma territorialidade difusa e nossa tecnologia jurídica ainda atua como um pretor romano a impor a ordem imperial à sua comarca e não além, às terras bárbaras.

Nesse sentido, os próprios dados pessoais tornam-se campo de disputa, eis que o controle informacional classifica seus usuários e mesmo os conduz pelos labirintos da navegação virtual, estendendo a cada um seu próprio fio de Ariadne concebido via algoritmos.

Nessa nova estrutura social vive-se para o consumo e a pessoa humana muitas vezes é, ela mesma, o produto consumido, isto é, uma vez que os dados pessoais são elementos da própria personalidade, e na medida em que tais dados são coletados, classificados, transmitidos, negociados e altamente valorados patrimonialmente pelas empresas e instituições, já é a própria pessoa o objeto que está sendo avidamente consumido, ainda que nem sempre se dê conta (MARTINS, MACHADO e LIMA: 2019, p. 52).

---

<sup>202</sup> No mesmo sentido comentam Benevides, Noda e Santos (2020, p. 339): “Se hoje o contato com a empresa para possíveis reclamações se tornou mais prático e público, o surgimento de grandes fornecedores existentes quase que unicamente no campo online despersonaliza as discussões e aumenta a possibilidade de desrespeito ao consumidor”.

Classificados seja pela negatividade de crédito ou servindo de base para o consumo sequenciado, os próprios dados dos indivíduos são negociados e manuseados à revelia destes. O direito da privacidade e de intimidade resta subsumido sob a avalanche de contratos de adesão quando não pela própria dinâmica não explícita de absorção de informações quando do processamento de dados. A imagem remete ao cidadão preso à teia gigantesca, a ser devorado pela mercantilização desautorizada ou não consentida de seus dados pessoais. E aqui pouco importa para o sistema aracnídeo se existem características identitárias e de personalidade, tudo pode ser exposto ou controlado<sup>203</sup>. Como fraca reação, angustiado e melancólico, o cidadão consumidor ainda consegue digitar no celular a senha no *shopping jurídico* para localizar a melhor maneira de garantir o tratamento legal dos seus dados, e até, talvez, invocar o dano moral como contrapartida econômica. Afinal cada um é só um, mas deve ser levado em conta.

No contexto global, não é mais possível considerar problemas da privacidade somente por meio da distinção entre os dados que devem ser coletados e os dados que devem ser divulgados, entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa fortaleza” que glorifica a privacidade e a “casa vitrine” que privilegia as trocas sociais (MARTINS, FRANCO e RAMADA: 2019, p. 62).

O direito se transforma, à luz dessa megainformação no mundo-espetáculo-sistema também num produto, uma espécie de marketing de manual, a aconselhar parâmetros, em letras pequenas, escritas no fim da página, onde quase ninguém lê. Afinal, é um produto obsoleto, tem de melhorar sua marca, fomentar *start ups*, inovar. Nesse sentido, estratégias alternativas, como a arbitragem, modelos de mediação e mesmo ações de conciliações comunitárias, têm sido colocadas em operação e avaliadas suas performances, sem diagnósticos estimulantes até o momento. De igual maneira, os juizados especiais, ao minimizar a burocracia e sublinhar a celeridade, forçosamente, diante da ampliação quantitativa de demandas, aplicam juízos homogêneos a causas de natureza repetitiva, estabelecendo padronizações. Nesse intricado xadrez dos repeats players, o jurídico das empresas, exatamente por analisar o conjunto das demandas, seus resultados e projeções, muitas vezes fará com que uma causa, que poderia ser

---

<sup>203</sup> Nesse sentido, a Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro criou o Prêmio Patrícia Acioli que, em sua 9ª edição, em 2020, premiou a reportagem do colunista Rubens Valente, do UOL, sobre a ação do governo federal em monitorar professores e policiais antifascistas (cfe. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/11/11/reportagem-do-uol-sobre-dossie-antifascista-recebe-premio-patricia-acioli.htm>)

negociada ou paga (se estivesse fora do conjunto), não o seja, justamente para não fomentar “campos de irradiação” de novas reivindicações.

Não importa a “verdade”, não importa o “direito”, importa mensurar o impacto econômico da indenização, ou até, inversamente, se antecipar à própria demanda e liquidar a fatura, pagar danos e indenizar. Vejam-se os casos dos desastres de barragens e o largo espectro que representam na força econômica mundial a atuação das mineradoras. De um lado, um poder judiciário a aplicar a mediania de valores de dano moral, balizados em jurisprudência, sem levar em conta a complexidade da desterritorialidade e do verdadeiro dano existencial. De outro lado, o confronto entre economia e poder, eis que se insurgem Ministérios Públicos e Defensorias, assim como novas regras pelo Legislativo, a pressionar a atuação irresponsável e necropolítica. Hora do jurídico da empresa propor estratégias mais amplas, indenizações mais altas, pagamentos rápidos, propor arbitragens, criar fundações – e assim, pagando a terra devastada, não pagar a recuperação da terra; ao pagar o novo território, não pagar os efeitos psicológicos da perda de referenciais e culturas; ao pagar aqui, tirar de vista a exploração em todos os outros locais.

Isso quando o próprio poder econômico de grandes empresas atua através do poder empresarial e também econômico da mídia, narrando uma versão do mundo social que coincide com seus interesses. Espaço, onde eventualmente, não só a intimidade alheia poder transformar-se em moeda (vida de famosos, escândalos etc.) como a notícia sensacionalista levar a fatos paradoxais, como ainda o próprio marketing pode levar a desvios.

A ação publicitária afeta a liberdade de escolha dos indivíduos, principalmente quando manipuladora e falsa, pois interfere diretamente na autonomia da vontade do consumidor. Com isso temos a formação de valores de consumo pelas agências de publicidade, sem um acordo coletivo envolvendo os consumidores. Trata-se de uma questão sensível, já que as fontes basilares do Direito impõem a necessidade de um diálogo de sistemas jurídicos, focado na preservação da liberdade de imprensa e liberdade de escolha do consumidor. São direitos da personalidade essenciais de cada cidadão, que passam a ser cerceados, quando a sociedade se furta desse debate com a narrativa publicitária (NASCIMENTO e LIMA: 2019, p. 122).

Ainda se faz necessário um Manual de Oslo<sup>204</sup> jurídico, a apresentar propostas tecnológicas e aplicações racionais e mensuráveis de meios instantâneos de resolução de conflitos em searas digitais e em outros meios de comunicação ou, inversamente, a

---

<sup>204</sup> O Manual de Oslo, originalmente lançado em 1997, como fruto de cooperação de diversos países da Comunidade Europeia, é a principal fonte internacional de diretrizes para coleta e uso de dados sobre atividades inovadoras da indústria (OCDE: 2004).

demonstração da efetividade do direito do consumidor no mercado global pelas vias da tecnologia existente.

### 3. ANALEPSE DO DIREITO

A imagem agora é do Direito enquanto uma tia velha com doença de Alzheimer a passear com seu cãozinho numa praça que se transformou em plataformas de skate para jovens anarquistas que conseguem digitar enquanto realizam acrobacias.

O direito parece atuar de forma claudicante, lenta, pautado por modelos bizantinos e incapazes de assumir missões mais arrojadas. Retomando as questões trabalhadas até aqui, constatamos que a melhor técnica jurídica, voltada aos direitos humanos e sociais e imersa no raio de atuação de um direito crítico irá se pautar por sua própria autorreflexividade, em busca de melhores aportes. Nesse sentido, não raro surgirão ênfases na ampliação e estruturação de órgãos com algum grau de independência, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, em geral conclamando pela necessidade de maior especialização e pela criação de departamentos exclusivos para não sujeitar o direito do consumidor aos esquemas contratuais predispostos pelas “potentes corporações internacionais” (MARTINS, MARTINS e TOSTES: 2019, p. 20).

Nesse sentido, vale aferir se o direito do consumidor funciona enquanto plataforma/ponto de acesso, restabelecendo os “compromissos com rosto” e possibilitando, em algum grau, a sensação de “reencaixe”.

Em primeiro lugar, trata-se de reconhecer que o desafio colocado surge justamente em face de uma sociedade de risco (BECK: 2011) e em um mundo globalizado que converte o cidadão em mercadoria (BAUMAN: 2008). Resta saber se as ferramentas de reacoplagem e de enfrentamento à colonização do mundo da vida (HABERMAS: 1989) são suficientes e adequadas. Vejamos alguns pontos: a começar pelos critérios de cognição tomados a Kohlberg. Aqui, as ferramentas jurídicas certamente alcançariam o Nível 3, e a 5ª etapa, consagrando o contrato social, com aspirações à 6ª etapa onde um mundo holista enfrentaria a desigualdade ecológica e a sociedade de consumo buscaria equilibrar suas forças. No entanto, vale referir que a atuação política no interior do Estado pode provocar cenários macropolíticos reativos, promovendo ações autoritárias, culturas negativistas da ciência, populismos extremados, neonacionalismos etc. Nesse sentido, se lido em ambiente de confronto extremo, retomar

cognitivamente o Nível 1 pode ser estratégia, por exemplo, na luta contra o fascismo, evitando ser castigado pela lei persecutória ou buscando um hedonismo “malandro”.

Ou seja, nortear-se por um parâmetro discursivo tornando homogêneo pode ser um pressuposto para criar as bases de um diálogo negocial, mas as afasias discursivas devem ser ponderadas, de maneira a garantir que uma hierarquia discursiva não venha a aprisionar expressões informacionais identitárias. Por outro lado, o direito é já esse conversor/tradutor das semânticas em conflito e o advogado, por pressuposto, é este especialista linguista. Difícil será pontuar os marcos transfederativos, se possíveis, para além do embate de forças colonizatórias (COSTA, MADEIRA FILHO, SILVA e MENEZES: 2011).

Vejamos, então, a sorte de questões aventadas por Martins (2015), identificando que o *lugar político* está bem compreendido pelo direito crítico, assim como o *dever de proteção ao consumidor*, que aplica a paridade de armas entre neopatrícios e neoplebeus, todavia o diálogo das fontes (*experiência e cultura*) amplia o sistema interpretativo ao âmbito transfederativo, como nos exemplos apresentados pela União Europeia, mas não vai além do modelo estrutural clássico (MADEIRA FILHO: 2015). Talvez fosse o caso de aplicar leituras em maior grau de complexidade, acoplando novos graus de articulação da linguagem e aferindo o alcance simbólico na economia estrita das mensagens e mesmo na ação comunicativa – trabalho que está ainda por ser realizado. Mas vale ressaltar o papel interdisciplinar acionado para a melhor leitura do conflito sociojurídico – com os aportes na economia, na sociologia, na psicologia e na antropologia – a demonstrar um caleidoscópio-cidadão, que passa, por consequência a exigir interpretações complexas e elaboradas e onde uma eventual interpretação canônica pode estar obstar a força propriamente original de uma demanda.

Vale dizer, essa herança lírica da arte do bom e do justo, com ares nostálgicos, a clamar nos espaços vazios e fantasmagóricos a emergência de uma luz que se entreviu, ainda que um tanto patético, ainda que com seu senso de ridículo, traduz uma vontade humanitária de acreditar em uma melhor justaposição das forças políticas.

## CONCLUSÃO

O campo jurídico gravita, em termos habbermasianos, no entorno da prestação jurisdicional de serviços pelo Estado e via *diferenciação e racionalização* se instaura enquanto subsistema, também com comandos colonizatórios, a um tempo controlando as demandas individuais e suas subjetividades, como também entrando em uma espécie de guerra civil em

relação às tentativas de predomínio da economia. Ter a capacidade de operar e cumprir sua função burocratizante em cenários complexos, passa a ser uma exigência da própria modernidade. Caso contrário a estrutura ameaça ruir e a falha sistêmica levará a seu redimensionamento neofeudal, elaborando muros de defesa para grupos corporativos e ampliando a indústria bélica da segurança para conter as massas expropriadas inclusive do éden discursivo.

O “reencaixe”, ou seja, abraçar com nossa subjetividade o maravilhoso mundo novo da razão moderna e objetiva, implica em trazer o global para o local, e em converter o flexível no compasso do nosso rito, no passo da nossa tribo, pois sem entender o que se fala não há ação comunicativa, e sem notar quem fala não há compromisso com rosto.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED, 2008.
- BECK, Ulrich, GIDDENS Anthony e LASH Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oieras, Portugal: Celta Editora, 2000.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª. Edição. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BENEVIDES, Lucas da Cruz; NODA, Raphael Del Monte Schiavi; SANTOS, Ricardo Moura. Avanços tecnológicos e modificações na relação consumidor-fornecedor. *In*: MARTINS, Plinio Lacerda; RAMADA, Paula Cristina Pinto; NEVES, Edson Alvisi. **O direito do consumidor na modernidade**. Niterói RJ: Editora da UFF, 2020, p. 337-351.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2015. Edição digital.
- COSTA, Maria Alice Nunes; MADEIRA FILHO, Wilson; SILVA Daniela Juliano; MENEZES, Mariana Devezas R. M. de. Governação territorial e marco regulatório ambiental transnacional: é possível uma governação inteligente e emancipatória no século XXI? *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; CUNHA, Teresa (eds). **Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul**. Coimbra, Portugal: Centro de Estudos Sociais, 2015, p. 317-341.
- EFING, Antônio Carlos. Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas. *In*: **Revista Luso-brasileira de direito do consumo**, vol. I, n. 1 março 2011, p. 103-120.
- FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. *In*: **Cad. CRH**, Salvador, n.22. p.138-163, jan/jun.1995
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- LUVIZOTTO, Caroline Kraus. A racionalização das tradições na modernidade: o diálogo entre Anthony Giddens e Jürgen Habermas. *In: Trans/Form/Ação*, Marília, v. 36, p. 245-258, 2013. Edição Especial.
- MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: aspectos introdutórios – lógica e linguística aplicadas ao direito. *In: Confluências*, n. 8. Niterói: PPGSD-UFF, novembro de 2006, p. 25-33.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária: em busca do modelo nomo-global de promoção aos vulneráveis. *In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (orgs.) Novas tendências do direito do consumidor: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015, p. 88-119.
- MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino. Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos independentes de defesa do consumidor para a adequada tutela dos dados das pessoas. *In: MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; LIMA, Marcos Cesar de Souza. Hermenêutica jurídica: a relação de consumo na sociedade*. Niterói: UFF, 2019, p. 5-22.
- MARTINS, Plínio Lacerda; MACHADO, André Roberto de Souza; LIMA, Marcos Cesar de Souza. Privacidade: os dados pessoais na sociedade contemporânea. *In: MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; LIMA, Marcos Cesar de Souza. Hermenêutica jurídica: a relação de consumo na sociedade*. Niterói: UFF, 2019, p. 42-52.
- MARTINS, Plínio Lacerda; FRANCO, Paulo Fernando; RAMADA, Paula Cristiane Pinto. A relação jurídica de consumo e a vulnerabilidade da proteção dos dados pessoais. *In: MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; LIMA, Marcos Cesar de Souza. Hermenêutica jurídica: a relação de consumo na sociedade*. Niterói: UFF, 2019, p. 53-68.
- MARTINS, Plínio Lacerda; RAMADA, Paula Cristina Pinto; MARQUES, Bruno Falque Rodrigues. Perspectivas mercadológicas da circulação e dados pessoais. *In: MARTINS, Plínio Lacerda; RAMADA, Paula Cristina Pinto; NEVES, Edson Alvisi. O direito do consumidor na modernidade*. Niterói RJ: Editora da UFF, 2020, p. 304-320.
- MIRANDA, Napoleão. “Consumo, ergo sum” (ou Consumo, logo existo). *In: Confluências*, Vol. 13, n.1. Niterói: PPGSD-UFF, novembro de 2012, p. 185-200
- NASCIMENTO, José Renato Torres do; LIMA, Marcos Cesar de Souza. A construção da identidade do consumidor na narrativa publicitária contemporânea. *In: MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; LIMA, Marcos Cesar de Souza. Hermenêutica jurídica: a relação de consumo na sociedade*. Niterói: UFF, 2019, p. 101-123.
- OCDE (Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento). **Manual de Oslo: proposta de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica**. Tradução de Paulo Garchet. Brasília DF: FINEP, 2004.
- PROUST, Marcel. **Em busca do tempo perdido**. 7 volumes. 3ª edição. Tradução de Fernando Py. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.
- UOL. Reportagem do UOL sobre dossiê antifascista recebe prêmio Patrícia Acioli. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/11/11/reportagem-do-uol->



[sobre-dossie-antifascista-recebe-premio-patricia-acioli.htm?cmpid=copiaecola](#), acesso em dezembro de 2020.

WALZER, Michel. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## **O NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR PERANTE AS PLATAFORMAS DIGITAIS: UM ESTUDO À LUZ DA ECONOMIA DE COLABORATIVA**

*Rafael de Oliveira Monaco*

### **INTRODUÇÃO**

A evolução da ciência da computação contribuiu para um desenvolvimento tecnológico inimaginável promovendo inovação nos mais variados campos da atividade humana. Esse movimento disruptivo, marcado pela desmaterialização das relações jurídicas e virtualização das relações sociais, deu ensejo a uma mudança dos padrões de comportamento estabelecidos por meio da “internetização” da vida, funcionando como o novo paradigma da pós-modernidade.

Em consequência direta, esse fenômeno fez surgir novos desafios para o Direito, quer em razão da ausência normativa sobre novas situações fáticas, quer em função da dificuldade de subsunção dos tipos legais já existentes aos novos modelos negociais.

Especialmente, no mercado de consumo, a projeção econômica do comércio eletrônico e a necessidade de proteção dos direitos do consumidor se colocam em posição de destaque, dada a fricção que tais questões operam na dinâmica contratual.

De outro lado, a necessidade de inclusão digital e as novas formas de arranjo econômico, pela economia de compartilhamento, agravam a situação de vulnerabilidade do consumidor e geram uma crise de identidade dos papéis desempenhados pelos participantes da cadeia econômica. Ao invés da tradicional relação entre o fornecedor direito e o consumidor surgem novas redes contratuais com multiplicidade de agentes, no âmbito digital, de maneira a fomentar uma insegurança jurídica quanto à determinação da responsabilidade civil dos sujeitos, na forma preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Exemplo marcante desse novo desenho são as plataformas digitais que funcionam como figuras intermediárias, verdadeiros controladores de acesso ao mercado de bens e serviços no ciberespaço, mas ainda carentes de disciplina normativa na lei 8.078/90.

Ante à incerteza reguladora desta situação, será no princípio da confiança que irá repousar as novas bases para o enfrentamento destes pontos de tensão entre os agentes econômicos, a fim de proteger os direitos do consumidor diante de um novo tempo.

### **1. O MOVIMENTO DISRUPTIVO E O “DESENCAIXE” SOCIAL**

A tecnologia da informação, por meio da técnica de processamento de dados, revolucionou a vida em sociedade impondo um ritmo acelerado de constantes mudanças<sup>205</sup>. Assim, ultrapassada a fase agrária e industrial, cujo centro econômico-social se encontrava na terra e na reunião dos fatores de produção, atualmente, o novo momento é estruturado pelos sistemas de informática, notadamente com o uso da *internet*<sup>206</sup>.

Inovações tecnológicas de toda ordem invadem o espaço nos tempos atuais. O que é novo hoje se torna obsoleto amanhã em um ciclo de infinitas possibilidades, escolhas e descartes, em autêntico movimento disruptivo<sup>207</sup>.

Se pode afirmar, então, que houve um deslocamento do eixo sócio-econômico da vida para dentro de um *chip*, o que promoveu uma sensível alteração no comportamento econômico e social modificando os padrões ante consolidados se estabelecendo como um novo arquétipo de variados matizes calcada na rede interligada de computadores.

Esse fenômeno digital, em sua imagem multifacetada e poliédrica, se traduz, em primeiro lugar, pela relatividade do conhecimento, estabelecendo um pensamento em rede ou coletivo em detrimento dos saberes individuais (Marques; 2017, p.2). Isto é, neste novo modelo tecnológico o referencial não é mais subjetivo, calcado na pessoa, no indivíduo, mas coletivo, correlacional, ou seja, em rede<sup>208</sup>.

Por sua vez, a criação dos *smartphones* e a explosão dos programas de *software*, em aplicativos, formataram negócios exclusivamente em meio digital trazendo consequências diretas para o mercado e para o Direito, operando-se uma ressignificação dos tradicionais

---

<sup>205</sup> Segundo Pinheiro (2010, p. 5): “A sociedade humana vive em constante mudança: mudamos da pedra talhada para o papel, da pena com tinta ao tipógrafo, do Código Morse à localização por Global Positioning System (GPS), da carta ao e-mail, do telegrama à videoconferência. Se a velocidade com que as informações circulam hoje cresce cada vez mais, a velocidade com que os meios pelos quais essa informação circula e evolui também é espantosa”.

<sup>206</sup> Como aponta Castells (2003, p. 7): “A Internet é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede”.

<sup>207</sup> “Disrupção digital (ou Digital Disruption) é o termo utilizado para explicar o efeito das tecnologias digitais sobre os modelos tradicionais de negócios, ou seja, a evolução tecnológica que rompe e supera as tecnologias existentes. A partir dela, tornou-se necessário reformular a forma de fazer negócios para que as empresas continuem tendo espaço no mercado e sendo competitivas. Esse processo de transformações afeta o ambiente de negócios e, também, a sociedade como um todo. É um fenômeno que provoca mudanças significativas no uso de tecnologias e na forma como as empresas vendem e interagem com seus clientes”. Disponível em <<https://blogbrasil.westcon.com/o-que-e-disrupcao-digital>>Acesso em 23 de Dez. 2020.

<sup>208</sup> Prova disso é que as consagradas Enciclopédias, como a Delta Larousse e Barsa, tradicionais até os anos 90, perderam vez no cenário atual frente à criação da Wikipédia.

institutos contratuais, como a compra e venda e a prestação de serviços, bem como a inserção de novos entrantes como agentes facilitadores para o consumo em âmbito eletrônico.

Ademais, tendo em conta a “internetização” da vida, com a ampliação cada vez maior das transações remotas, a exemplo dos serviços bancários, médicos, educacionais, alimentícios e relacionais, surgiram novos conteúdos contratuais de bens e serviços, a partir da concepção de bens digitais<sup>209</sup>, como os contratos de licenciamento de *software*, de *streaming*, de armazenamento de dados na nuvem (*cloud*), além da possibilidade de conectividade de produtos (*internet* das coisas) e a própria automatização dos bens, por meio da inteligência artificial, o que demonstra, claramente, o delineamento desse novo paradigma e os desafios desse novel modelo quando transmutado para o Direito<sup>210</sup>.

Do ponto de vista sociológico, essa nova etapa da modernidade, segundo Giddens (1991; p. 22/25), é caracterizada pela descontinuidade das relações presenciais com o esgarçamento das condições de tempo e espaço, o que impacta na organização social, promovendo o que o autor denomina de “desencaixe”. Vale dizer, nas sociedades pré-modernas a vivência apresentava uma condição de perfeito encaixe das instituições trazendo uma sensação de segurança e estabilidade das relações sociais pela manutenção do contato presencial, da contagem do tempo e da delimitação geográfica do espaço. Ocorre que, na era pós-moderna, globalizada, anônima e virtual, esse binômio se esvai, dando azo a um desencaixe institucional com o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço (p. 24)”.

Em outras palavras, esse quadro de autonomização da vida com a despersonalização dos sujeitos, da desmaterialização dos objetos, da desterritorialidade e da atemporalidade das relações, com a inundação de informações em rede, imediatismo da satisfação dos desejos, relatividade dos conceitos e velocidade das mudanças, desconstrói a estabilidade outrora existente, promovendo o “desencaixe” do edifício social, conforme preconizado pelo autor.

---

<sup>209</sup> “Tem especial interesse, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, os denominados bens digitais, também denominados *digital assets ou digital property*. Assim, por exemplo, as mensagens de correio eletrônico arquivadas, informações, arquivos (fotos, documentos) disponibilizados em rede social ou em site de compras ou em plataformas de compartilhamento de fotos ou vídeos, os softwares que contratam licença de uso on-line (mediante senha ou código) pelo tempo assegurado de fruição, ou arquivos compartilhados em serviços de compartilhamento ou armazenamento de dados (p. ex. o armazenamento em nuvem – *cloud computing*). Há, nesses casos, interação entre a prestação de um serviço que poderá ser de oferta ou de custódia de bens digitais, espécies de bens incorpóreos cujo interesse legítimo de uso fruição e disposição pertença ao consumidor” (Miragem; 2020, p. 349-350).

<sup>210</sup> Atualmente já se fala na existência de um Direito Digital, como um ramo autônomo do Direito, em relação as demais disciplinas tradicionalmente catalogadas. Assim, os temas dotados de virtualidade que perpassam, transversalmente, as disciplinas do Direito Civil, Empresarial, Trabalhista, Tributário, Administrativo e Penal, já teria alcançado foros de autonomia, em razão do novo ambiente em que se desenvolvem, isto é, o espaço cibernético. (Guimarães, 2017, p. 71-74).

As incertezas e os anseios dessa condição pós-moderna desaguam, naturalmente, na busca da reconstrução de uma individualidade embaçada que encontra, na sociedade de consumo, uma tentativa ilusória de refazimento dessa identidade perdida. No entanto, segundo Bauman (2007; p. 29), cuida-se de tarefa contraditória e impossível de ser realizar, dado que “a individualidade é o produto final de uma transformação societária disfarçada de descoberta pessoal” (p. 31), fomentada na lógica do consumismo<sup>211</sup>. Como escreve o autor (2008; p. 63):

A sociedade de consumo tem como base suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua *insatisfeito*; mais importante ainda, quando o cliente não está “*plenamente satisfeito*” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizada.

Nesse sentido, verifica-se que o consumismo foi erigido como o sinal de pertencimento na sociedade pós-moderna e funciona como uma das fichas simbólicas da modernidade, na ótica de Giddens (p. 25/28), ao possibilitar a separação de tempo-espaço, plasmada pelo uso do dinheiro e do crédito, como elementos reinantes do sistema econômico capitalista.

Com efeito, dada a virtualização da vida e a gama de inovações tecnológicas, o consumismo também foi guindado à condição virtual. Para além de um mercado físico de produtos e serviços houve a formação de um mercado digital plasmado pelas trocas eletrônicas. Daí a necessidade cada vez maior de proteção do consumidor exposto a esse novo ambiente de negócios. É preciso, pois, encontrar mecanismos de “reencaixe”, a fim de trazer segurança jurídica e equilíbrio nas relações comerciais.

## 2. DO COMÉRCIO ELETRÔNICO À INCLUSÃO DIGITAL

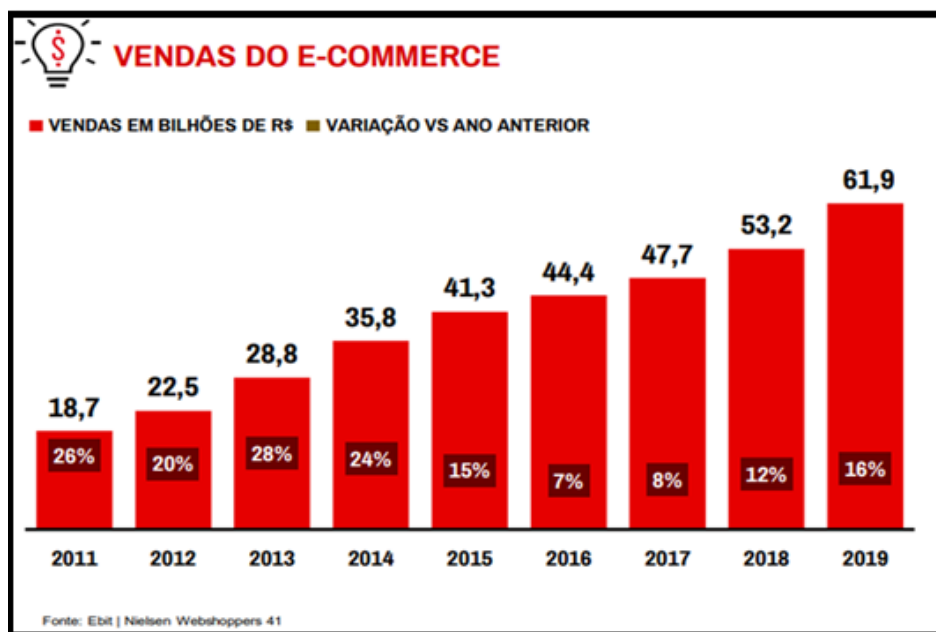
Surgida a partir do final dos anos 60, nos Estados Unidos da América, a *internet* tinha fins especificamente militares, visando a troca de informação entre bases operacionais,

---

<sup>211</sup> “Os dilemas e as perplexidades que as sociedades destinam a seus membros geralmente se fazem acompanhar de estratégias socialmente endossadas e recomendadas, assim como de ferramentas para a sua solução. O consumismo é uma resposta do tipo “como fazer” aos desafios propostos pela sociedade de indivíduos. A lógica do consumismo serve às necessidades dos homens e das mulheres em luta para construir, preservar e renovar a individualidade e, particularmente, para lidar com a supracitada aporia”. (2007, p. 36)

em caso eventual guerra. A partir dos anos 80, através do aprimoramento da rede, a *internet* passou a ser utilizada para o intercâmbio acadêmico, entre as universidades americanas, com o escopo de pesquisas com nítido perfil científico. Contudo, foi a partir da metade dos anos 90 que a *internet* se popularizou. Se difundiu entre os particulares, em virtude da diminuição do custo aquisitivo de computadores particulares e a profusão de linhas telefônicas, despertando o interesse de todos, principalmente dos fornecedores de produtos e serviços, que viram, na grande rede, uma possibilidade embrionária de aumento de mercado.

Essa postura visionária do comércio virtual, contrariando os prognósticos quanto aos hábitos dos consumidores, no que toca às compras físicas, chegou ao seu ápice<sup>212</sup>. As vendas pela *internet* totalizaram no Brasil, no ano de 2019, a quantia de R\$ 61,9 bilhões, conforme se constata no gráfico abaixo indicado, o que representa um aumento de faturamento, na ordem de 16%, quando em comparação ao ano anterior.



Fonte: **Webshoppers 41ª edição.** 2020. Disponível em <https://company.ebit.com.br/webshoppers>>Acesso em 28 de dez. 2020.

<sup>212</sup> Fenômeno este que tem levado ao fechamento de estabelecimentos e à falência de diversos empresários que até então detinham uma posição dominante de mercado. É o caso, por exemplo, da líder americana de venda de brinquedos, a Toys R Us. A companhia tinha mais de 2.000 mil lojas e cerca de 60 mil funcionários, não sendo capaz de acompanhar a mudança de perfil dos consumidores e a entrada de novos participantes nas vendas eletrônicas, acarretando um grande prejuízo a partir de 2005, o que culminou com o encerramento das atividades, em julho de 2018, após 70 anos de existência. Disponível em < [www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/cadeia-de-loja-de-brinquedos-toys-r-us-vai-fechar-ou-vender-todas-as-lojas-nos-eua.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/cadeia-de-loja-de-brinquedos-toys-r-us-vai-fechar-ou-vender-todas-as-lojas-nos-eua.shtml)>Acesso em 29 de dez. 2020.

Os números, contudo, não param por aí. Segundo os dados disponibilizados até o momento, o faturamento do primeiro semestre de 2020 já chegou a 38,8 bilhões de reais, o que equivale a uma alta de mais de 9%, quando em cotejo com o 1º semestre de 2019, segundo dados apresentados pelo E-bit<sup>213</sup>.

Esse mercado digital abriu fronteiras para o consumo remoto a partir da criação dos *smartphones*, nos idos de 2007<sup>214</sup>, criando novas formas de oferta de bens e serviços e novos arranjos transacionais. A facilidade na localização dos bens desejados, por meio de pesquisa em navegadores, somada à agilidade na celebração contratual, sem perda de tempo e deslocamentos, aliado à simplicidade da própria contratação por meio de um botão (*one click*), tornaram o comércio eletrônico um estrondoso sucesso.

Esses dispositivos eletrônicos inteligentes revolucionaram o mercado de consumo. Contudo, de simples instrumentos de comunicação, foram convertidos, em verdade, em vitrines virtuais, com uma permanente exposição do usuário às ofertas de toda natureza<sup>215</sup>, 24 horas por dia, criando uma sociedade de hiperconsumo (Marques; 2017, p.2). Tal situação agrava ainda mais a desigualdade entre as partes, acarretando, por consequência, uma hipervulnerabilidade do consumidor, ante à ausência de conhecimentos específicos sobre a matéria digital, cuja Tutela Estatal não pode se omitir.

De ver que compete ao Estado promover e incentivar o progresso, a pesquisa, a capacitação científica, tecnológica e a inovação, consoante a determinação contida no art. 218 da CR/88, cumprindo o objetivo fundamental de desenvolvimento nacional previsto no art. 3º, II. Todavia, não se pode descurar da implementação de medidas assecuratórias dos direitos fundamentais, em particular àqueles voltados à defesa do consumidor, tal qual positivação no art. 5º, XXXII, em conjunto com o art. 170, V, todos da Carta Magna.

Nesse sentido, a lei 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da *Internet*, estatuiu a defesa do consumidor como um dos elementos fundamentais a serem tutelados, a teor do art. 2º, V<sup>216</sup>, havendo expressamente o estabelecimento do dever de inclusão digital, na dicção do

<sup>213</sup> Disponível em < <https://company.ebit.com.br/webshoppers>> Acesso em 29 de dez. 2020.

<sup>214</sup> Há exatamente 12 anos, em 9 de janeiro de 2007, Steve Jobs subia ao palco do Moscone Center, na cidade de San Francisco, para anunciar um produto revolucionário que iria mudar todos os rumos da indústria de tecnologia dali para frente. E, ao mostrar o que era este produto, todos os presentes não tiveram nenhuma dúvida: ao contrário do que costuma acontecer nesse tipo de apresentação, a fala de Jobs não era apenas uma figura de linguagem; era a mais pura verdade. Disponível em < <https://canaltech.com.br/smartphone/ha-12-anos-steve-jobs-mudava-o-mundo-ao-apresentar-o-primeiro-iphone-130471/#:~:text=primeiro%20iPhone%20%2D%20Canaltech-%20H%C3%A1%2012%20anos%20%20Steve%20Jobs%20mudava%20o,ao%20apresentar%20o%20primeiro%20iPhone&text=H%C3%A1%20exatamente%2012%20anos%20em,de%20tecnologia%20dali%20para%20fr>> Acesso em 29 de dez. 2020.

<sup>215</sup> Atualmente, por conta do desenvolvimento da inteligência artificial, muitas empresas se valem de algoritmos que identificam os gostos pessoais e as preferências dos consumidores, quando em rede, de modo a antecipar as escolhas e a direcionar a navegação no *e-commerce*.

<sup>216</sup> Lei 12.965/14. Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento

art. 26 e 27 do mesmo diploma<sup>217</sup>, o que induz à elaboração de uma regulação específica no setor para o combate dessa nova espécie de hipossuficiência em meio à navegação em rede<sup>218</sup>.

### 3. DA ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO ÀS PLATAFORMAS DIGITAIS

Como um movimento de reação ao hiperconsumo, centrado este na apropriação individual dos bens aquisitivos, atualmente, por conta da junção da inovação tecnológica com a transformação digital, tem surgido um novo modo de circulação econômica por meio da partilha de bens e serviços (*sharing economy*). Ao invés da propriedade, o uso comum. Ao contrário do domínio, a utilidade (Martins; 2016, p.148). Sem perder a feição consumista e hedonista, busca-se o alcance de experiências e não o acúmulo de coisas, visando um acesso mais democrático e menos oneroso a uma infinidade de produtos e serviços.

Trata-se, pois, de uma ressignificação de institutos jurídicos, cujo centro se alinha ao caráter usufrutuário de bens e serviços e não mais no exclusivismo do direito de propriedade<sup>219</sup> (Schwartz; 2017, p.2), tendo por base o conceito de sustentabilidade. Vale dizer, o foco principal das transações econômicas passa a se concentrar nas relações obrigacionais, ou seja, no “fruir” e não mais no “ter”, típicos dos direitos reais e que embalou o sistema capitalista durante décadas. Marques (2017, p. 2) define este modelo colaborativo como:

um sistema negocial de consumo (*collaborative consumption*), no qual as pessoas alugam, usam, trocam, doam, emprestam e compartilham bens, serviços, recursos, *commodities*, de propriedade sua, geralmente com a ajuda

---

da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a *defesa do consumidor*; e VI - a finalidade social da rede.

<sup>217</sup> Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico. Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: I - promover a inclusão digital; II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

<sup>218</sup> “A transação à distância vivenciada no ambiente eletrônico trouxe benefícios para a interação entre as partes, da oferta variada de produtos e serviços e a conseqüente redução dos custos. Mas por outro lado, a economia digital insere dificuldades adicionais no âmbito da defesa do consumidor e em matéria de jurisdição e aplicação das leis. As tecnologias da informação e comunicação, por suas características intrínsecas de desmaterialização e desintermediação, agrava a posição de vulnerabilidade do consumidor, dificultando a efetividade das normas consagradas para seu abrigo” (Ferreira, 2008, p. 168).

<sup>219</sup> De ver que, modernamente, até a concepção individual e exclusivista da propriedade tem sido mitigada para a adoção de meios de compartilhamento. Trata-se da figura do *time-sharing* ou multipropriedade imobiliária prevista no Código Civil no art. 1.358-C, *in verbis*: Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.



de aplicativos e tecnologia on line móvel, com a finalidade de economizar dinheiro, cortar custos, reduzir resíduos, dispêndio de tempo, ou a imobilização de patrimônio ou melhorar as práticas sustentáveis e a qualidade de vida em sua região.

Com esse viés, aproveitando a janela de oportunidades oferecida pelo comércio eletrônico surgiram as plataformas digitais, organizadoras da oferta dos bens e serviços de terceiros, destinadas ao mercado consumo, através do desenvolvimento de aplicativos específicos para o atendimento de variadas necessidades.

Cuidam-se de agentes intermediários que agem como facilitadores do acesso dos consumidores ao mercado de bens e serviços digitais em regime colaborativo por meio da *internet*. Em outros termos: são os titulares da tecnologia que servem de elo ou ponte do fornecedor direito ao consumidor final. Realizam, portanto, uma atividade econômica de intermediação, de aproximação dos agentes e não de fornecimento do bem de vida em si considerado. São conhecidos, doutrinariamente, sob a expressão de *gatekeeper*, posto que, funcionam, literalmente, como guardiões de acesso ao sistema (Marques, 2017; p. 5-6).

Todavia, esse novo desenho econômico, pela participação de um terceiro (organizador da plataforma), tem gerado uma inquietação jurídica quanto ao enquadramento da responsabilidade civil dessa categoria, por vícios e defeitos oriundo dos bens e serviços fornecidos por terceiros, segundo as balizas traçadas na legislação consumerista.

Explica-se. O Código de Defesa do Consumidor elaborado, em 1990, foi orientado conforme uma natureza relacional de conceitos (Coelho; 2007, p.194), tendo de um lado o consumidor e de outro o fornecedor. Destarte, o regramento normativo estampado no art. 3º<sup>220</sup> do CDC abraçou uma concepção ampla exigindo que o fornecedor seja um profissional dotado de economicidade, habitualidade e onerosidade. Assim, será fornecedor quem desenvolve uma atividade para o mercado<sup>221</sup>, de modo repetido ou seriado e obtenha algum tipo de remuneração para tanto<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Lei 8.078/90. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>221</sup> Por isso inaplicável o CDC aos planos de saúde de autogestão e às entidades previdenciárias fechadas, uma vez que os serviços não são oferecidos ao mercado de modo indeterminado, mas apenas à determinada categoria de participantes. Neste sentido os verbetes 563 e 608, ambos do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

<sup>222</sup> Essa remuneração, contudo, não precisa ser direta. É possível que seja indireta, conforme consignado no REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

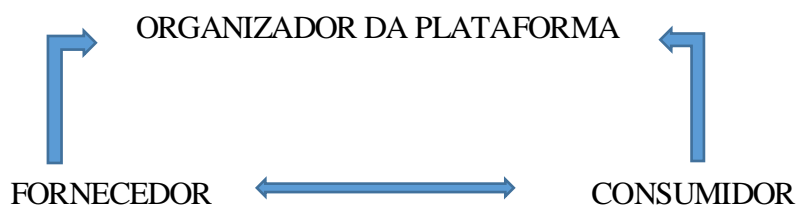
O objetivo da norma é abarcar o maior número possível de agentes vinculados à cadeia econômica, a fim de imputar um regime de responsabilidade objetiva e solidária, facilitando a defesa do consumidor, em razão dos riscos do empreendimento, à luz do art. 7º, parágrafo único, 12, 14, 18 e 20, todos da lei 8.078/90.

Consagrou-se, pois, um modelo linear baseado na fórmula *business to consumer* (B2C), em oposição ao modelo empresarial do *business to business* (B2B).

FORNECEDOR ↔ CONSUMIDOR (B2C)

Com efeito, a partir do refinamento do comércio eletrônico e o surgimento das plataformas digitais, tais como: Uber, Airbnb, Ifood, entre outras, que funcionam de maneira colaborativa, surgiram novas relações jurídicas de aproximação, entre fornecedores não profissionais de um lado e destinatários finais de outro, intermediadas por um facilitador, que não é o titular do bem ou do serviço oferecido, mas o organizador da tecnologia de acesso<sup>223</sup>.

Essas relações são designadas não mais como B2C, mas como de pessoa a pessoa ou de ponto a ponto (P2P), em razão da natureza não profissional do prestador direto em favor do usuário, tendo como característica especial a intermediação de um terceiro, a teor da representação abaixo indicada.



Verifica-se, portanto, que não se trata de um liame unitário, mas de uma relação múltipla, de uma rede de contratos, havendo, no mínimo, a visualização de três relações jurídicas. A primeira, entre fornecedor e o organizador da plataforma<sup>224</sup>; a segunda entre o organizador e o consumidor e a terceira,

<sup>223</sup> A pessoa jurídica organizadora do aplicativo Uber não é proprietária de nenhum dos carros utilizados em seu sistema. O aplicativo Airbnb não titulariza nenhum imóvel disponibilizado em seu sítio eletrônico para fins de locação. Em ambos os casos, carros e imóveis, os bens pertencem a terceiros que os disponibilizam em caráter eventual (não profissional) para que sejam ofertados na plataforma digital dos respectivos organizadores.

<sup>224</sup> O STJ já teve a oportunidade de afirmar que o motorista de aplicativos atua como empreendedor individual em regime de parceria com o administrador de aplicativo, cabendo consignar o seguinte trecho: “As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa

entre o fornecedor não profissional e o consumidor. Sem embargo da existência de uma quarta relação com a presença de uma financeira ou administradora de cartões de crédito para fins de gestão de pagamento.

Afivê-se que a relação jurídica entre o fornecedor direto e o organizador da plataforma não é de consumo, ante o interesse econômico do primeiro. Entre o aproximador e o consumidor haverá vínculo consumerista pelo serviço que presta, ou seja, a atividade de intermediação que realiza pelo aplicativo. Mas entre o fornecedor direto do bem ou serviço e o consumidor não haveria, em princípio, relação de consumo, vez que o primeiro não desenvolve a atividade como um profissional (não ostenta os atributos de economicidade e habitualidade).

Entretanto, tendo em conta que entre o guardião do acesso e o consumidor existe posição relacional de consumo (relação jurídica base pelo cadastramento na plataforma), tal efeito deve ser estendido, por especialidade, ao vínculo formado entre o não profissional e o consumidor. Isto é, a relação de consumo primária exerce uma *vis* atrativa, um magnetismo, trazendo, por força centrípeta ao CDC, o negócio celebrado entre o titular do bem e o usuário. É dizer, na expressão de Marques (2017, p. 8) que relação fica “contaminada pelo *business* do guardião de acesso”, tal qual como se fosse um toque de Midas.

À toda evidência, o sucesso desse tipo de empreendimento reside na reputação que as marcas dos organizadores alcançaram em nível nacional e internacional e que despertam a credibilidade do sistema em face dos consumidores. Afinal, quem assumiria o risco de alugar um imóvel descrito em uma folha de papel colada em um poste na rua? Ou mesmo quem, nos tempos atuais, se arriscaria a pegar uma carona com um desconhecido?

Em verdade, o que diferencia a contratação intermediada em uma plataforma digital do contato com um terceiro estranho é a confiança depositada no sistema, já que, em ambos os casos, o fornecedor direto é um desconhecido do qual não se tem informações seguras. Logo, a reputação da plataforma é o diferencial entre essas duas situações. Confiança, portanto, é a base de tudo. É a palavra-chave, a viga mestra que sustenta todo o sistema da economia colaborativa<sup>225</sup>.

O ideal de confiança depositado pelos consumidores representa, em termos sociológicos, um dos mecanismos de “reencaixe” das instituições nas sociedade pós-moderna, como contrabalanço

---

proprietária da plataforma”. (CC 164.544/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 04/09/2019).

<sup>225</sup> A confiança é tão importante para o sucesso do sistema que conta expressamente do site do Airbnb: “Em uma noite qualquer, 2 milhões de pessoas se hospedam em acomodações no Airbnb em 100.000 cidades do mundo inteiro. Você tem mais de 6 milhões de anúncios em 191 países à sua escolha — isso é mais do que as cinco principais redes de hotéis juntas. O que torna tudo isso possível? Confiança”. Disponível em <<https://www.airbnb.com.br/trust>>Acesso em 30 de dez. 2020.

aos riscos a que todos estamos expostos pela complexidade social ocasionada pelo anonimato das relações e pela ruptura do segmento tempo-espaço, a que Giddens (1991, p. 73) denomina de “compromissos sem rosto”. Por isso, em decorrência da abstração das relações, pela despersonalização dos negócios, posto que celebrados em campo etéreo digital, a confiança dependerá da credibilidade depositada nos “sistemas peritos” e não mais nas pessoas<sup>226</sup>.

Em virtude desse esclarecimento é que se explica a necessidade ininterrupta dos organizadores de plataformas digitais de manterem um canal permanente de avaliação do sistema, com o escopo de legitimar a atividade e reforçar a confiança atribuída pelos consumidores, uma vez que os usuários não conhecem a pessoa que está do outro lado do computador, seja para alugar um imóvel, seja para obter um transporte executivo, por exemplo. A confiança, portanto, passa a ser objetivada em sistemas técnicos (deixa de ser subjetivada), ou seja, em conhecimentos especializados na qual a única escolha do usuário leigo é manter a crença de que tudo ocorrerá segundo o planejado (Giddens, 1991, p.80).

Pela Análise Econômica do Direito, esse modelo organizacional pautado na reputação dos agentes se mostra eficaz, porque diminui a assimetria de informação entre os agentes econômicos facilitando circulação da riqueza, uma vez que reduz os custos de transação *ex ante* na obtenção de informação dos parceiros, do objeto a ser contratado, bem como da formalização dos negócios. Isto é, as plataformas digitais, em razão da reputação que gozam publicamente, aumentam o nível de confiança no mercado permitindo uma alocação eficiente de recursos com alcance de eficiência econômica. Se obtém, assim, uma solução onde todos ganham, na forma preconizada por Pareto<sup>227</sup>, o que maximiza o bem-estar geral (Arrosi; 2020, p. 3-4).

Em termos jurídicos, esse signo de confiança funciona como um *standard* protetivo das legítimas expectativas esperada pelos consumidores, no tocante à qualidade, segurança e riscos dos produtos e serviços postos em circulação no mercado de consumo. Ainda que CDC e Código Civil não

---

<sup>226</sup> Conforme coloca Giddens (p.77): “A natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos. Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos da contingência comum das coisas, mas em termos da reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas. Este caráter contrafactual, orientado para o futuro, da modernidade é amplamente estruturado pela confiança conferida aos sistemas abstratos — que pela sua própria natureza é filtrada pela confiabilidade da perícia estabelecida”.

<sup>227</sup> A eficiência constitui um dos pontos centrais da chamada *law and economics*. Ela almeja a maximização da utilidade ou do bem-estar social e a minimização dos custos sociais envolvidos, podendo ser entendida dentro de uma concepção individual e coletiva. A primeira concepção de eficiência econômica coube a Vilfredo Pareto. Para este só haveria eficiência na alocação de recursos no mercado quando houvesse uma situação de equilíbrio nas transações. Isto é, a eficiência corresponderia a uma melhora de situação obtida entre os agentes econômicos, desde que não ensejasse nenhuma perda, diminuição ou piora para outrem. Haveria, nesse quadro, uma alocação ótima de recursos, um “Ótimo de Pareto” ou um “Pareto-eficiente”.

façam menção expressa a este princípio, nem por isso deixa de vir à baila. Sua presença é extraída de modo implícito no ordenamento jurídico e não se confunde, desde logo, com o princípio da boa-fé objetiva, vez que esta, nas palavras de Forgioni (2020, p.137): “diz respeito à confiança no contrato”.

A boa-fé objetiva corresponde, pois, ao dever de lealdade e proteção da confiança em uma particularizada relação jurídica. Ele determina o atendimento a um dever funcional, cuja totalidade concreta anuncia uma função interpretativa<sup>228</sup>, uma função integrativa<sup>229</sup> e uma função mitigadora da autonomia da vontade e do exercício dos direitos<sup>230</sup> (Assis; 2007, p. 92-101).

Por seu turno, o princípio da confiança possui um raio maior. Denota um padrão de segurança exigido pelo sistema que independe da boa-fé do contratante, ou seja, de sua ação. É uma imposição derivada do próprio sistema jurídico, a fim de que seja mantida a estabilidade e a previsibilidade das condutas juridicamente relevantes. Nesse diapasão, a confiança reflete um compromisso juridicamente exigido para que o atendimento das legítimas expectativas seja esperado pelos consumidores, atuais e futuros, contratantes ou não, de modo a concretizar o ideal de segurança jurídica, em razão do reconhecimento de sua vulnerabilidade<sup>231</sup>.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS POR VÍCIOS NOS PRODUTOS E SERVIÇOS EM ECONOMIA COMPARTILHADA**

Como acima esposado, existem múltiplos vínculos jurídicos quando da celebração de um negócio por meio da intermediação dos organizadores de plataformas digitais. Há, no mínimo, uma tríplice configuração de relações, nos seguintes termos: a) fornecedor-organizador; b) organizador-consumidor e c) fornecedor-consumidor.

É assente que incide os ditames do CDC entre o organizador e o consumidor, já que o titular da plataforma presta um serviço dirigido ao mercado (economicidade), com

---

<sup>228</sup> Código Civil. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>229</sup> A função integrativa corresponde à criação de deveres colaterais ou anexos à prestação principal, como o dever de informação, cuidado, colaboração, aconselhamento e transparência.

<sup>230</sup> São conhecidas a vedação ao abuso do direito (art. 187 do Código Civil), bem como a proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum*), *exceptio doli*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, bem como o dever do próprio credor em mitigar as perdas (*duty the mitigate the loss*).

<sup>231</sup> Conforme leciona Raphael Manhães Martins (2007, p. 180): “o homem que confia necessariamente coloca-se em uma posição mais frágil e vulnerável, dentro de uma relação jurídica. Para compensar esta vulnerabilidade, cabe ao ordenamento jurídico garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo. E, neste ponto, é importante perceber que, com a adequada proteção da confiança legítima, o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria "confiança" no ordenamento jurídico. É necessário, assim, proteger a confiança depositada, como uma maneira de fortalecer o papel da auto-responsabilização dos sujeitos na relação jurídica e fortalecer a segurança jurídica, tanto nestas relações como no ordenamento”.

profissionalismo (habitualidade), sendo remunerado para tanto (onerosidade), pelo que deve ser enquadrado como fornecedor, no formato previsto pelo art. 3º da lei 8078/90. Naturalmente, responde pelos vícios e fatos do serviço prestado, em razão dos danos sofridos pelo usuário, como *v.g.*, erros de cadastramento, falhas de informação, vazamento de dados e fraudes no pagamento.

Idêntica orientação se aplica, em termos de responsabilidade civil, na terceira relação jurídica, ou seja, entre o fornecedor direto e o consumidor. Isto é, na situação P2P, eis que a relação jurídica primária (com a plataforma), por importância social e especialidade, acaba por “contaminar” a relação secundária, ainda que o fornecedor direto não seja um profissional.

Entretanto, a questão de maior envergadura diz respeito à responsabilidade civil das plataformas digitais em decorrência dos vícios e defeitos oriundos da prestação dos serviços pelos fornecedores não profissionais aos consumidores. Determinar, portanto, o nível de responsabilidade de tais entes é assaz importante para o deslinde do tema.

Em matéria consumerista, não tem sabor de novidade dizer que o CDC inaugurou uma sistemática própria, no que tange à responsabilidade civil dos fornecedores para fins de consagração de uma tutela efetiva e adequada que garantisse à parte mais fraca da relação um verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa visando a reparação integral do dano. Abandonou-se a velha fórmula baseada no sistema subjetivo da culpa provada e da causalidade adequada para a fixação do nexa causal, em oposição ao regime geral previsto no Código Civil.

O mérito da legislação especial reside em uma diferenciação metodológica, forte no reconhecimento de que a modernidade industrial trouxe produção, contratos e lesões em massa. Esse fenômeno de massificação com aumento exponencial dos riscos, no mercado de consumo, fez com que a legislação tutelar priorizasse uma responsabilidade objetiva e uma solidariedade passiva, como regra, com inversão de ônus da prova *ex lege*, descarregando sobre todos os participantes da cadeia econômica os riscos do empreendimento.

Com efeito, dado o avanço tecnológico e o desenvolvimento das plataformas digitais, em economia de partilha, é fato constatar um descompasso legislativo para regular o conflito de interesses por conta da desatualização normativa, haja vista que o CDC foi promulgado há trinta anos, quando o comércio eletrônico ainda dava os primeiros passos.

Factualmente o serviço de transporte, no caso da Uber, e a detenção do imóvel, no Airbnb, ou mesmo a elaboração da refeição no Ifood não são realizadas pelas plataformas, cuja

função se insere na intermediação, mas sim pelos empreendedores que ofertam os produtos e serviços por meio dos organizadores digitais.

Por conta dessa distorção, sustentam Cavalcanti e Schonblum (2019, p.113-117) que não haveria nexos causal para a responsabilização solidária das plataformas em casos de acidentes de consumo, pois não são garantidores de quaisquer produtos e/ou serviços. Funcionam apenas como responsáveis pelo acesso ao sistema não cabendo um dever de inspeção em pessoas e coisas, sob pena de inviabilização econômica do negócio, a ponto de transformar o organizador em um segurador universal. Haveria, assim, uma incompatibilidade da legislação consumerista, voltada ao comércio tradicional, para regular a situação dos *gatekeepers*<sup>232</sup>. Nesta linha de entendimento, deveriam responder apenas em seu âmbito de atuação<sup>233</sup>, tal qual revistas e jornais que não se responsabilizam pelos produtos anunciados.

O entendimento dominante, contudo, se situa em margem oposta. As plataformas de economia compartilhada não funcionam como um mero catálogo de produtos e serviços de outrem. Vale dizer, não são meros anunciantes como se fossem um caderno de páginas amarelas ou caderno de classificados (Martins, 2016, p. 145).

As plataformas criam o ambiente de consumo (*locus*), intermedeiam a relação entre os parceiros comerciais, processam o pagamento dos serviços e se valem da publicidade de reputação para a captação de mais usuários. Assim, criam as condições necessárias para a credibilidade do sistema havendo necessidade de proteção das legítimas expectativas esperadas pelos consumidores<sup>234</sup>. Outrossim, havendo relação de consumo, tanto na relação primária,

---

<sup>232</sup> Esse o entendimento esposado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Recurso Inominado n.º 0015847-65.2018.8.19.0209, cabendo ressaltar o seguinte trecho: (...) “Verifica-se que a empresa Uber por ser nova no mercado, não possui regulamentação própria, gerando assim dúvidas sobre de quem seria a responsabilidade da reparação dos danos causados. Ocorre que, analisando a situação descrita nos autos é forçoso reconhecer a ilegitimidade passiva da parte ré. Isto porque a responsabilidade solidária ocorre por força de lei ou contrato entre as partes. A finalidade do aplicativo desenvolvido e utilizado pela recorrente é conectar quem necessita da condução com quem fornece o transporte. Não se trata de serviço de transporte, mas tão somente de intermediação.

<sup>233</sup> Ação indenizatória. Prestação de serviços de hospedagem. Airbnb. Alegação de que o anúncio veiculou endereço inexistente, o que acarretou a necessidade de procurar nova hospedagem com urgência ao chegar no local, em período de alta demanda turística. Não demonstração da existência do endereço, nem da casa locada no local. Responsabilidade delineada. Dano moral configurado. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1002416-82.2017.8.26.0565; Relator (a): Luis Carlos de Barros; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/10/2018; Data de Registro: 25/10/2018)

<sup>234</sup> “Independentemente da polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno da natureza jurídica da relação travada entre o contratante dos serviços (hóspede) e o designado anfitrião, se de hospedagem ou de locação por temporada, é indubitável que o vínculo disso oriundo para com a plataforma de serviços, seja frente ao hóspede, seja em face do anfitrião, caracteriza típica relação de consumo, à luz do que dispõem os arts. 2º e 3º do CDC. Responsabilidade civil da plataforma de serviços – Mercado de compartilhamento. Atividade empresarial em exame para cujo êxito é indispensável que plataformas de serviço como a ré construam e preservem a respectiva reputação nesse mercado, já que a confiança no serviço é algo de fundamental importância para que o indivíduo se disponha a compartilhar o que é seu com estranhos ou a compartilhar o uso de bem ou serviço pertencente a desconhecido. Ré que, nessas

quanto na secundária (esta por arrastamento), não seria possível negar a existência de solidariedade entre todos os participantes da cadeia econômica (fornecedor e organizador da plataforma). Igualmente, neste feixe de contratos com o aplicativo e o fornecedor direto, é de ser reconhecida uma finalidade unitária para o consumo, como pontas unidas em imagem triangular (fornecedor – organizador – consumidor), cujo desfecho deve ser comum.

Nesse contexto, o organizador da plataforma deve ser entendido como um fornecedor equiparado. Um fornecedor fiduciário nas palavras de Schwartz (2017, p.11) ou aparente<sup>235</sup>, podendo ser responsabilizado de forma objetiva e solidária pelos vícios dos produtos e serviços<sup>236</sup> prestados por terceiros, mas oriundos do ambiente por ele controlado<sup>237</sup>.

Essa linha de raciocínio não tem por finalidade colocar em risco a atividade econômica desenvolvida, nem tem por viés inibir a iniciativa empreendedora. Não se trata de inaugurar uma ditadura do consumidor, pois que Dirigismo Contratual não se confunde com paternalismo. Ao revés, é dever do Estado o fomento empresarial com a proteção do investimento privado. Entretanto, é preciso equilibrar os interesses contrapostos no mercado. Logo, a saída econômica para tanto reside no asseguramento das partes contra os riscos predeterminados por meio da contratação de seguros, em estimativa razoável aos possíveis danos. Assim, os empresários estariam cobertos contra os riscos estipulados, os consumidores

---

condições, não atua como mera intermediadora entre o interessado na hospedagem e o anfitrião, tanto porque não se limita a aproximar os interessados, mas, muito além disso, estabelece as regras contratuais que disciplinarão a relação entre aqueles personagens, recebe os pagamentos e os retém até que tenha efetivo início a hospedagem, anuncia previamente e impõe penalidades aos contratantes faltosos etc. Por onde se conclui que a plataforma de serviços ré se apresenta e é vista pela massa consumidora como garante das relações travadas em função da correspondente intermediação”. (TJSP. Apelação Cível 1101154-11.2018.8.26.0100; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/09/2019; Data de Registro: 24/09/2019)

<sup>235</sup> Se antes, pela massificação, houve a despersonalização do consumidor, hoje, pelo anonimato da rede, fruto do aparato tecnológico, se desconhece o próprio fornecedor, o que justifica a tutela da aparência, em razão da confiança depositada no sistema.

<sup>236</sup> Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Prestação de serviço. Locação de imóvel de temporada pela plataforma digital AIRBNB. 1. Hipótese em que autora locou imóvel situado na Austrália, país em que iria fazer curso de inglês. Infestação do imóvel por percevejos, que provocou na autora reação alérgica, causando-lhe inúmeras erupções e feridas pelo corpo. Tentativa frustrada de solucionar o problema com a limpeza e desinsetização do imóvel. Circunstância em que a autora foi obrigada a deixar o imóvel bem antes do término da locação. Falha na prestação do serviço configurada. (...) (TJSP; Apelação Cível 1013261-89.2017.8.26.0011; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/05/2019; Data de Registro: 17/05/2019).

<sup>237</sup> TJSP - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Transporte de passageiros por aplicativo (Uber) – Acidente ocorrido durante a corrida - Sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva – Insurgência do autor – Cabimento – Empresa de tecnologia responsável pela intermediação de passageiros e motoristas que integra a cadeia de fornecimento do serviço de transporte – Nexo funcional entre a intermediação realizada e o contrato de transporte, executado por motorista cadastrado no aplicativo, de forma que a sorte de um dos negócios jurídicos reflita no outro – Responsabilidade objetiva e solidária da ré – (...) RECURSO PROVIDO. (TJSP. Apelação Cível 1003697-74.2019.8.26.0348; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2020; Data de Registro: 31/01/2020).



protegidos de eventuais acidentes e os custos internalizados no preço da operação, atendendo, ao fim e ao cabo, todas as pretensões, resolvendo-se, pois, o dilema da responsabilidade.

Pontue-se, por fim, que na tentativa de normatizar tal questão, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7579/2017<sup>238</sup>, de autoria do Deputado Lucas Virgílio, que regula a atividade econômica por meio de plataformas digitais que intermedeiem prestações de serviços entre usuários previamente cadastrados, estabelecendo, na forma do art. 7º, uma responsabilidade objetiva pelos danos causados aos consumidores em virtude da má-prestação do serviço.

## CONCLUSÃO

A vida digital já é uma realidade. As transformações tecnológicas dos últimos trinta anos ensejaram uma ruptura dos padrões comportamentais que marcaram as relações sociais, econômicas e jurídicas até então.

Essa aceleração de inovações se caracteriza por um movimento disruptivo de constantes mudanças, que tem o condão de promover um “desencaixe” institucional com a quebra da estabilidade e previsibilidade típicas das sociedades modernas. Essa pós modernidade passa a ser caracterizada, então, pela despersonalização dos sujeitos, da desmaterialização dos objetos, da desterritorialidade e atemporalidade das relações. Para o Direito, o desafio se concentra na regulação das novas situações fáticas, bem como a subsunção dos tipos existentes a este novo paradigma digital.

Nesse mercado digital, desponta em importância o comércio eletrônico, conforme demonstrado pelos dados estatísticos apresentados, o que assinala uma sociedade baseada no hiperconsumo e na hipervulnerabilidade do consumidor.

A reboque disso, como forma de resgate a um consumo sustentável, surgiram as plataformas digitais em economia colaborativa. Essa nova mecânica operou uma ressignificação de institutos jurídicos agora voltados à utilidade e à fruição e não mais ao domínio. Remodelou-se as estruturas de negócio com a redefinição do papel dos fornecedores, antes sob a fórmula B2C, hoje sob a lógica P2P.

Não obstante a existência de divergência doutrinária, bem com a ausência de regulamentação sobre o tema, conclui-se que o regime de responsabilidade civil solidária das

---

238

Disponível

em

<

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136364>>Acesso em 30 de dez. 2020.

plataformas digitais, pelos vícios e defeitos dos bens e serviços oferecidos por terceiros, encontra amparo no CDC, forte no princípio da confiança, a fim de trazer proteção às legítimas expectativas aos consumidores e segurança jurídica ao sistema.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken. *In: ALVIM NETTO, Jose Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda (coord.). Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, vol. V. art. 421 a 480. 2007.
- ARROSI, Letícia Soster. A resignificação de institutos e instrumentos jurídicos tradicionais no centro dos negócios digitais: “Internetização” da vida, compartilhamento e *smart contracts*. **Revista de Direito e as novas tecnologias**, vol. 7, abr-jun, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CAVALCANTI, Gabriela Soares; SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm Mendlowicz. A atuação dos gatekeepers: responsabilidade proporcional ao âmbito da intermediação. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 108-123, jul./dez. 2019.
- COELHO, Fabio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 11, n. 42, p. 160-175, abr/jun. 2008.
- FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação** 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; GUIMARÃES, Gabriel Stagni. Direito Digital. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, vol. 1, nº 2, p. 70-81, jul-dez 2017.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS. Plinio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- MARTINS, Plinio Lacerda; SOUZA LIMA, Marcos Cesar de; MARTINS, Guilherme Magalhães. (Org.). **A relação de consumo na sociedade contemporânea**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MARTINS, Plinio Lacerda; MARTINS, Felipe Lacerda Moura. O ônus do fornecedor quanto ao encaminhamento do produto com vício para conserto na modernidade reflexiva. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 102. ano 24. p. 387-410. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.
- MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 10, nº 40, p. 177-190, out. 2007.

- MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRAGEM, Bruno. O novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.) **Direito digital: direito privado e internet**. 3ª. ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 347-386.
- PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 221-246, maio/jun. 2017.

## ESTUDO PRÉVIO DE ANÁLISE DE IMPACTO TECNOLÓGICO OPERADO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA PROPOSTA DE PROTEÇÃO À PRIVACIDADE EM UMA SOCIEDADE MONITORADA<sup>239</sup>

*Simone Souza*<sup>240</sup>

### INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico que marca a sociedade moderna vem revolucionando a forma como as pessoas se comunicam, se socializam e adquirem conhecimento. As informações estão a um clique de distância, ainda que as pessoas em geral estejam pouco informadas ou indiferentes<sup>241</sup>.

Nosso dia a dia anda abarrotado dessas tecnologias: smartphones, smartwatch, smart TV, e-mails, WhatsApp, Facebook, Instagram, LinkedIn, Twitter, PIX, biometria, se traduzem em produtos e serviços que têm mudado e exposto significativamente nossas vidas. Se por um lado trouxeram inúmeros benefícios, por outro, têm gerado um acúmulo exponencial de dados que podem apontar para uma realidade cada vez maior de vigilância e controle, capaz de transformar o homem em um “ser de vidro”.

O ano de 2020 certamente ganhará um capítulo nos livros de história. A virtualização das relações e interações sociais, fenômeno que já era uma realidade onipresente no mundo pré-pandêmico, mas que se intensificou com as medidas de isolamento e distanciamento social impostas pela pandemia, trouxeram como um de seus efeitos a produção de um sem-número de novos dados, e, por uma estranha coincidência, no mesmo ano, a Lei geral de proteção de dados (LGPD) entra em vigor, embora de forma parcial e sem que a Autoridade estivesse estabelecida. Fato é que todos precisamos (e já deveríamos) nos adequar a ela.

A proteção à privacidade se traduz em interesse mundial, não faltando discussões acerca do tema e de seus correlatos. Entretanto, será que realmente podemos falar de

---

<sup>239</sup> Este artigo refere-se ao trabalho apresentado como conclusão da disciplina de Empresa, Sustentabilidade e Inovações Tecnológicas: Relações Jurídicas de Consumo oferecida no Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios - PPGDIN/UFF ministrada pelos Profs. Dr. Plínio Lacerda Martins e Prof. Dr. Guilherme Martins e pelo Prof. Dr. Marcos Cesar de Souza Lima no semestre de 2020/2.

<sup>240</sup> Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – PPGDIN/UFF, Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF, Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro da Associação Nacional de Advogados de Direito Digital - ANADD. Associada do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos - INPPDH. Professora de Processo Civil.

<sup>241</sup> Dobour, Ladislav. “Sociedade Vigida: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia”. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020, p. 3.

privacidade em um mundo onde o consumo de nossos dados é realizado diuturnamente, frequentemente ao arrepio da nossa vontade? Para além do direito de estar só, é possível afirmar a existência ao direito de preservação de nossas informações e de nossa própria dignidade diante de constante monitoramento? Temos realmente liberdade de escolha?

Com o aumento exponencial dos recursos tecnológicos, notadamente com a utilização de inteligência artificial<sup>242</sup> (IA), o mercado mudou e os dados tornaram-se a principal matéria prima para a confecção de produtos. Como diria Rodotà<sup>243</sup>: “Aumentou a pressão pela utilização de toda a espécie de dado pessoal, sobretudo por motivos de segurança interna e internacional, mas também para finalidades comerciais” A cada dia somos atropelados por inovações tecnológicas<sup>244</sup> sem que nem mesmo saibamos do que se trata ou de quem as detém. Homens de vidro desnudados ao mundo!!!!

Ao que parece, as medidas de isolamento e distanciamento social impostas pela pandemia mundial fez com que a dependência das ferramentas tecnológicas nos colocasse diante de uma questão maior: a total disponibilidade para manutenção das relações interpessoais e laborais. O mundo em sua quase totalidade tornou-se virtual e com isso, mais de nossos dados passaram a constar na rede! Nas lições de Rodotà, em tempos de crise, acabamos por relativizar nossos direitos individuais<sup>245</sup>. Fato que é dispomos de nossa individualidade em prol de nos mantermos seguros isoladamente.

Conveniente ou não, esse momento acabou ratificando a facilidade com que a comunicação pode ocorrer, a proximidade que a rede pode trazer e, por fim, reverberou em avanços gigantescos como, por exemplo, o *e-commerce*<sup>246</sup> e startups. Conforme noticiado por

---

<sup>242</sup> De forma resumida, inteligência artificial é um campo de estudo da ciência da computação cujo objetivo é criar algoritmos que imitem o funcionamento do cérebro humano. A inteligência artificial (IA) possibilita que máquinas aprendam com experiências, se ajustem a novas entradas de dados e performem tarefas como seres humanos. A maioria dos exemplos de IA sobre os quais você ouve falar hoje – de computadores mestres em xadrez a carros autônomos – dependem de deep learning e processamento de linguagem natural. Com essas tecnologias, os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas específicas ao processar grandes quantidades de dados e reconhecer padrões nesses dados. Para aprofundamento no tema vide RUSSELL, Stuart Jonathan; NORVIG, Peter. “Inteligência artificial”. tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; LEE, Kai-Fu. “Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos”. Tradução Marcelo Barbão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019. SAS Insights disponível em <[https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html)> Acesso 14/11/2020.

<sup>243</sup> Idem.

<sup>244</sup> Stefano Rodotà já expressava essa preocupação ao afirmar que a união entre áreas do saber, atreladas às incessantes inovações científicas e tecnológicas, parecem tornar vã qualquer pretensão de oferecimento de uma tutela jurídica. (RODOTÁ, Stefano. “A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje”. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 243).

<sup>245</sup> Idem, p. 56.

<sup>246</sup> MOTA, Renato. “Retrospectiva 2020: ano do e-commerce e avanço dos meios de pagamento”. In Olhar Digital, 22/12/2020. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2020/12/22/retrospectiva-2020/retrospectiva-2020-ano->

Gilberto Sarfati, professor da FGV-SP, em reportagem feita por Capelas e Wolf<sup>247</sup>: “É muito positivo o balanço de 2020 até aqui. É quase como se o ecossistema estivesse à margem da crise que se vive no Brasil [...]” A digitalização já ganharia destaque de qualquer jeito a médio prazo, mas a crise acelerou o processo.”

Se por um lado a pandemia acelerou inovações tecnológicas e ampliou a utilização da rede, por outro, trouxe uma questão ainda maior traduzida não apenas na coleta massiva de dados, mas, sobretudo, no debate concernente à privacidade em uma sociedade de vigilância.

Uma das principais características de Stefano Rodotà, a lhe conferir singularidade e originalidade, era o interesse que tinha no sujeito concreto, real, e não no sujeito abstrato da dogmática. Nesse sentido a presente pesquisa se volta para analisar o impacto que o avanço tecnológico, notadamente com uso de inteligência artificial, pode trazer à questão da privacidade na sociedade contemporânea.

Muito embora em algum momento possa o presente artigo não parecer jurídico, tais questões expostas implicam a necessidade de refletirmos acerca de limites éticos e de regulações, que venham a delinear até que ponto as tecnologias operadas por inteligência artificial devam ir. Esta era uma preocupação ponderada por Rodotà ao retornar às salas de aula com a disciplina de Tecnologias e direitos.

Como apresenta Maria Celina Bodin de Moraes, ainda que pudessem ser questões marginais, que com direito pouco teria relação, torna-se perceptível que temas ligados a bioética e a informática passaram não apenas a temas capitais para pesquisa dos juristas, mas que transformaram profundamente também o modo como jurista olha a realidade<sup>248</sup>.

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas de mostrar como a privacidade tem sido trabalhada nos Estados Unidos, Europa e Brasil e o quanto suas diretrizes podem ou não serem compatíveis com algumas tecnologias de monitoramento que estão sendo desenvolvidas e inseridas no mercado.

A metodologia adotada nesse artigo conta com pesquisa bibliográfica a partir da análise da obra de Stefano Rodotà, com ênfase no monitoramento a configurar uma sociedade

---

[do-e-commerce-e-avanco-dos-meios-de-pagamento/?gfetch=2020%2F12%2F22%2Fretrospectiva-2020%2Fretrospectiva-2020-ano-do-e-commerce-e-avanco-dos-meios-de-pagamento%2F](https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/10/26/mercado-de-startups-do-brasil-caminha-para-ter-melhor-ano-da-historia-em-2020.htm?cmpid=copiaecola)> Acesso 03/01/2021.  
<sup>247</sup> CAPELAS, Bruno; WOLF, Giovanna. “Mercado de startups do Brasil caminha para ter melhor ano da história em 2020”. In Estadão. Out/2020. Disponível <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/10/26/mercado-de-startups-do-brasil-caminha-para-ter-melhor-ano-da-historia-em-2020.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso 14/12/2020.

<sup>248</sup> Stéfano Rodotà, Op. cit. Apresentação do autor e da obra, p. 4.

da vigilância, com ampla coleta de dados pessoais, conectando o emprego de tecnologias à necessidade de proteção à privacidade como um direito fundamental à dignidade.

## 1. A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: Do conceito da privacidade na dimensão privada e pública

A dimensão da privacidade não se restringe mais “ao direito de estar só”, expressão utilizada pela primeira vez em 1880 pelo Thomas Cooley<sup>249</sup>, e que ganhou novos contornos ao ser relacionada à noção de privacidade no ano de 1890, com a publicação do artigo de Warren e Brandeis, na Harvard Law Review, intitulado “*The Right to Privacy*”, ao lecionarem<sup>250</sup>:

Invenções recentes e métodos de negócios chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado para a proteção da pessoa e para assegurar ao indivíduo o que o juiz Cooley chama de direito de "ser deixado em paz". Fotografias instantâneas e empreendimentos de jornais invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e numerosos dispositivos mecânicos ameaçam cumprir a previsão de que "o que se sussurra no armário será proclamado do alto das casas". Durante anos, houve um sentimento de que a lei deve fornecer algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas; e o mal da invasão de privacidade pelos jornais, sentido há muito tempo, foi discutido recentemente por um escritor competente. Os fatos alegados de um caso um tanto notório levado a um tribunal inferior em Nova York há alguns meses, envolveram diretamente a consideração do direito de retratos em circulação; e a questão de saber se nossa lei reconhecerá e protegerá o direito à privacidade neste e em outros aspectos deve ser levada em breve aos nossos tribunais para consideração. (Tradução livre)

Após mais de um século, a preocupação de Warren e Brandeis ressoa contemporânea. Na realidade, ainda que a dimensão do conceito de privacidade nos últimos

<sup>249</sup> Antes do artigo de Warren e Brandeis, é possível encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título “*A treatise on the laws of Torts*” a primeira utilização da expressão “*right to be let alone*”. E, muito embora tenha cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de privacidade, mencionando-a em seu trabalho de responsabilidade civil como parte do seguinte trecho: “*the right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be alone*”. (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. “O surgimento e o desenvolvimento do *right to privacy* nos Estados Unidos”. In Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5130, 18/07/2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/57228>> Acesso 04/01/2020.

<sup>250</sup> “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone” [10] Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops.” For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; [11] and the evil of invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able writer. [12] The alleged facts of a somewhat notorious case brought before an inferior tribunal in New York a few months ago, [13] directly involved the consideration of the right of circulating portraits; and the question whether our law will recognize and protect the right to privacy in this and in other respects must soon come before our courts for consideration”. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. “The Right to Privacy”. In Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220, p. 195. Disponível em <[https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents)> Acesso 08/08/2020.

anos não se volte unicamente para a esfera individual, mas, precipuamente para a esfera pública, a preocupação de Warren e Brandeis poderia figurar (e figuram), com pequenas adaptações, nas doutrinas jurídicas da atualidade. As inquietações de hoje são as mesmas. Contudo, as inovações tecnológicas são um tanto distintas, são detentoras de poderes de intrusão deveras maior e, na maioria das vezes imperceptíveis quanto ao resultado que podem alcançar.

Nessa seara de inovações e violações, Stefano Rodotà, em obra publicada apenas no Brasil, traçou um panorama acerca do que existia e do quanto deveríamos nos debruçar, não para romper ou evitar os avanços tecnológicos (seria simplesmente impossível), mas, para fazer com que, a esses avanços, fossem conferidos limites de utilização pelo homem e não pela máquina. A mera disponibilidade de uma tecnologia não pode legitimar toda sua funcionalidade<sup>251</sup>.

No cenário atual há uma verdadeira governança por grandes organizações tecnológicas como Amazon, Facebook, Instagram, WhatsApp, Google etc. Somos influenciados pelo uso diário e contínuo que fazemos dos serviços colocados à disposição e, que, falaciosamente são oferecidos a título gratuito, uma vez que a moeda de troca se traduz na coleta de nossos dados. Nesse sentido, Rodotà<sup>252</sup> afirma que:

Concretamente, isso significa que a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria *persona*, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito.

Desta forma, há, portanto, de um lado uma governança sobre nossas vidas, e de outro, verdadeiro monopólio de dados a gerar, por consequência, o esvaziamento de direitos, uma vez que ao ser tolhida nossa privacidade, também nossa liberdade de expressão e nossa participação serão tolhidas. Assim a caracterização da nossa organização social, como uma sociedade cada vez mais baseada na acumulação e circulação de nossas informações, aponta Rodotà, comporta a origem de um novo e verdadeiro recurso de base, ao qual atrela novas situações de poder<sup>253</sup>.

Nas sociedades de informação, como se mostra a sociedade em que vivemos, “nós somos as nossas informações”, uma vez que por elas somos definidos, classificados, etiquetados

---

<sup>251</sup> Rodotà, Stefano. Op. cit. p. 241.

<sup>252</sup> Idem, p. 113.

<sup>253</sup> Idem, p. 36.



e, portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo<sup>254</sup>.

A importância da privacidade atualmente não mais restringe-se ao direito de ser deixado em paz, como defendido por Warren e Brandeis, mas, se volta em relação ao espaço que ocupamos, às nossas informações dentro desse espaço público do qual fazemos parte. Se é possível obter uma defesa da privacidade individual, não se coloca em discussão a lógica da vigilância, que passa a ser transferida do indivíduo ao grupo. As tecnologias da comunicação e da informação manifestam-se assim no sentido de se construir livremente a própria esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações<sup>255</sup>.

Nas lições de Rodotà<sup>256</sup>, mudam-se os sujeitos que solicitam a defesa da privacidade e a própria qualidade de seu pleito. Privilegiando a defesa frente as modalidades de exercício do poder por parte de detentores públicos e privados de suas informações, a invocação da privacidade supera a dimensão individual e dilata-se em uma dimensão coletiva, já que não se leva em consideração o interesse do indivíduo enquanto tal, mas, como pertencente a um determinado grupo social.

A privacidade é um direito humano inerente e um requisito para manter a condição humana com dignidade e respeito. É uma questão de escolha e de ter o poder de controlar como você se apresenta ao mundo<sup>257</sup>. Configura-se, portanto, como um direito fundamental à própria dignidade. Há que se considerar esse conceito de individualidade, de particularidade, de singularidade, de intimidade que não pode ser invadida seja a que pretexto for. O direito à privacidade é uma condição para a realização do ser humano como ser livre e autônomo, em toda a sua plenitude<sup>258</sup>.

Nas lições de Rodotà<sup>259</sup>, devemos entender como privacidade o “direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”, de forma a ser vista como o direito a autodeterminação informativa.

---

<sup>254</sup> Idem, pp. 114-115.

<sup>255</sup> Rodotà, op. cit. 113.

<sup>256</sup> Idem, p. 30.

<sup>257</sup> SCHNEIER, Bruce. “Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World”. 1ª ed. W. W. Norton & Company, 2015, Ebook Kindle Amazon, cap. 10, n.p.

<sup>258</sup> MAFRA, Waldir Ap. “A privacidade como direito fundamental da pessoa humana”. In *Sociedade Vigada: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia*. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020, pp. 11-34, p. 15.

<sup>259</sup> Op. cit. p. 109.

## 2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS DADOS: A TEORIA DO MOSAICO

Para quem importaria meus dados? Esta é uma pergunta que podemos nos fazer diariamente, e o principal motivo de muitos não se preocuparem. Entretanto, nada é efêmero na vigilância por máquinas<sup>260</sup>, o que não importa hoje pode ser de extrema relevância amanhã. Os dados coletados podem ser consultados sempre que o gestor do sistema considerar oportuno, com finalidades estatísticas, para planejar campanhas publicitárias, para traçar perfis dos usuários, como também podem ser cedidos a terceiros<sup>261</sup>.

Com o advento da internet e a ampla utilização da rede, vários dados começaram a circular, aptos a viabilizar o armazenamento que, somado ao avanço tecnológico, notadamente com a inteligência artificial, torna possível alcançar resultados que humanamente seria impossível. A dimensão sócio-política de nossas vidas está sendo profundamente transformadas, e a relação de poder exercida em torno de nós culturais e conteúdo de informação, tendem a moldar o comportamento humano<sup>262</sup>.

Assim, o sistema de informação atrelado à compreensão dessa nova matéria prima que são os dados, configura-se como um conjunto de componentes inter-relacionados que coleta, manipula, armazena e dissemina dados e informações e fornece mecanismo de realimentação (feedback) para atingir um objetivo<sup>263</sup>. Se os dados são o novo petróleo nessa sociedade da informação, o que seriam esses dados e quando seria obtida a informação? Seriam sinônimos? No que concerne a proteção à privacidade, de quais dados estaríamos a tratar?

Conforme nos ensina Stair e Reynolds<sup>264</sup>:

Os dados consistem em fatos brutos, como o número de funcionários, horas totais trabalhadas em uma semana, números de peças no estoque ou pedidos de vendas. [...] Quando os fatos são organizados de maneira significativa, tornam-se informação. Informação é uma coleção de fatos organizados e processados de modo que tenham valor adicional, que se estende além do valor dos fatos individuais. [...] Transformar os dados em informação é um processo, ou um conjunto de tarefas logicamente relacionadas realizadas para alcançar um resultado definido. O processo de definir relações entre os dados para criar informações úteis requer conhecimentos. Conhecimento é a consciência e compreensão de um conjunto de informações e maneiras como

---

<sup>260</sup> SCHNEIER, idem.

<sup>261</sup> RODOTÀ, op. cit. p. 112.

<sup>262</sup> CASTELLS, Manuel. "A galáxia da internet: reflexões sobre a internet os negócios e a sociedade". Tradução dos pontos Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 135.

<sup>263</sup> STAIR, Ralph M.; REYNOLDS, George W. "Princípios de sistemas de informação". 3ª ed. Tradução da 11ª ed. Norte-Americana. Tradução: Noveritis do Brasil. Revisão Técnica: Tânia Fátima Calvi Tait. Editora: Cengage Learning; 2015, p. 4.

<sup>264</sup> Idem, p. 5-6.

essas informações podem ser úteis para apoiar uma tarefa específica ou para chegar a uma decisão.

De acordo com as lições de Doneda<sup>265</sup> o dado estaria associado a uma espécie de "pré-informação", anterior a interpretação e a um processo de elaboração; enquanto a informação, estaria a se referir a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Na informação é possível pressupor a correção de seu conteúdo, o que implica dizer que a informação carrega em si também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza.

Desse modo uma informação depende do motivo pelo qual e para o qual será utilizada, o que nos remete ao fato de que dependerá de um interesse subjetivo daquele que lhe confere significado a partir do tratamento conferido aos dados. O que resta claro ao analisarmos documentários como "O dilema das redes" ou "Privacidade Hackeada" que demonstram, nitidamente, para quem aquelas informações interessavam e para qual finalidade.

Apesar de haver modalidades de dados e informações<sup>266</sup>, a nós interessa, àqueles concernentes às pessoas (dados pessoais e dados sensíveis) e seus patrimônios, isso porque são essas informações que podem implicar violações à privacidade. Diante de uma sociedade da informação, como a que vivemos, não apenas é possível, como já é feita a coleta de grande parte de dados pessoais, seu processamento, agrupamento e sua relação das mais diversas formas realizando assim o tratamento desses dados.

Destarte, todo e qualquer dado pode ser importante no contexto da sociedade da informação. Elaborada por Fulgencio Madrid Conesa<sup>267</sup>, a teoria do mosaico afirma que muito embora haja prioridades relevantes do ponto de vista do direito à privacidade, uma vez conectados outros dados, talvez irrelevantes, estes também possam servir para tornar totalmente transparente a personalidade de um cidadão, tal qual ocorre com pequenas pedras que formam os mosaicos. Ainda que aparentemente nenhuma importância possa ter, unidas formam um conjunto cheio de significados.

Note que o tratamento dos dados ou informações pessoais, isoladamente considerados podem não possuir carácter íntimo, mas, ao serem cruzados com outros dados ou informações, podem permitir a elaboração de perfis pessoais do indivíduo tal qual aponta a

---

<sup>265</sup> DONEDA, Danilo César Maganhoto. "Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da lei geral de proteção de dados". 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 136.

<sup>266</sup> DONEDA, op. cit. p. 139.

<sup>267</sup> CONESA, Fulgencio Madrid. "Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho". Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p.45.

teoria do mosaico O autor assevera que ao reunir pequenos dados sem nenhum significado e ao estruturar de forma organizada será possível obter informações privilegiadas e mesmo íntimas daquela pessoa<sup>268</sup>. E a pesquisa realizada por *Neguine Rezaei* comprova tal assertiva ao descobrir que a análise da linguagem pode prever com mais de 90% de precisão quais pacientes tem probabilidade de desenvolver esquizofrenia antes que quaisquer sintomas típicos possam surgir<sup>269</sup>

Com advento de tecnologias operadas por inteligências artificiais, se alcança, não apenas o armazenamento de um exponencial número de dados, mas, enorme capacidade de processamento para tratamento esses dados no sentido de organizar, cruzar, classificar e analisar, o que os tornam significativamente importantes tanto para a esfera governamental, quanto mais para a esfera privada, notadamente na obtenção de perfis que lhes permitam maiores estratégias de mercado.

Nas lições de Rodotà<sup>270</sup> ainda que normas proibam a criação de perfis, estas são facilmente burladas pela ausência de auditorias prévias, nesse sentido:

[...]os perfis são utilizados para decisões que, para a maioria dos cidadãos, são mais frequentes e, no mais das vezes, mais significativas do que as judiciais ou administrativas, e que são aquelas que dizem respeito ao cidadão consumidor ou usuário de serviços [...] tal preocupação aliás encontra-se na lei francesa que amplia a proibição também às decisões privadas. A eficácia de uma disposição como essa, todavia, é fortemente reduzida pelo fato de que pode ser fácil superar a proibição sustentando que a decisão não foi tomada somente a partir do perfil automatizado; e, sobretudo, que não se trata de decisões individuais, mas relativas a grupos ou categorias, e que a mera classificação de um indivíduo dentro de um desses grupos ou categorias não pode ser considerada tecnicamente uma decisão.

A grande questão apontada por Rodotà<sup>271</sup> é que a coleta e a circulação das informações ocorrem hoje em um contexto amplamente despersonalizado, no qual o respeito é sobrepujado por outras lógicas, e pela necessidade de a sociedade da informação<sup>272</sup> obter seu

<sup>268</sup> Ibidem.

<sup>269</sup> ADAM, David. “Machines can spot mental health issues—if you hand over your personal data”. In MIT Technology Review, 13/08/2020, n.p. Disponível em <<https://www.technologyreview.com/2020/08/13/1006573/digital-psychiatry-phenotyping-schizophrenia-bipolar-privacy/>> Acesso em 20/09/2020.

<sup>270</sup> Op. cit. pp. 115-116.

<sup>271</sup> RODOTÀ, op. cit. p. 139.

<sup>272</sup> Para Pierre Levy, a sociedade de informação – ou sociedade do conhecimento – seria fruto de do conjunto de todos os impactos sócio-técnico-culturais da investigação, da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico digital. Todos estes fatores teriam propiciado as novas configurações sociais, que são próprias da atual cultura digital (LEVY, Pierre. “*Cibercultura*”. Rubí (Barcelona) Editorial: México: Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa, 2007, p. 18. Apud RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. “O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação”. In Revista Direito, Estado e Sociedade. Programa de

alimento. Para ele, uma verdadeira privacidade pode ser fundada somente em um profundo e sensível respeito recíproco dentro de uma dimensão ética.

À guisa de ilustração, muito embora vigente a Lei Geral de Proteção de Dados, desde agosto de 2020, recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>273</sup>, determinou a suspensão da venda de informações pessoais de clientes pelo Serasa Experian que, segundo demanda promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal, estaria ela realizando “comercialização maciça de dados pessoais de brasileiros por meio dos serviços ‘Lista Online’ e ‘Prospecção de Clientes’ que vendem dados como nome, CPF, endereço, idade, gênero, poder aquisitivo e classe social de pessoas que figuram em seu banco de dados, sem consentimento<sup>274</sup> específico dessas pessoas.

A linha mestra para o tratamento de dados pessoais é o consentimento livre e informado do titular, ainda que em alguns casos seja ele dispensado<sup>275</sup>, e em não seja o consentimento a única exigência, como nos casos de dados sensíveis, mas o tratamento de dados informados deverá estar vinculado às finalidades apresentadas.

#### Breves considerações acerca da tutela à privacidade Estados Unidos x União Europeia

Nos últimos anos tema central a marcar os debates foi a proteção de dados como garantia de privacidade, notadamente em virtude dos avanços tecnológicos e, recentemente, não só com a ampliação da utilização de sistemas operados por inteligência artificial, mas, sobretudo pelas medidas de isolamento e distanciamento social impostas pela pandemia que trouxe a lume a questão da liberdade x segurança.

A importância conferida à proteção de dados (tanto na dimensão da vida privada quanto na dimensão da liberdade), é mundial, excetuado os países Asiáticos, notadamente China, onde a vigilância social é frequente<sup>276</sup>; e é refletida pelos inúmeros documentos

---

Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. n. 36, Jan/Jun2010, pp. 178-199, p. 179). Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/issue/view/22>> Acesso 06/11/2020.

<sup>273</sup> Para maiores informações veja TJ-DF. Agravo De Instrumento. Processo n.º.: 0749765-29.2020.8.07.0000 Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, Agravado: Serasa S.A. Relator: Desembargador Cesar Laboissiere Loyola. Decisão proferida em 20/11/2020.

<sup>274</sup> Dicção do art. 5º, XII, da Lei 13.709/18 – LGPD: Consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

<sup>275</sup> Art. 7º, § 4º, LGPD.

<sup>276</sup> A vigilância social é frequente graças a troca de dados entre os fornecedores da internet e de telefonia celular. Cerca de duzentas milhões de câmeras dotadas de inteligência artificial, captam imagens, observam e avaliam qualquer pessoa nos espaços públicos, lojas, ruas, estações e aeroportos. (HAN, Byung-Chul. “O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã”. In El País, 20/03/2020, n.p. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>> Acesso em 03/01/2021.

nacionais e internacionais, como a Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, na qual a proteção de dados é reconhecida como um direito fundamental autônomo<sup>277</sup>.

O cenário atual, sobretudo pelo impacto do avanço tecnológico, colocou em pauta uma das distinções precípuas existentes entre o direito norte-americano e o direito Europeu na forma de proteção à privacidade. Isto porque, o acesso e tratamento exponencial de nossas informações através de inúmeras técnicas de monitoramento, nos aproxima da sociedade disciplinar retratada por Michael Foucault<sup>278</sup>.

Muito embora sejam Warren e Brandeis considerados pais fundadores da privacidade no terreno jurídico<sup>279</sup>, a evolução do sistema jurídico da *privacy* teve um enfoque predominantemente consumerista e principiológico, enquanto, na Europa, a base da privacidade partiu da dignidade, sendo tratada como direito fundamental. Inclusive a visão de privacidade como direito a autodeterminação informativa restou introduzida pela corte constitucional alemã em 1983<sup>280</sup>.

Ainda que em ambos os ordenamentos as legislações tragam um certo grau principiológico, o consentimento, base do direito à autodeterminação informativa, na qual o indivíduo se mostra capacitado e informado o suficiente para exercer sua liberdade de decisão acerca do tratamento efetuado junto aos seus dados<sup>281</sup>, é a estrutura precípua que diferencia o sistema de proteção. E ainda que o tratamento dos dados pessoais pressuponha o consentimento livre do titular, é na forma de desenvolvimento desse consentimento que se pauta as atuais reclamações americanas<sup>282</sup>.

A doutrina do *Third party doctrine*<sup>283</sup>, adotada nos Estados Unidos, sustenta que o mero fornecimento voluntário de suas informações a terceiros lhe retira a expectativa razoável

<sup>277</sup> RODOTÀ, op. cit. p. 13.

<sup>278</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 162-187.

<sup>279</sup> RODOTÀ, op. cit. p. 28.

<sup>280</sup> Idem, p. 144.

<sup>281</sup> NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo; FONSECA, Maurício Leopoldino da. “O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso”. In *Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial [recurso eletrônico]* Org. Bernardo Menicucci Grossi. Porto Alegre/ RS: Editora Fi, 2020, pp. 15-35. P. 22.

<sup>282</sup> SANTANA, Wesley. “Nos EUA, 87% consideram a privacidade de dados como um direito humano”. In *Olhar Digital*, 07/08/2020, n.p. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2020/08/07/noticias/nos-eua-87-consideram-a-privacidade-de-dados-como-um-direito-humano/>> Acesso 04/12/2020.

<sup>283</sup> Para aprofundamento no tema veja KERR, Orin S. “The Case for the Third-Party Doctrine”. In *Michigan Law Review*. Volume 107. Issue 4, 2009. Disponível em <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=mlr>>; STERN, Simon. “The Third-Party Doctrine and the Third Person”. In *New Criminal Law Review*, vol. 16, 2013. pp. 101-147. Disponível em <<https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/87908/1/Stern%20Third%20Party%20Doctrine.pdf>>;

de privacidade, permitindo que os dados fornecidos possam ser amplamente utilizados. Apesar das inúmeras críticas, inclusive internas, sobre a necessidade de novos Princípios de proteção à privacidade do consumidor, o sistema consumerista e de regulação via FTC ainda se mantém como dominante nos EUA.

Como explica Bioni e Zanatta<sup>284</sup>, no lugar de um modelo de leis gerais e Autoridades Nacionais de Proteção de Dados Pessoais como ocorre na União Europeia, os FIPPs - *Fair Information Practices Principles* foram internalizados na cultura decisória da *Federal Trade Commission*, que acabou por criar, ao longo de décadas de atuação, uma espécie de “common law” da privacidade.

A União Europeia, por sua vez, optou por definir limites, cujo início se deu com a diretiva 95/46, revogada pelo atual Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - GDPR<sup>285</sup>, vigente desde maio de 2018. O Regulamento trata da privacidade sobre duas dimensões, tanto da vida privada quanto da liberdade individual, e reconhece a proteção à privacidade como direito fundamental pautado na dignidade da pessoa humana, proteção, como dito, que vem sendo reclamada pelos estadunidenses.

O consentimento necessário regulamentado na União Europeia é voltado ao tratamento dos dados pessoais onde exige-se a demonstração da finalidade de uso, vedado o compartilhamento sem prévia outorga do titular. Desta feita, o princípio da finalidade adotado pela União Europeia torna-se um desdobramento natural do princípio do consentimento. Ademais, os dados sensíveis, assim mencionado na legislação, possuem restrições de compartilhamento, notadamente para fins de evitar discriminações que violam sobremaneira a dignidade da pessoa humana, princípio no qual está inserida a privacidade. Daí podemos extrair as lições de Rodotà<sup>286</sup> ao afirmar:

Essas preocupações, por exemplo, estão presentes na diretiva Europeia 95/46, cujo objetivo declarado é o de oferecer aos cidadãos da União Europeia um elevado nível de tutela dos seus dados pessoais. surgiu assim uma área onde a garantia da privacidade é atualmente a mais vigorosa, em relação aos demais países. o resultado pode parecer paradoxal: na região que a “importou”, a Europa, a privacidade tem hoje um estatuto jurídico mais forte do que naquele de sua pátria de origem, os Estados Unidos.

---

THOMPSON II, Richard M. The Fourth Amendment Third-Party Doctrine. *In* Congressional Research Service. 2014. Disponível em <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R43586.pdf>> Acesso 30/11/2020.

<sup>284</sup> BIONI, Bruno R.; ZANATTA, Rafael A. F. “Direito e economia política dos dados: um guia introdutório”. *In* Sociedade Vigida: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020, p. 108.

<sup>285</sup> Veja <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>> Acesso em 15/04/2020.

<sup>286</sup> Op. cit. p. 145.

[...] Se examinarmos isso a disciplina dos “dados sensíveis”, ao lado daqueles que efetivamente se referem ao direito de ser deixado só (como os relativos à saúde ou à vida sexual) estão os dados referentes as opiniões políticas ou sindicais, a filiação a partidos políticos ou outras associações ponto esses últimos dados não se destinam a permanecer reservados ou secretos ponto pelo contrário, caracterizam a esfera pública, devem poder ser livremente os postos em público para oferecer a cada um a possibilidade de participar plenamente da vida civil e política ponto se a eles é atribuída uma tutela particularmente forte, é para evitar discriminações ou exclusões ponto o objetivo, portanto, não é o de favorecer a solidam, mas de garantir a igualdade.

## 2.1. Brasil

A dignidade da pessoa humana fundamenta o estado democrático de direito, como elenca o artigo 1º da Constituição Federal Brasileira. De tal sorte que a privacidade, protegida no artigo 5º, X da *lex mater*, como um dos direitos da personalidade, se reveste da característica de direito fundamental e cláusula pétrea. Diante do amplo alcance do direito à privacidade, a Constituição alude duas expressões distintas relacionadas à privacidade: a intimidade e a vida privada, o que confere à proteção de dados caráter de direito fundamental autônomo como defendido pelo professor Guilherme Martins<sup>287</sup>: “A proteção de dados é vista como um direito fundamental autônomo, essencial para o livre desenvolvimento da personalidade humana”.

Seguindo a diretiva Europeia, o Brasil aprovou em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, Lei 13.709, cuja vigência ocorreu em plena era pandêmica. De acordo com Patrícia Peck<sup>288</sup> o motivo que inspirou o surgimento dessas regulações de proteção de dados está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de base de dados especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização.

O que para Grossi<sup>289</sup> traduziu-se no maior desafio da regulação dos dados pessoais, uma vez que a diferença de visão sobre os direitos da personalidade entre os sistemas jurídicos Continental e do *Common Law*, evidencia o hercúleo desafio de normatizar homogeneamente os dados pessoais sem prejudicar o livre fluxo de pessoas e o comércio internacional.

<sup>287</sup> MARTINS, Guilherme; LONGHI, João. “Impactos positivos da nova lei brasileira de proteção de dados”. In Portal ANOREG/SP, 28/08/2018, n.p. Disponível em <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/35261/artigo-impactos-positivos-da-nova-lei-brasileira-de-protecao-de-dados-porguilherme-martins-e-joao-longhi>> Acesso em 28/11/2020.

<sup>288</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. “Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 17.

<sup>289</sup> GROSSI, Bernardo Menicucci. “O legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais”. In Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial [recurso eletrônico] Org. Bernardo Menicucci Grossi. Porto Alegre/ RS: Editora Fi, 2020, pp. 64-81. P. 66.



A LGPD, como se extrai do artigo 6º, é orientada por vários princípios, dentre os quais se extrai o princípio da finalidade e da transparência, em especial atenção dada à questão do tratamento dos dados, adotando assim, a natural correlação com o consentimento do titular. Na legislação brasileira o consentimento é um dos fundamentos legais do tratamento dos dados pessoais com previsão expressa nos artigos. 7, I e 8º da LGPD, definido no art. 5º, XII como: “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

De acordo com NOGUEIRA e FONSECA<sup>290</sup>, no intuito de conferir maior efetividade ao princípio da autodeterminação informativa, fixou a lei que a realização de uma operação de tratamento de dados pessoais – mediante a obtenção de prévio consentimento do titular – deve se pautar na observação de requisitos rigorosos, além de ser utilizada com parcimônia pelos agentes de tratamento, podendo ser considerado nulo o consentimento caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo, ou mesmo caso não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

Insta ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI 6.837<sup>291</sup>, ratificou a necessidade de justificativa consistente e legítima para tratamento de dados pessoais. A ADI, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, rechaçava a Medida Provisória 954/2020, que previa o repasse de nossas informações pessoais de empresas de telefonia para o IBGE para fins estatísticos. Vários ministros enfatizaram que tal regramento traduzir-se-ia em violação ao direito de privacidade, uma vez que a medida provisória pontuava a finalidade de forma genérica.

No voto a ministra Rosa Weber afirma que independentemente do seu conteúdo, mutável com a evolução tecnológica e social, no entanto, permanece como denominador comum da privacidade e da autodeterminação o entendimento de que a privacidade somente pode ceder diante de justificativa consistente e legítima. Assim expondo:

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, não de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º,

---

<sup>290</sup> Op. cit. p. 25.

<sup>291</sup> Na íntegra <[https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/C47A659344BE14\\_compartilhamento.pdf](https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/C47A659344BE14_compartilhamento.pdf)> Acesso 24/11/2020.

I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.

[...] Observo que o único dispositivo da MP n. 954/2020 a dispor sobre a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma é o § 1º do seu art. 2º. E esse limita-se a enunciar que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados.

Depreende-se, assim, do breve panorama apresentado, que o consentimento do titular dos dados, tradução da autodeterminação informativa, tanto na legislação europeia quanto no sistema brasileiro, exige por parte daquele que se volta ao tratamento desses dados, a demonstração da finalidade adequada de sua utilização. Ademais, no que concerne os dados sensíveis, assim mencionados, possuem restrições de tratamento, notadamente para fins de evitar discriminações que violem sobremaneira a dignidade da pessoa humana princípio no qual está inserida a privacidade.

Dentro desse contexto voltamo-nos a analisar algumas pesquisas e produtos já colocados em circulação, inclusive no Brasil, no intuito de trazeremos à reflexão a adequação e compatibilidade da proteção de dados com as inovações vindouras. Mister observar que todas as pesquisas que passaremos a tratar foram desenvolvidas no âmbito da legislação Americana.

### **3. TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO: O Satélite Capella 2**

Nessa aceleração exponencial a empresa norte-americana Capella Space, uma companhia de satélites, lançou neste ano o “Capella 2”, um satélite capaz de capturar imagens de alta definição com uma potência surpreendente<sup>292</sup>, independentemente de ser dia ou noite. A tecnologia funciona de forma similar ao sistema de ecolocalização usado por golfinhos e

---

<sup>292</sup> O satélite produz uma onda da região do espectro eletromagnético dentro da faixa que antecede o infravermelho. Tal sinal tem frequência característica de 9,65 GHz, o que significa ter 9 bilhões, seiscentos e cinquenta milhões de oscilações por segundo. Considerando a velocidade de propagação da onda como sendo próxima da velocidade da luz, calcula-se que o sinal tenha comprimento de onda próximo dos 3 centímetros. (Explicação fornecida via contato pessoal por Michael Aleixo dos Santos, doutorando do programa de Pós Graduação em Física Nuclear pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA). Para obter as imagens o satélite transmite um poderoso sinal de rádio de 9,65 GHz em direção ao seu alvo e, em seguida, coleta e interpreta o sinal conforme ele retorna à órbita. Nessa frequência as nuvens são muito transparentes, o que faz com que se possa enxergar através de fumaça, névoa, umidade e neblina, chuva ou faça sol. Veja mais em ROBITZSKI, Dan. “A New Satellite Can Peer Inside Some Buildings, Day or Night”. *In* Futurism. Dez/2020. n.p. Disponível em <<https://futurism.com/hydra-slime-mold-covid>> Acesso em 20/12/2020.

morcegos<sup>293</sup>. Na imagem que segue<sup>294</sup>, é possível observar o quanto diferencial é a tecnologia utilizada, uma vez que registra com tamanha nitidez os aviões estacionados no hangar.



*Roswell International Air Center, Novo México. Imagens SAR fornecidas pela Capella Space.*

As imagens fornecidas<sup>295</sup> impressionam pela nitidez das características demonstradas no espaço geográfico de varredura e, *embora seja possível visualizar o interior de algumas estruturas, incluindo a localização de formatos de aviões dentro de hangares, a empresa esclareceu que não é possível ver detalhes dentro de estruturas densas, como arranha-céus ou residências.*

Mas a inovação não fica restrita ao lançamento do satélite e ao seu poder de coleta de imagens. Há previsão do envio de mais outros seis satélites adicionais no ano de 2021. A empresa, recentemente, disponibilizou uma plataforma que permite a qualquer pessoa solicitar imagens definindo o perímetro desejado, como é possível verificar em evento de apresentação feita pela empresa brasileira Visiona Tecnologia Espacial<sup>296</sup> em parceria com a empresa Capella Space.

<sup>293</sup> Para aprofundamento no tema veja ARÊDES, Camile; SILVA JUNIOR, Ivo C.; MENDONÇA, Isabela M.; DIAS, Bruno H.; OLIVEIRA, Leonardo W. “Planejamento estático da expansão de sistemas de transmissão de energia elétrica via ecolocalização”. Anais do XX Congresso Brasileiro de Automática Belo Horizonte, MG, 20 a 24 de Setembro de 2014. Disponível em <<http://www.swge.inf.br/cba2014/anais/PDF/1569926811.pdf>> Acesso 14/12/2020.

<sup>294</sup> Imagem apresentada por ROBITZSKI, Dan.op.cit.

<sup>295</sup> A nitidez é tão surpreendente que em uma das imagens mostradas durante apresentação do produto, é possível verificar características das embarcações no porto de Mumbai na Índia e em qualquer outra parte do mundo. As imagens não podem ser divulgadas neste trabalho em virtude de direitos autorais, mas é perfeitamente possível conferir no vídeo de apresentação disponível no canal do Youtube <<https://youtu.be/8JtAwjVgpgc>> Acesso 14/12/2020.

<sup>296</sup> A Visiona Tecnologia Espacial e a Capella Space, empresa sediada nos Estados Unidos, assinaram recentemente um contrato de distribuição com o objetivo de incorporar ao portfólio da Visiona os dados coletados pelos satélites SAR em banda X operados pela Capella. Maiores informações <<https://www.visionaespaical.com.br/sensoriamento-remoto>> Acesso em 20/12/2020.

De acordo com Robitzski<sup>297</sup>, a resolução das imagens fornecidas poderia vir a ser melhores, uma vez que não há limitações tecnológicas, mas, em virtude da legislação americana, essa seria a melhor resolução possível ao satélite. Dessa forma, contanto que a empresa não melhore a resolução um milímetro além da atual, Banazadeh, CEO da empresa Capella, informou que seus satélites podem capturar imagens de qualquer parte do mundo que um cliente pagante solicitar.

A importância de estabelecimento de limites diante de questões tecnológicas se traduz em questão delicada, mas necessária. Note que a delimitação pautada pela empresa se volta à legislação americana, mas, não se coaduna com a vigilância estabelecida em outras localidades que permeiam o produto posto em comercialização, muito menos aos que dela venham a desfrutar.

Nesse sentido, qual será o limite em relação a privacidade? Qual tratamento será conferido aos dados coletados? Como será definida a finalidade da obtenção de dessas imagens por quem estiver predisposto a pagar o preço (que não é barato)? Uma vez que a empresa coloca uma plataforma a disposição de entidades públicas e privadas, como se fará o controle dos dados que dizem respeito a outras pessoas às quais não foram consultadas e nem sequer podem ter ciência de estarem sendo violadas no seu direito à privacidade?

Nas lições de Rodotà<sup>298</sup>:

Não devemos jamais nos esquecer que a simples disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas utilizações, que devem ser avaliadas com base em valores diferentes daqueles fornecidos pela própria tecnologia. A privacidade não é um obstáculo, porém a via pela qual as inovações científicas e tecnológicas possam legitimamente entrar nas nossas sociedades e nas nossas vidas.

Se a plataforma comercializada com as imagens fornecidas pelo satélite já nos alerta para a questão da privacidade, permita-nos agora apresentar uma outra tecnologia. E essa, sim, possibilita a obtenção de dados concernentes aos movimentos humanos através da parede.

#### **4. TORNANDO O INVISÍVEL VISÍVEL: CONTROLE DE MOVIMENTOS HUMANOS ATRAVÉS DE PAREDES**

Pesquisadores do MIT, Instituto de Tecnologia de Massachusetts, universidade privada de pesquisa localizada em Cambridge, desenvolveram um projeto, o “RF-Pose<sup>299</sup>”, em

---

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> Op. cit. 241.

<sup>299</sup> ZHAO, Mingmin; LI, Tianhong; ALSHEIKH, Mohammad Abu; TIAN, Yonglong; ZHAO, Hang; TORRALBA, Antonio; KATABI, Dina. “Through-Wall Human Pose Estimation Using Radio Signals”. *In*

rede neural profunda<sup>300</sup>, no qual a máquina conseguiu extrair movimentos humanos em imagens 2D. O que isto significa? Em termos práticos, implica dizer que a pesquisa demonstrou ser possível estimar movimentos humanos através das paredes em imagens planas<sup>301</sup> (2D), a partir do sinal de wi-fi<sup>302</sup>.

---

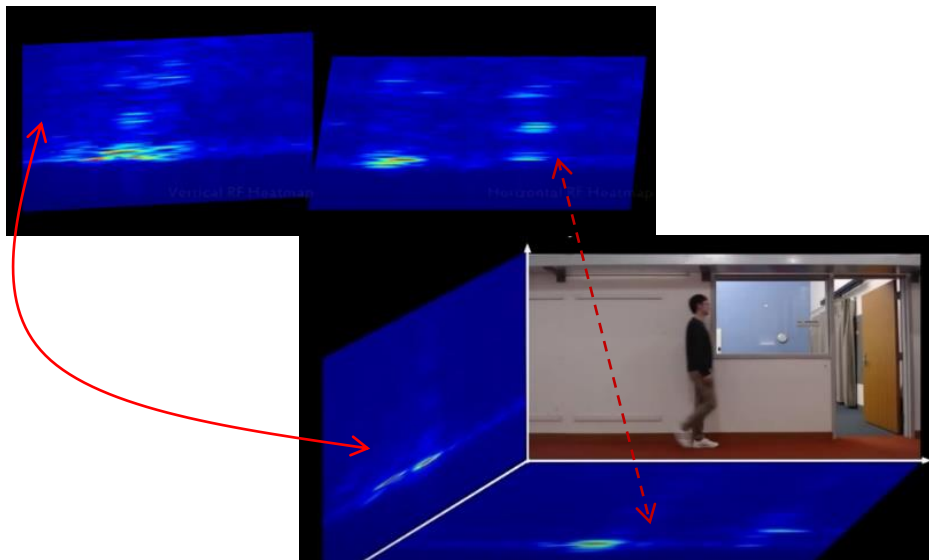
Proceedings of the IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR), Jun/2018. Disponível em <<http://rfpose.csail.mit.edu/>> Acesso 22/11/2020.

<sup>300</sup> Uma rede neural é um processador maciçamente paralelamente distribuído constituído de unidades de processamento simples, que têm a propensão natural para armazenar conhecimento experimental e torná-lo disponível para o uso. Ela se assemelha ao cérebro em dois aspectos: 1) O conhecimento é adquirido pela rede a partir de seu ambiente através de um processo de aprendizagem; 2) Forças de conexão entre neurônios, conhecidas como pesos sinápticos, são utilizadas para armazenar o conhecimento adquirido. Para aprofundamento HAYKIN, Simon. “Redes Neurais: Princípios e prática”. Tradução Paulo Martins Engel. 2ª ed. E-book. São Paulo: Bookman, 2007, p. 28. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bhMwDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=redes+neurais+profundas&ots=08quHJMWIq&sig=F57Q0c51wov-tHxd8BVV7Qjc0z4#v=onepage&q=redes%20neurais%20profundas&f=false>> Acesso em 14/12/2020. Existem tipos diferentes de redes neurais profundas – e cada um deles possui vantagens e desvantagens, dependendo do uso. Exemplos incluem: Redes neurais convolucionais (RNCs) contêm cinco tipos de camadas: de entradas, de convolução, de agrupamento, as completamente conectadas e as de saída. Cada camada tem um propósito específico, como de resumo, conexão ou ativação. As redes neurais convolucionais popularizaram a classificação de imagens e a detecção de objetos. Entretanto, RNCs também foram aplicadas em outras áreas como previsão e processamento de linguagem natural; Redes neurais recorrente (RNRs) usam informações sequenciais, como dados de registro de data e hora de um sensor ou uma frase dita. Essas informações são compostas por uma sequência de termos. Diferentemente das redes neurais tradicionais, as entradas de uma rede neural recorrente não são independentes umas das outras, e os resultados para cada elemento dependem da computação dos elementos precedentes. RNRs são utilizadas na previsão e aplicação de séries temporais, análise de sentimento e outras aplicações de texto; Redes neurais feedforward, nas quais cada perceptron em uma camada é conectado a todo perceptron da camada seguinte. A informação é entregue de maneira antecipada de uma camada à seguinte seguindo sempre em frente. Não há loops de feedback; Redes neurais autoencoder são utilizadas para criar abstrações chamadas encoders, criados a partir de um conjunto estipulado de entradas. Apesar de similares às redes neurais mais tradicionais, autoencoders procuram modelar as entradas por si só e, portanto, o método é considerado não supervisionado. A premissa dos autoencoders é diminuir a sensibilidade ao que é irrelevante e aumentar ao que é. Conforme camadas são adicionadas, outras abstrações são formuladas em camadas mais altas (camadas mais próximas ao ponto onde uma camada decodificadora é introduzida). Essas abstrações podem, então, ser usadas por classificadores lineares ou não lineares (SAS Insights disponível em <[https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html)> Acesso 14/11/2020).

<sup>301</sup> Para aprofundamento ANDALÓ, Flávio. “Modelagem e animação 2D e 3D para jogos”. 1ª Ed. São Paulo: Érica, 2015.

<sup>302</sup> A chamada rede Wi-Fi é uma rede sem fio (também chamada de *wireless*) na qual podemos ter acesso à internet apenas por sinal de ondas de rádio, assim como as televisões e os celulares, não sendo necessária a utilização de fios conectores. As ondas de rádio são ondas eletromagnéticas (formadas pela combinação dos campos elétrico e magnético que se propagam no espaço perpendicularmente transportando energia) utilizadas pelas emissoras de rádio. Basicamente, nos locais onde há sistemas que fazem uso de ondas de rádio, um circuito elétrico é o responsável por provocar a oscilação de elétrons na antena emissora. Estes elétrons são acelerados e, em virtude disso, emitem ondas de rádio, as quais transportam as informações até uma antena receptora. (PIXININE, Juliana. “Como um Wi-Fi funciona? Entenda a tecnologia”. In TechTudo, 21/02/2015, n.p. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/02/como-um-wi-fi-funciona-entenda-tecnologia.html>> Acesso em 14/12/2020.

Ao contrário da luz visível, o sinal que o roteador envia consegue atravessar paredes. Os pesquisadores criaram um equipamento que emite um sinal na frequência do wi-fi e consegue capturar o reflexo desse sinal pelo ambiente. Utilizado dois planos para capturar o reflexo, um deles paralelo ao chão e o outro perpendicular como demonstrado na imagem.



Imagens coletadas do vídeo de apresentação

Ao capturar o sinal, a informação obtida são manchas imperceptível de identificação de padrão ao olhar humano. Mas, por se tratar de ondas de rádio (as mesmas mencionadas quando tratamos dos satélites), possuem um comportamento definido pelas leis da física. E nesse momento, é que a IA se torna tão importante, uma vez que passa a ser o objetivo da rede neural encontrar a lógica, os padrões. Os dados coletados pelos dois planos são levados para rede neural e ela devolverá um resultado.

Toda rede neural precisa ser treinada. Ela necessita de grandes quantidades de poder computacional e dados. Enquanto os dados treinam o programa para reconhecer padrões, o poder computacional permite que o programa análise esses exemplos em alta velocidade<sup>303</sup>. Atualmente o número de redes neurais especializada em reconhecimento são bem variadas, e uma dessas especializações são as redes neurais “Multi-Person Pose Estimation”<sup>304</sup>, capaz de reconhecer a pose de uma pessoa a partir de uma imagem (foto ou vídeo) e criar espécies de bonecos em palitos independentemente de haver sensores na pessoa, como mostra a figura abaixo.

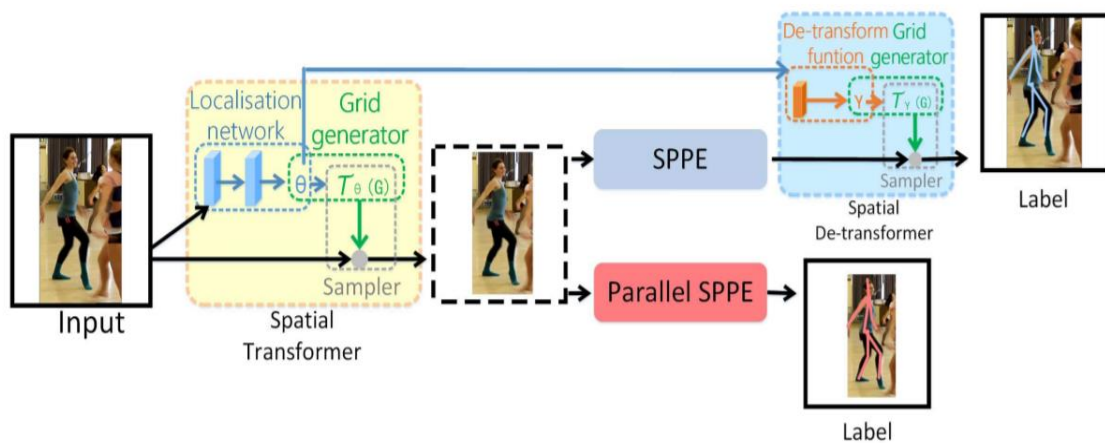


Imagem extraída do artigo FANG, Hao-Shu [et.al]. RMPE: Regional Multi-Person Pose Estimation

A utilização desse algoritmo demonstrado na figura foi crucial para o desenvolvimento da pesquisa ora mencionada. Na hora de treinar a rede neural, e como no aprendizado supervisionado você precisa dar a resposta certa para que ela consiga extrair o padrão, eles utilizaram o algoritmo *multi-person* como gabarito para treinar a outra rede neural (*RF-Posed*) que utiliza apenas o reflexo *wi-fi*, ou seja, eles colocaram uma rede neural para supervisionar a outra rede neural. E o resultado apresentado foi a detecção dos movimentos humanos através da parede como demonstra a figura abaixo.

<sup>303</sup> LEE, Kai-Fu. Op. cit. p. 22.

<sup>304</sup> FANG, Hao-Shu; XIE, Shuqin; TAI, Yu-Wing; LU, Cewu. “RMPE: Regional Multi-Person Pose Estimation”. In The IEEE International Conference on Computer Vision (ICCV), Oct 2017. Disponível em <[https://openaccess.thecvf.com/content\\_ICCV\\_2017/papers/Fang\\_RMPE\\_Regional\\_Multi-Person\\_ICCV\\_2017\\_paper.pdf](https://openaccess.thecvf.com/content_ICCV_2017/papers/Fang_RMPE_Regional_Multi-Person_ICCV_2017_paper.pdf)> Acesso em 14/12/2020.



Imagem extraída do artigo ZHAO, Mingmin [et.al] Through-Wall Human Pose Estimation Using Radio Signals.

Mas isso não é tudo. O artigo apresentado aponta que os dados coletados conseguiram incorporar características na forma de andar que identificam as pessoas. Eles realizaram um experimento com 100 pessoas andando livremente e treinaram uma rede neural convolucional<sup>305</sup> para identificar as pessoas utilizando um vídeo de apenas dois segundos da imagem coletada, observando a forma como o “desenho” se movia. A rede neural conseguiu identificar a pessoa com uma precisão acima de 83% de acurácia. Tanto nos casos em que a pessoa estava visível, quanto nos casos em que a pessoa estava atrás da parede<sup>306</sup>.

Apesar de bastante inovador, os pesquisadores não pararam por aí. Na busca de saber quão rica seria a descrição das pessoas<sup>307</sup> que se poderia extrair dos sinais de rádio ao redor, eles avançaram e melhoraram a pesquisa incluindo a obtenção dos movimentos em imagens 3D<sup>308</sup>, apresentando o projeto “RF-Pose 3D”<sup>309</sup> e o projeto. Para tanto utilizaram um conjunto de dados abrangendo vários ambientes que incluíam várias pessoas, o que permitiu que o sistema aprendesse a generalizar ambientes não vistos durante o treinamento.

<sup>305</sup> Vide explicação nota n. 13.

<sup>306</sup> “We also show that the skeleton learned from RF signals extracts identifying features of the people and their style of moving. We run an experiment where we have 100 people perform free walking, and train a vanilla-CNN classifier to identify each person using a 2-second clip of the RF-based skeleton. By simply observing how the RF-based skeleton moves, the classifier can identify the person with an accuracy over 83% in both visible and through wall scenarios”. ZHAO, Mingmin [et. al] Op. cit. p.7357.

<sup>307</sup> E nessa linha em 2016 foi apresentado pelo mesmo grupo de pesquisa o projeto EQ-Radio capaz de inferir as emoções de uma pessoa usando sinais sem fio. Veja em ZHAO, Mingmin; ADIB, Fadel; KATABI, Dina. “Emotion Recognition using Wireless Signals”. In *MobiCom '16: Proceedings of the 22nd Annual International Conference on Mobile Computing and Networking*, October 2016 Pages 95–108. Disponível em <<http://eqradio.csail.mit.edu/>> Acesso 14/12/2020.

<sup>308</sup> Sobre imagens 3D Vide indicação nota n. 14.

<sup>309</sup> ZHAO, Mingmin; TIAN, Yonglong; ZHAO, Hang; ALSHEIKH, Mohammad Abu; LI, Tianhong; HRISTOV, Rumen; KABELAC, Zachary; KATABI, Dina; TORRALBA, Antonio. “RF-based 3D skeletons”. In *SIGCOMM '18: Proceedings of the 2018 Conference of the ACM Special Interest Group on Data Communication* August 2018 Pages 267–281. Disponível em <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3230543.3230579>> Acesso 22/11/2020.



Insta salientar que antes de desenvolverem o projeto ora apresentado, os mesmos pesquisadores, no ano de 2016, apresentaram um projeto capaz de detectar as emoções de uma pessoa a partir do sinal sem fio. O projeto funciona transmitindo um sinal de radiofrequência e, a partir da análise dos reflexos no corpo de uma pessoa, reconhece o seu estado emocional<sup>310</sup>.

Ao medir mudanças sutis na respiração e no ritmo cardíaco o projeto é 87% preciso em detectar se uma pessoa está excitada, feliz ou triste. Dois pontos chamam a atenção: o fato de não ser necessário nenhum tipo de sensor no corpo para fins de detecção das emoções e, por ser apontada, dentre outras, como uma das finalidades para utilização da tecnologia, a possibilidade de análise do comportamento do consumidor.

Entre 2012 a 2019 a equipe de pesquisa, mantendo uma acurácia superior a 80%, conseguiu não apenas monitorar movimentos humanos através das paredes como definir a qual humano pertenceria os movimentos e, ainda, quais as emoções sentidas por um humano não restando a parede como óbice para o resultado.

Não há como negar o impacto e a importância de tal ferramenta para algumas ocorrências do cotidiano e até mesmo para o universo jurídico se pensarmos em produção de provas. Entretanto, por outro lado, também não podemos negar o quanto viola a nossa liberdade, nossa privacidade e o direito fundamental à dignidade.

A identificação das emoções é facilmente observada no vídeo de demonstração disponível na rede<sup>311</sup> e o quanto essa tecnologia pode modificar o mercado, inclusive consumerista. Uma vez que as emoções dos consumidores, frente a produtos ou serviços, possam ser facilmente coletadas (basta pensar no supermercado do futuro inaugurado pela Amazon), também o serão tratadas e, cada vez mais as regras de mercado definirão nossas condutas.

## **5. OS MECANISMOS DE CONTROLE ESTÃO APTOS PARA AS TECNOLOGIAS QUE ESTÃO SENDO DELINEADAS?**

No ano de 2013 o mundo se surpreendeu com as revelações de Edward Snowden<sup>312</sup>. Todos éramos vítimas da vigilância massiva dos Estados Unidos, pouco importando se tínhamos ou não algo a esconder.

---

<sup>310</sup> É possível conhecer mais detalhes do projeto através do site do Laboratório de ciência da computação e inteligência artificial do MIT – CSAIL Disponível em <<https://www.csail.mit.edu/research/eq-radio-emotion-recognition-using-wireless-signals>>. Acesso 18/11/2020.

<sup>311</sup> Para conhecer o projeto e demonstração visual acesse <<http://eqradio.csail.mit.edu/>>. Acesso 18/11/2020.

<sup>312</sup> Veja *Entrevista concedida pelo ex-agente da NSA Edward Snowden, que divulgou documentos sobre a espionagem feita pelo governo americano, à jornalista Sonia Bridi, para o programa Milênio, da GloboNews.*

Como se observou no capítulo anterior, as tecnologias desenvolvidas no MIT avançaram sobremaneira com a utilização de redes neurais. A dimensão de alcance dessas tecnologias é inimaginável e a possibilidade de identificação de movimentos humanos com a possibilidade de identificação através da parede comprova isso. Ainda que se possa ter em mente o benefício do uso para identificação de vítimas em deslizamentos/terremotos, ou o socorro a idosos que residem sozinhos, é preciso refletir sobre o fato de não haver nenhuma regulamentação que delimite o uso de dita tecnologia.

Como vimos o consentimento e a finalidade adequada são basilares da proteção em torno da privacidade, em outras palavras, a autodeterminação informativa impõem que o titular do dado consinta com o seu tratamento. Mas como consentir quando sequer há o conhecimento da coleta de seus dados? O papel da autoridade de proteção de dados ganha novos contornos quando o olhar rompe fronteiras e se desloca para o futuro. Essas inovações tecnológicas estão sendo desenvolvidas sem que qualquer auditoria prévia ou análise de impacto sejam realizadas, implicando dizer que o seu impacto na sociedade tenda a gerar conflitos que nem mesmo podemos vislumbrar em grau de hipótese.

Inobstante a identificação do humano através da parede, também se verifica a possibilidade de identificação de emoções pelo sinal de Wi-Fi. Perceba que a base utilizada para o desenvolvimento do algoritmo foi a mesma em relação a identificação através da parede. Vale dizer que o sinal de Wi-Fi se encontra basicamente em quase todo território mundial, o que nos torna desnudos, vulneráveis diante do alcance desta tecnologia.

Ademais, não se sabe se ela já foi ou está em vias de ser comercializada, ou mesmo se ainda é mantida apenas no laboratório de pesquisa. Nesse sentido a quem caberia ter acesso a dita tecnologia? Como seriam essas imagens armazenadas? Não podemos ignorar o fato de que não há qualquer regramento para aquisição desses produtos e, um crime só é punido quando se consegue descobrir.

Se não é possível confirmar a comercialização da tecnologia baseada em Wi-Fi, por outro lado, a plataforma concernente a obtenção de imagens em alta definição produzida pelo satélite “Capela 2” não só já está sendo comercializada como se encontra disponível no território nacional a partir da parceria feita pela empresa Visiona Tecnologia Espacial.

Mais uma vez a delimitação não é verificada (ao menos não restou mencionada no site da empresa, tampouco na apresentação do produto) em relação ao seu adquirente. O acesso

obtido por quem adquirir a plataforma é revestido de opacidade, já que não é possível ter a dimensão de quais informações estão sendo adquiridas através das imagens coletadas, quer seja por entidades governamentais, quer seja pela esfera privada. Duas observações merecem ser trazidas à reflexão.

Primeiro, a ruptura gigantesca de fronteiras em relação à aquisição de imagens, uma vez que estamos lidando com satélite passível de rastrear todo o globo terrestre. Ainda que atualmente o faça num intervalo médio de 4 a 5 horas, muito em breve esse intervalo será reduzido a praticamente 1 hora, tendo em vista que a empresa lançará mais seis satélites voltados à coleta de imagens para aqueles que estiverem dispostos a pagar.

Segundo, e talvez mais preocupante, é comum a reunião de algoritmos para fins de se alcançar um melhor resultado. Nesse sentido, foi demonstrado, que o próprio modelo de inteligência artificial voltado para a identificação de movimentos através da parede, operou a partir do treinamento de um outro algoritmo. A ausência de fiscalização e limite, ou mesmo de análise de impacto desses modelos desenvolvidos com inteligência artificial, nos permite pensar na possibilidade, ainda que possa parecer remota, da reunião dos algoritmos do satélite “Capela 2” com o RF-Posed 3D.

O que se vê no mundo é um total assombro com o alcance da inteligência artificial, isto porque ela está nos levando a lugares nunca imaginados. Tanto a nossa legislação quanto a da União Europeia e mesmo dos Estados Unidos, atuam no contexto do que já conhecemos. É preciso, porém, entender que no âmbito tecnológico os desafios são projetados para uma era cada vez mais futurista, de forma a tornar necessário remodelar o direito para fins de pensarmos na prevenção de certas violações que uma vez ocorridas, talvez não consigamos retornar ao *status quo*.

A amplitude do alcance da privacidade que denota uma dificuldade de definir o campo de proteção, deve permitir, ao menos, que nossa legislação se volte para um regramento no sentido de coibir possíveis violações. Tal qual ocorre com a obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental voltados à avaliação dos impactos ambientais<sup>313</sup> que serão gerados pelo empreendimento ou atividade, há que se olhar o quanto antes para o desenvolvimento de um regramento a permitir a análise do impacto tecnológico operado pela inteligência artificial.

Estamos sendo monitorados a cada instante, até mesmo a partir de palavras soltas em redes sociais para fins de analisar a possibilidade de identificação de distúrbios psiquiátricos como demonstra a pesquisa de *Neguine Rezaii* já demonstrada. O que seria feito com a

---

<sup>313</sup> Vide Res. CONAMA 001/86.

informação que definisse a propensão de doença psiquiátrica em pessoas que estivessem vivendo normalmente? Alterações genéticas? Quais os objetivos pretendem ser alcançados com tais pesquisas?

Como afirmou Rodotà<sup>314</sup> para as tecnologias da informação e da comunicação também é preciso questionar se tudo que é tecnicamente possível é socialmente e politicamente aceitável eticamente admissível, juridicamente lícito. Ressurge, a imagem de uma ciência bifronte como o Deus Janus, portadora do bem ou do mal de acordo com a vontade de quem é utiliza e dos contextos nos quais é aplicada.

## CONCLUSÃO

Ter a consciência de que nossos dados são registrados e permanentemente disponíveis tende a nos modificar tanto individualmente, quanto como sociedade. Não podemos, porém, esquecer, que muitas vezes sequer sabemos o que está disponibilizado ou, o que será permanentemente disponibilizado, vez que só teremos consciência da possibilidade de utilização de nossos dados, diante daquilo que supostamente acessarmos. Entretanto, são nossos dados coletados a todo momento, ainda que não saibamos o porquê, nem a qual finalidade servirá. O simples fato de adquirirmos e utilizarmos dos recursos tecnológicos nos colocam fragilizados e sem qualquer controle sobre nossas informações.

Tal qual a torre que servia para vigiar os presos e que não precisava ter efetivamente ninguém vigiando, mas, a mera ideia de ser vigiado já alterava seus comportamentos, na panóptica de Foucault, nossa sociedade transforma-se em sociedade da vigilância pois não sabemos por quem, mas apenas, que estamos sendo vigiados.

As tecnologias avançam sem que as legislações atuais consigam conter, e o debate gira em torno da não limitação das ciências e das pesquisas. Saber como e por quem serão utilizadas é papel que precisamos desempenhar, notadamente porque aquele que detiver certas tecnologias deterá um poder quase totalitário.

Estamos vulneráveis, precipuamente quando o acesso a produtos e serviços gera como pagamento nossas informações. Nossa legislação e notadamente nosso judiciário não é compatível com as diversas tecnologias operadas por inteligência artificial que estão sendo desenvolvidas e colocadas no mercado.

---

<sup>314</sup> Op. cit. p. 142.

Buscamos demonstrar que na sociedade da informação, somos monitorados, perfilados, manipulados e sem condição de exercer o consentimento livre. O exercício democrático de autodeterminação informativa é vilipendiado não apenas pelo fato de o acesso vincular-se ao fornecimento dos dados, mas, pelo desconhecimento de quem, ou como nossos dados estejam sendo coletados. Qual sociedade queremos? Qual limite deve ser estabelecido? Ao que parece a ficção dirigida por Tony Scott “Inimigo do Estado” trazia uma grande verdade: a única privacidade que você tem está na sua cabeça.

As inovações tecnológicas operadas por inteligência artificial já demonstraram o quanto podem trazer benefícios para vários seguimentos da vida humana, e que desabroche a ciência responsiva e ética. Mas que se possa, também, definir os impactos a serem acarretados à vida humana. Que sejamos protagonistas de métodos preventivos, que inviabilizem impactos negativos à privacidade que da tecnologia possa advir!

## REFERÊNCIAS

ADAM, D. “Machines can spot mental health issues—if you hand over your personal data”. *In* MIT Technology Review, 13/08/2020, n.p. Disponível em <<https://www.technologyreview.com/2020/08/13/1006573/digital-psychiatry-phenotyping-schizophrenia-bipolar-privacy/>> Acesso em 20/09/2020.

ANDALÓ, F. “Modelagem e animação 2D e 3D para jogos”. 1ª Ed. São Paulo: Érica, 2015.  
ARÊDES, C.; SILVA JUNIOR, I. C.; MENDONÇA, I. M.; DIAS, B. H.; OLIVEIRA, L. W. “Planejamento estático da expansão de sistemas de transmissão de energia elétrica via ecolocalização”. Anais do XX Congresso Brasileiro de Automática Belo Horizonte, MG, 20 a 24 de Setembro de 2014. Disponível em <<http://www.swge.inf.br/cba2014/anais/PDF/1569926811.pdf>> Acesso 14/12/2020

BIONI, B. R.; ZANATTA, R. A. F. “Direito e economia política dos dados: um guia introdutório”. *In* Sociedade Viglada: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020. pp. 102-142

CAPELAS, B.; WOLF, G. “Mercado de startups do Brasil caminha para ter melhor ano da história em 2020”. Estadão. Out/2020. Disponível <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/10/26/mercado-de-startups-do-brasil-caminha-para-ter-melhor-ano-da-historia-em-2020.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso 14/12/2020.

- CASTELLS, M. “A galáxia da internet: reflexões sobre a internet os negócios e a sociedade”. Tradução dos pontos Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica: Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- CONESA, F. M. “Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho”. Universidad de Valencia, Valencia, 1984.
- DOBOUR, L. “Sociedade Viglada: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia”. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020.
- DONEDA, D. C. M. “Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da lei geral de proteção de dados”. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FANG, H.S.; XIE, S.; TAI, Y.W.; LU, C. “RMPE: Regional Multi-Person Pose Estimation”. In The IEEE International Conference on Computer Vision (ICCV), Oct 2017. Disponível em <[https://openaccess.thecvf.com/content\\_ICCV\\_2017/papers/Fang\\_RMPE\\_Regional\\_Multi-Person\\_ICCV\\_2017\\_paper.pdf](https://openaccess.thecvf.com/content_ICCV_2017/papers/Fang_RMPE_Regional_Multi-Person_ICCV_2017_paper.pdf)> Acesso em 14/12/2020.
- FOUCAULT, M. “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GROSSI, B. M. “O legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais”. In Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial [recurso eletrônico] Org. Bernardo Menicucci Grossi. Porto Alegre/ RS: Editora Fi, 2020, pp. 64-81.
- HAN, B.C. “O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã”. In El País, 20/03/2020, n.p. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>> Acesso em 03/01/2021
- HAYKIN, S. “Redes Neurais: Princípios e prática”. Tradução Paulo Martins Engel. 2ª ed. E-book. São Paulo: Bookman, 2007, p. 28. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bhMwDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=redes+neurais+profundas&ots=08quHJMWIq&sig=F57Q0c51wov-tHxd8BVV7Qjc0z4#v=onepage&q=redes%20neurais%20profundas&f=false>> Acesso em 14/12/2020.
- KERR, O. S. “The Case for the Third-Party Doctrine”. In Michigan Law Review. Volume 107. Issue 4, 2009. Disponível em

<<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=mlr>> Acesso 30/11/2020.

LEE, K.F. “Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos”. Tradução Marcelo Barbão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. SAS Insights disponível em <[https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/what-is-artificial-intelligence.html)> Acesso 14/11/2020

MAFRA W. A. “A privacidade como direito fundamental da pessoa humana”. *In* Sociedade Viggiada: como a invasão da privacidade por grandes corporações e estados autoritários ameaça instaurar uma nova distopia. Editora: Autonomia Literária. 1ª ed. 2020, pp. 11-34.

MARTINS, G.; LONGHI, J. “Impactos positivos da nova lei brasileira de proteção de dados”. *In* Portal ANOREG/SP, 28/08/2018, n.p. Disponível em <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/35261/artigo-impactos-positivos-da-nova-lei-brasileira-de-protecao-de-dados-porguilherme-martins-e-joao-longhi>> Acesso em 28/11/2020.

MOTA, R. “Retrospectiva 2020: ano do e-commerce e avanço dos meios de pagamento”. *In* Olhar Digital, 22/12/2020. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2020/12/22/retrospectiva-2020/retrospectiva-2020-ano-do-e-commerce-e-avanco-dos-meios-de-pagamento/?gfetch=2020%2F12%2F22%2Fretrospectiva-2020%2Fretrospectiva-2020-ano-do-e-commerce-e-avanco-dos-meios-de-pagamento%2F>> Acesso 03/01/2021.

NOGUEIRA, F. A. C. M.; FONSECA, M. L. “O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso”. *In* Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial [recurso eletrônico] Org. Bernardo Menicucci Grossi. Porto Alegre/ RS: Editora Fi, 2020, pp. 15-35.

PINHEIRO, P. P. “Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 17.

PIXININE, J. “Como um Wi-Fi funciona? Entenda a tecnologia”. 2015, n.p. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/02/como-um-wi-fi-funciona-entenda-tecnologia.html>> Acesso em 14/12/2020.

RODOTÁ, S. “A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje”. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

- ROBITZSKI, D. “A New Satellite Can Peer Inside Some Buildings”. Day or Night. Futurism. Dez/2020. n.p. Disponível em <<https://futurism.com/hydra-slime-mold-covid>> Acesso em 20/12/2020.
- RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, D. P. “O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação”. In Revista Direito, Estado e Sociedade. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. n. 36, Jan/Jun2010, pp. 178-199, p. 179). Disponível em <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/issue/view/22>> Acesso 06/11/2020
- RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. “Inteligência artificial”. tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- SANTANA, W. “Nos EUA, 87% consideram a privacidade de dados como um direito humano”. In Olhar Digital, 07/08/2020, n.p. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2020/08/07/noticias/nos-eua-87-consideram-a-privacidade-de-dados-como-um-direito-humano/>> Acesso 04/12/2020.
- SCHNEIER, B. “Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World”. 1ª ed. W. W. Norton & Company, 2015, Ebook Kindle Amazon, cap. 10, n.p.
- STAIR, R. M.; REYNOLDS, G. W. “Princípios de sistemas de informação”. 3ª ed. Tradução da 11ª ed. Norte-Americana. Tradução: Noveritis do Brasil. Revisão Técnica: Tânia Fátima Calvi Tait. Editora: Cengage Learning; 2015.
- STERN, S. “The Third-Party Doctrine and the Third Person”. In New Criminal Law Review, vol. 16, 2013. pp. 101-147. Disponível em <<https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/87908/1/Stern%20Third%20Party%20Doctrine.pdf>> Acesso 30/11/2020.
- THOMPSON II, R. M. “The Fourth Amendment Third-Party Doctrine”. In Congressional Research Service. 2014. Disponível em <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R43586.pdf>> Acesso 30/11/2020.
- WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. “The Right to Privacy”. In Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220, p. 195. Disponível em <[https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents)> Acesso 08/08/2020.
- ZANINI, L. E. A. “O surgimento e o desenvolvimento do *right to privacy* nos Estados Unidos”. In Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5130, 18/07/2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/57228>> Acesso 04/01/2020.



ZHAO, M.; ADIB, F.; KATABI, D. “Emotion Recognition using Wireless Signals”. *MobiCom '16: Proceedings of the 22nd Annual International Conference on Mobile Computing and Networking* October 2016 Pages 95–108. Disponível em <<http://eqradio.csail.mit.edu/>> Acesso 14/12/2020.

ZHAO, M.; LI, T.; ALSHEIKH, M. A.; TIAN, Y.; ZHAO, H.; TORRALBA, A.; KATABI, D. “Through-Wall Human Pose Estimation Using Radio Signals”. *In Proceedings of the IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR)*, Jun/2018. Disponível em <<http://rfpose.csail.mit.edu/>> Acesso 22/11/2020.

ZHAO, M.; TIAN, Y.; ZHAO, H.; ALSHEIKH, M. A.; LI, T.; HRISTOV, R.; KABELAC, Z.; KATABI, D.; TORRALBA, A. “RF-based 3D skeletons” *SIGCOMM '18: Proceedings of the 2018 Conference of the ACM Special Interest Group on Data Communication* August 2018. Pages 267–281. Disponível em <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3230543.3230579>> Acesso 22/11/2020.

## **DIREITO RESILIENTE DOS DESASTRES E SOCIEDADE DE RISCO – Uma reflexão do direito com base no princípio da prevenção e precaução**

*Wagner da Costa Alexandre<sup>315</sup>*

*Plínio Lacerda Martins<sup>316</sup>*

### **INTRODUÇÃO**

A construção de uma sociedade mundialmente mais segura, resiliente e, com a necessidade de diminuição de perdas humanas e econômicas figura como diretriz preconizada no Marco de Sendai para a redução do Risco de Desastres 2015-2030, firmados por países signatários da Organização das Nações Unidas, na Conferência da para a Redução de Risco de Desastres-2015. Assim, emerge a importância reflexão sobre os instrumentos legais tanto no âmbito mundial, como no pátrio, que deem efetividade a princípios basilares já instituídos e proporcionem segurança na atual sociedade de risco.

O princípio da prevenção figura como um marco importante nos temas relacionados ao Direito Resiliente, voltado para a área ambiental e de desastres. Embora o Brasil não sofra com grandes desastres naturais sazonalmente, como ocorre em algumas nações do mundo, necessário se faz utilizar de um dos princípios fundamentais do direito ambiental e aplicá-lo na área dos desastres e antecipar aos riscos com a promoção da segurança da coletividade.

A Constituição da República, em seu artigo 225, já reconheceu e preconizou o dever de cuidado e preservação do meio ambiente por parte do Poder Público e à coletividade. Neste sentido, há necessidade de estudos e comparações sobre o pensamento da resiliência no direito, bem como uma forma de promover um direito mais dinâmico e reflexivo, que acompanhe a evolução da sociedade, e principalmente, as inovações trazidas pela sociedade moderna.

### **1. O DIREITO RESILIENTE**

O direito brasileiro, de forma geral, possui uma característica de ser tradicionalista o que toma uma postura antagônica à velocidade com que a sociedade evolui e se organiza.

Em algumas áreas de estudos do direito, essa constatação é um reflexo das influências culturais e das mudanças que uma sociedade moderna impõe ao modo de vida de cada grupo de indivíduos.

---

<sup>315</sup> *Mestrando em Defesa e Segurança Civil, UFF, [wagner865@outlook.com](mailto:wagner865@outlook.com)*

<sup>316</sup> *Doutor Direito e Sociologia pela UFF-RJ, [pliniolacerda@terra.com.br](mailto:pliniolacerda@terra.com.br)*

Entretanto, o conceito da resiliência jurídica pode permitir alçar voos mais altos no campo do conhecimento jurídico e proporcionar uma reflexão aprofundada sobre diversos temas.

O termo resiliência introduzido, pelo menos a partir de 1807, quando o inglês Thomas Young o utiliza em resistência de materiais, se origina da física e traz o conceito de que alguns corpos, após serem submetidos a determinada deformação, tem a propriedade de voltar à forma original (Dicio, 2020).

Posteriormente, outras ciências como a psicologia, educação e saúde passaram a utilizar o termo para definir novos conceitos em suas áreas, Embora cada área científica empregue uma definição específica para a resiliência, o eixo geralmente está ligado ao atingimento do “*status quo ante*” após determinado momento ou situação de desequilíbrio ou inquietação, ou seja, a capacidade de passar por uma adversidade e conseguir voltar à normalidade.

No estudo dos desastres, a ONU, através do programa de Estratégia Internacional para Redução de Desastres (EIRD) e diversos organismos internacionais utilizam o emprego do termo resiliência para propor melhorias na gestão pública, dividida em diversos eixos (social, ambiental, econômica, etc), visando suportar os eventos adversos, adaptar-se e ter a capacidade de retornar à normalidade com maior brevidade (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 16).

Vale destacar que a observação de Prince, há cerca de 100 anos, era a de que alguns eventos, como os desastres, eram responsáveis por impulsionar o direito rumo às inovações, era um direito mais inerte aguardando provocações sociais para ser modificado. Neste sentido, Prince, observou que a “legislação social, quando próxima, constitui uma influência importante e decisiva e, por sua vez, é enriquecida pela calamidade” e que “a catástrofe está intimamente associada ao progresso na legislação social” (1920, pág. 120).

A sociedade evoluiu, passou por mudanças sociais, tecnológicas, guerras, desastres, crises e sofreu eventos de diversas magnitudes e circunstâncias, como epidemias, terremotos e outros desastres de tecnológicos.

Deste modo, ao analisar a sociedade moderna, Flores entende que a resiliência surge como um instrumento para compreender as relações complexas da sociedade contemporânea (2016, pag. 108).

Ensina, ainda, que: “estar apto a se movimentar na incerteza passa ser uma necessidade contemporânea e para tanto é importante saber observar as eventuais transformações sociais, a fim de aprender lidar com as adversidades.” (2016, p.111).

O autor sustenta, também, que a resiliência “parece dar boas contribuições, devendo ser integrada ao universo jurídico, como um suporte reflexivo para enfrentar os desafios de um novo milênio”.(2016, p. 122).

Interessante destacar que Flores propõe a resiliência jurídica como uma ferramenta de inovação e reinvenção do sentido jurídico, trazendo uma nova forma de pensar o direito, não mais tradicional, estático, mas um direito mais atual, ligado às necessidades modernas. Frisa-se que não se busca romper com o direito tradicional, mas fornecer uma nova visão e forma de pensar o direito: Para ele, “a resiliência é uma resposta à necessidade de criatividade do Direito, de transformação de contornos rígidos, lentos, pesados, obsoletos em contornos flexíveis, plásticos, dinâmicos e eficientes. É uma resposta desafiadora do próprio Direito.” (2016, pag. 124).

Neste sentido, percebe-se que a proposta da resiliência no direito traz a concepção de movimento ao direito da sociedade contemporânea: “... o Direito precisa ser resiliente, precisa de disposição para aprender, mudar, inovar, ou seja, precisa de Resiliência Jurídica.” (2016, pag. 128).

Através da concepção trazida por Flores e Rocha a resiliência jurídica:

Trata-se de uma forma de observação que revela uma capacidade de aprimoramento do Direito por meio da configuração de um conjunto de operações do próprio sistema, acentuando a importância das organizações como espaço reflexivo transdisciplinar para a operacionalização de acoplamentos estruturais e da concepção de inovação no (e do) Direito. (2016, p.83)

No campo do direito na área dos desastres e na área ambiental os conceitos trazidos pela perspectiva do direito resiliente são importantes pois possibilitam acompanhar e estudar essa evolução para entregar ao cidadão tutelas efetivas que respeitem o meio ambiente e, ao mesmo tempo, consistam em direitos que provoquem a resiliência na sociedade.

Neste sentido, o conceito do direito resiliente na área de desastres deve ser observado pela necessidade que há de se estabelecer instrumentos normativos que sejam dinâmicos, reflexivos e transdisciplinares visando atender novos anseios da sociedade moderna.

Quando se estuda o direito na área de desastres no Brasil, percebe-se que são usados instrumentos normativos de diversas áreas de conhecimento do direito que acabam comunicando entre si para produzirem maior eficácia. Dependendo do tipo de evento de desastre e responsabilidade, são utilizadas normas do direito civil, ambiental, penal, consumidor e administrativo que formam um cinturão jurídico com intuito de tentar trazer de volta a

normalidade, reparar os danos, indenizar os atingidos e responsabilizar os causadores dos sinistros.

A introdução da Lei 12.608/12 (BRASIL, 2012), que instituiu a Política Nacional de Proteção de Defesa Civil, fortaleceu o ordenamento jurídico nacional e deu um aceno para o direcionamento para um entendimento de um direito mais dinâmico e reflexivo na área dos desastres. Contudo, esta lei sozinha não consegue interferir sozinha em todo o contexto nacional. A legislação tratou de temas como o incentivo à prevenção, mitigação, criação de linhas de crédito e a sistematização da proteção civil, entre outros.

Mais recente, a Lei n. 12.983/14 (BRASIL, 2014), dispôs sobre a transferência de recursos para execução de ações de prevenção, de resposta e recuperação. Apesar disso, a legislação brasileira de proteção civil ainda caminha tenuemente passo a passo na direção da resiliência.

Como exemplo, é importante trazer à luz que uma nação como os EUA e a União Europeia, por conta de serem submetidos a diversos tipos de desastres, muitos deles sazonalmente, possuem uma legislação mais densa e robusta sobre o assunto. Para Damascena, o Plano Americano para Resposta a Desastres, bem como o plano legislativo americano *Stafford Act*, que é a peça central da política americana trazem importantes lições a serem seguidas. Neste sentido, a *Stafford Act*, de 1988, nos ensina:

Ela define juridicamente como desastres federais são declarados, determina os tipos de assistência a serem prestados pelo governo federal e estabelece as modalidades de partilha de custos entre os governos federal, estadual e local. (DAMASCENA, 2015, p. 303)

Necessário também, desatacar que para os casos de desastres naturais, o governo americano disponibiliza um sistema de seguros e compensações que amenizam o impacto financeiro aos cofres públicos na fase de resposta e reconstrução. Da mesma maneira, também disponibiliza linhas de créditos para que as pessoas se recuperem de um desastre. Por outro lado:

No Brasil, o legislador simplesmente silenciou sobre o tema. Atualmente, após a ocorrência de um desastre, o Governo Federal depende de créditos extraordinários, via edição de medidas provisórias, para alocar recursos e atender emergencialmente à população atingida, vez que esses recursos não estão reservados em programação orçamentária aprovada no início do exercício financeiro” (DAMASCENA, 2015, p. 308)

É evidente que as mutações legislativas dependem das casas legislativas brasileiras e do Poder Executivo, que acabam procrastinando temas que não lhes pareça de extrema

urgência. O que se percebe é que a falta de uma agenda com propostas conjuntas e claras acaba culminando em demora na aprovação de novas leis.

Acima de tudo, é necessário refletir que a implementação de um sistema de direito resiliente, aprimorado e eficiente na área de desastres, pode e deve influenciar diretamente e positivamente a política de prevenção de desastres no Brasil. Embora nossa nação não sofra de eventos naturais extremos como furacões e terremotos, necessário se estabelecer um entendimento acerca das demais áreas de vulnerabilidades e a influência que os efeitos dos eventos tecnológicos podem ocasionar na vida da sociedade.

Podemos citar a influência que um desastre tecnológico pode provocar fazendo referência aos desastres ocorridos em Mariana-MG em 2015, incêndio no Porto de Santos-SP no ano de 2015, escorregamento de massa em diversas áreas urbanas, ocupadas irregularmente, como também aqueles que podem ocorrer por conta de indefinições sobre os efeitos de novas tecnologias como a possibilidade de radiação das antenas telefônicas, alimentos geneticamente modificados, vazamento de produtos químicos em experimentos, enfim, os riscos biológicos, químicos e nucleares.

Diante do quadro já apresentado, não há que falar em sociedade cem por cento segura. Thomas Hobbes, embora em uma conjuntura diferente, em uma de suas obras já ensinava que a segurança dependia de diversos fatores, entre eles, dos interesses dos próprios indivíduos que compõem determinado grupo ou sociedade:

Mesmo que haja uma grande multidão, se as ações de cada um dos que a compõem forem determinadas segundo o juízo individual e os apetites individuais de cada um, não poderá esperar-se que ela seja capaz de dar defesa e proteção a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra as injúrias feitas uns aos outros. Porque divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, em vez de se ajudarem só se atrapalham uns aos outros, e devido a essa oposição mútua reduzem a nada sua força. (HOBBS, pag. 60)<sup>317</sup>

## 2. A SOCIEDADE DE RISCO

---

<sup>317</sup> Hobbes escreveu sua obra em 1651, em meio a um cenário político conturbado na Inglaterra, com transição de regime monárquico para republicano. Ele tratou sobre a relação entre homem e a sociedade e os conflitos que surgem através dessas interações. Embora o conceito de insegurança para a época fosse em um contexto político, o autor asseverou que a busca por determinados interesses individuais de forma desorganizada provocaria insegurança para todos e até mesmo entre os que buscavam interesses comuns. Com essa desorganização do sistema e a falta de um senso comum na busca pelos objetivos, acaba prejudicando o alcance das metas, restando estes sem força. A disputa que se observa na sociedade moderna talvez não seja mais apenas pelo regime de poder político, visto que a maioria dos regimes políticos, aparentemente, está estável, mas almeja-se o poder da tecnologia, da influência nas intervenções no meio ambiente, nas disputas pelo poder econômico e financeiro. Essa busca contemporânea apresenta riscos que devem ser mensurados e estudados a fim de não se impor consequências catastróficas que influenciem no desenvolvimento das futuras gerações.

A sociedade contemporânea vive, na visão de alguns autores, em uma sociedade de riscos. Estes riscos podem ser de ordem social ou tecnológica que tem a capacidade de interferir significativamente na vida dos indivíduos. Parece que Hobbes já vivia em uma sociedade de riscos mas não usava essa terminologia.

Uma análise da sociedade de risco leva-nos a uma pesquisa sobre os ensinamentos de Ulrich Beck e Anthony Giddens que estudaram essa perspectiva social sob o ponto de vista reflexivo e as consequências da modernidade. Giddens ao ensinar sobre segurança e perigo, confiança e risco, chega a afirmar que “a modernidade tem um lado sombrio que se tornou aparente no século atual” (1991, p. 13).

O conceito de sociedade de risco, na visão de Areosa, está firmado sobre um tripé com três vertentes:

o conceito de risco está associado a potenciais fatores ou acontecimentos negativos, indesejados e, por vezes, inesperados, fruto da condição de forte incerteza da vida cotidiana. Alguns riscos são globais, por isso as formas como influenciam o rumo das sociedades são um aspecto que deve ser considerado em diversas vertentes, nomeadamente, política, social e econômica. (AREOSA, 2015)

Com o aumento da industrialização, tecnologia, pesquisa e inovação, a sociedade fica cada vez mais frente a frente com os riscos. Interessante, que às vezes esse risco ocorre de uma forma que não foi possível prever ou calcular e acaba sendo suscetível a agravamento posterior. Na concepção de Beck:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequências semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. (BECK, 2011, pag. 26)

Partindo do ensinamento de Beck poderia se concluir que, então, por mais que se tente não se conseguirá uma plenitude no direito resiliente para abarcar as hipóteses jurídicas. A infinitude da ironia do risco seria um obstáculo intransponível.

O autor sustenta, ainda, que a correlação entre passado e presente passa a figurar com a relação presente x futuro:

O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício, como causa da vivência e da atuação presente. (BECK, 2011, p. 40)

Por outro lado é que se observa a importância da resiliência, que atuará no sentido de produzir reflexões e apontar hipóteses para o atendimento e resolução dos riscos fomentando a construção de um direito preocupado com o presente x futuro, objetivando uma sociedade mais segura.

Interessante, ainda, que Beck traz um ensino sobre o efeito bumerangue dos riscos sobre a sociedade que em dado momento atinge até mesmo os produtores do risco.

Os anteriormente latentes efeitos colaterais rebatem também sobre os centros de produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. (BECK, 2011, p. 44)

Talvez o propósito de elucidar exaustivamente as questões referentes ao meio ambiente e desastres pareça estar distante, no entanto, vislumbra-se que o direito tem esse condão e, como um fato social, deve acompanhar a evolução da sociedade atual.

O professor Delton Carvalho, em sua obra sobre o dano ambiental futuro, assevera que:

(...) diante da sociedade da proliferação dos riscos concretos pela sociedade industrial e do surgimento de riscos imperceptíveis, invisíveis e imprevisíveis na sociedade de risco, tem-se o império da prevenção *lato sensu* (prevenção e precaução) como palavra de ordem para evitar danos futuros.....O presente contexto social impõe a necessidade de juridicalização do risco, isto é, a necessidade de auto iritação do direito, em suas estruturas tradicionais, para assimilar (investigação, avaliação e gestão) os riscos e perigos ecológicos. (CARVALHO, 2008, pag 60-61)

Neste ponto de vista, Gomes provocou uma reflexão nos 50 sobre a crise que ocorreria no direito, em decorrência do destino da humanidade. Afirmou que “a crise no direito agrava-se agudamente num reflexo bem vivo da desordem que lavra entre os fatores materiais da civilização” (1952, pag.186). Asseverou que havia a necessidade de olhar o direito de uma forma diferente diante dos desafios daquela época. No século XXI os desafios do futuro, riscos e incertezas, continuam referenciando a necessidade da reflexão sobre os destinos da sociedade moderna.

É certo que a teoria de alguns autores realiza críticas sobre o modelo social que faz uso da industrialização, do mundo globalizado moderno e apontam o sentido das futuras sociedades. Entretanto, parece ser um modelo social que não tem como se fugir na modernidade.



A cada dia o ser humano, na ânsia da competitividade e na tentativa de novas descobertas, acaba por desenvolver novas tecnologias que só saberá os seus efeitos após testes e aferições. Para Hanse e Calgaro, (2010) “as mudanças estão acontecendo cada vez mais rápidas e em maior grau e intensidade. As mudanças geram situações novas em que ninguém parece ter o controle. A incerteza passou a ser uma característica marcante de nossa época”.

### 3. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

A conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo, no ano de 1972 (ONU, 1972), gerou grandes avanços para a preservação do meio ambiente e, à época, já elencava entre as suas metas, a necessidade de defesa e preservação do meio ambiente para as futuras gerações.

Ressalta-se que na década de 70, embora o planeta já tivesse passado e sofrido com grandes eventos naturais, diversas turbulências causadas por guerras e bombas químicas, além de diversos desastres antropogênicos, não era dada tanta ênfase aos diversos tipos de desastres tecnológicos, mas em geral aos naturais.

Mais adiante, o olhar internacional para a prevenção ganhou mais força com o lançamento de uma declaração das Nações Unidas com a estratégia para a redução de desastres na década de 1990 (ONU, 1990).

Já a conferência das Nações Unidas ECO-92, realizada no Brasil alertou para temas como a necessidade de diminuição da poluição como forma de prevenir desastres de ordem mundial. Assim, no princípio 2, disciplinou:

Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e **a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente** de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional. (ONU, 1992) **(grifo nosso)**

Posteriormente, foram lançadas, ainda outras conferências de cunho ambiental em que a prevenção ao desastre figurou como fator imprescindível para a manutenção do meio ambiente equilibrado, sustentável e livre de desastres.

Já no ano de 2005, foi lançado o Marco de Ação de Hyogo para o período de 2005-2015 como importante instrumento mundial vislumbrando a necessidade do aumento da resiliência das nações e comunidades frente aos desastres. À época, o órgão citou como argumento para a elaboração das diretrizes que:

Todos os anos, mais de 200 milhões de pessoas são afetadas por secas, inundações, ciclones, terremotos, incêndios florestais e outras ameaças. Além disso, a pobreza, a crescente densidade populacional, a degradação do meio ambiente e o aquecimento global estão fazendo com que o impacto das ameaças naturais seja cada vez pior. (EIRD, 2005)

No fim do prazo estabelecido pelo Marco de Ação de Hyogo, foi realizada nova conferência em que foram revisadas as diretrizes, conquistas e fragilidades nos quinze anos anteriores e firmou-se um novo Marco de Ação que foi nomeado de Sendai (EIRD, 2015), que instituiu diretrizes para os anos de 2015-2030, incluindo a necessidade, inclusive, de melhoria nas legislações concernentes à prevenção de desastres, redução de gastos e perdas humanas. Também reafirmou-se a necessidade de fortalecer a governança da gestão do risco dos desastres e o aumento da resiliência.

Neste sentido, a prevenção tem recebido atenção especial e se tornado uma preocupação em diversas nações e comunidades do mundo.

Na Europa, a Comunidade Europeia na Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, estabeleceu medidas quanto à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. O Artigo 5.1, referenciou a ação preventiva do seguinte modo: “Se ainda não tiverem ocorrido danos ambientais, mas houver uma ameaça iminente de tais danos, o operador deve, sem demora, tomar as medidas preventivas necessárias” (EUR-LEX, 2004).

Já o governo argentino, também implementou o princípio da prevenção em seu ordenamento jurídico visando uma maior proteção e preservação do patrimônio ambiental. Na lei General do Ambiente nº 25675/02, ficou referenciada a seguinte definição: “*Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir*” (ARGENTINA, 2002).

O princípio da prevenção, apesar de atrelado ao direito ambiental, figura como um instituto que tem por objetivo proteger diante de um perigo concreto, ou seja, diante do risco certo de determinada atividade. Neste passo, projeta na atual sociedade uma necessidade de ser acolhida por um estado protetor que, em tese, poderia defender a coletividade dos riscos e males provocados pelos efeitos colaterais da atividade econômica e resultante da alta busca por novas tecnologias.

Neste passo, evidencia-se que as nações estão convergindo a atenção para o cuidado com a prevenção e tomando posições não só diplomáticas, mas em âmbito interno com

legislações que se amoldem no princípio prevencionista e tragam uma melhor expectativa quanto à percepção dos seus efeitos na atual sociedade de risco.

É certo que cada nação tem riscos específicos a que podem ser submetidos, sejam os naturais ou tecnológicos. Portanto, imprescindível que as vulnerabilidades e riscos sejam conhecidos para que sejam prevenidos.

Nesta esteira, pode-se incluir, também, toda a problemática provocada por eventos naturais de grande vulto sobre aqueles indivíduos que são autorizados, pelas próprias autoridades, a viverem em alguns locais e ocupam locais inadequados e se colocam em situações de vulnerabilidade. Vale destacar, que nestes casos, uma discussão importante deve ser levantada diante da necessidade de prevenir este tipo de comportamento e evitar que sejam gastos enormes valores com uma situação que poderia ser evitada.

No caso já citado dos EUA que utilizam de seguros para desastres e outros mecanismos, o estado protetor acaba tendo os impactos financeiros amortecidos pela utilização dos fundos securitários.

#### **4. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Ao analisar a situação brasileira, um país com dimensões continentais, já é fácil perceber que os riscos são diversificados e peculiares conforme o desenvolvimento de cada estado ou região do país.

Os riscos naturais podem ser verificados nas secas no nordeste e excesso de chuvas no sul e sudeste; os tecnológicos também variam de acordo com o processo de industrialização em cada região e pelos tipos de produtos que são manufaturados ou armazenados que vão desde os combustíveis nucleares que alimentam as usinas de Angra dos Reis-RJ aos terminais de abastecimento de petróleo em Santos-SP, passando por barragens de rejeitos de mineração em Minas Gerais, vastas plantações no sul e centro oeste, indústrias no sudeste e zona franca de Manaus, entre tantos outros.

O princípio da prevenção no direito brasileiro possui amparo constitucional, consagrado no artigo 225 da CF (BRASIL, 1988) que elencou o dever de preservação com relação ao meio ambiente e atribui a todos obrigação de respeito ao meio ambiente, além de responsabilizar aqueles que não o fizerem. Do mesmo texto constitucional, surgem também mais princípios que ao final nos levarão à reflexão sobre a necessidade da transdisciplinaridade e da importância em eleger formas de proteção não só ao meio ambiente, mas na atual sociedade de risco, de todos os indivíduos.

Pode-se dizer que a preocupação em tornar em princípio a importância com a prevenção é recente, possuindo cerca de 32 anos.

Outro importante princípio a ser considerado, conste no artigo 225 da CF é o da equidade intergeracional que aponta o dever de se preservar o meio ambiente para a presente e as futuras gerações. Nesta seara, se defende um dever de equilíbrio para preservar e entregar um meio ambiente sustentável e harmonioso para a posteridade. Nessa perspectiva se firma o ensinamento de Simone Bolson (2013):

Equidade intergeracional, em um breve conceito, é um corolário da igualdade entre as gerações passadas, as presentes e as que nos sucederão; esta equidade contém dois componentes: aquele que diz respeito à justa utilização dos recursos naturais pelas gerações passadas, presentes e futuras e o que tange à responsabilidade da preservação de tais recursos, disponíveis a todos as gerações, pois nenhuma geração está acima das outras gerações.

Assim, mais uma vez, fica latente a importância da ponderação sobre a resiliência e a necessidade de um ordenamento jurídico mais reflexivo e preventivo que assegure, com efetividade, um futuro, pelo menos razoável.

Na concepção de Santiago, “se existe um princípio que toma o primeiro lugar na fileira dos princípios do Direito Ambiental brasileiro, é o princípio da prevenção”. O autor entende, ainda, que “evitar o dano por meio da prevenção é a peça chave” (2015, p.145).

Neste mesmo ensinamento, o autor esclarece, ainda, a necessidade de efetividade do princípio:

o princípio da prevenção.... se resente de maior efetividade. Não obstante, os avanços são dignos de nota, especialmente no âmbito da responsabilidade civil. A evolução na reparação para prescindir a ilicitude na reparação; a responsabilidade objetiva, também veio acompanhada, na prevenção, da evolução de uma tutela ressarcitória para uma tutela preventiva, especialmente nas ações coletivas, com as tutelas inibitórias, as medidas cautelares. (SANTIAGO, 2015. p. 147)

A instrução de Freitas, também, aponta neste mesmo sentido:

Princípio basilar do Direito Ambiental, o princípio da prevenção determina a adoção de medidas necessárias para que se evite a ocorrência de dano ao meio ambiente, visando reduzir riscos. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1.º, IV, da Constituição Federal é um exemplo de ação preventiva.(2014, p. 208)

A interligação do Direito Constitucional, Ambiental, Penal e Administrativo é salutar para o fortalecimento e efetividade do princípio prevencionista. Necessário destacar,

que este princípio extrapola os limites de várias áreas do direito para dar robustez jurídica e alicerce diante de uma sociedade que pode ser sucumbida por suas próprias práticas.

Há em vigor diversas leis no direito brasileiro que se colocam como instrumentos que declinam para a necessidade da aplicação do princípio da prevenção e a concepção de uma nova forma de analisar o direito. Desta forma, alinhadas as Leis 9.605/98 (Lei dos Crimes ambientais) (BRASIL, 1998), Lei n. 12.187/09, (Política Nacional do Clima) (BRASIL, 2009), Lei n° 9.795/99 (Política Nacional de Educação Ambiental) (BRASIL, 1999), Lei n°. 9.966/00 (Prevenção, controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional) (BRASIL, 2012) Lei n° 12.651/12, (Novo o Código Florestal) (BRASIL, 2012), constroem essa nova concepção e apontam o princípio da prevenção como um princípio medular para os novos caminhos do direito.

É certo que não se tratam de institutos jurídicos absolutos que exaurem o ideal da prevenção, mas passo a passo são importantes para a estruturação de um direito mais atual, reflexivo e resiliente.

## **5. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A DEFESA DAS INCERTEZAS DOS RISCOS NA SOCIEDADE**

O princípio da precaução aparece no meio jurídico como mais um importante pilar do direito das futuras gerações e defensor do meio ambiente.

Não menos importante que o princípio da prevenção, atua como um garantidor de que os riscos incertos e as probabilidades de danos futuros precisam ser abarcados por medidas de proteção.

A importância deste assunto já havia sido abordada em algumas convenções e consignada pela ONU, na Carta Mundial da Natureza de 1982, no princípio 11, b:

Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed. (ONU, 1982, p. 4)

Com o evento ECO-92, no Rio de Janeiro, o princípio da precaução também teve a sua importância reconhecida e impulsionada, sendo declarado explicitamente no Princípio 15:

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de **precaução** conforme suas capacidades. Quando

houver **perigo de dano grave ou irreversível**, a **falta de certeza científica absoluta** não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental. (ONU, 1992) (**grifo nosso**)

O princípio, de igual modo, foi abordado na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, no art. 3º, princípio 3 ratificada pelo Brasil, que passou a integrar o ordenamento pátrio através do Dec 2652/98:

3. As Partes devem adotar medidas de **precaução** para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. **Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas**, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. (BRASIL, 1998) (**grifo nosso**)

Importante destacar, que decisões baseadas nesse relevante princípio, também, já foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 62.7189/SP, sendo o voto do Ministro Celso de Melo pautado na observância dele.

Uma questão que afeta o meio ambiente e a saúde pública não pode ceder a interesses meramente econômicos. Incide na espécie o **princípio da precaução**, segundo o qual ‘as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar’. Tal princípio, positivado em documentos internacionais e no ordenamento interno, traduz-se na adaptação de conhecido brocardo latino: ‘*in dubio pro ambiente*’; ou seja, existindo dúvida sobre a periculosidade que determinada atividade representa para o meio ambiente, deve-se decidir favoravelmente a ele – ambiente – e contra o potencial poluidor. A humanidade não pode correr o risco de percorrer veredas ignoradas e depois constatar – quando já for muito tarde – que estava errada.

O princípio da precaução é corolário da diretiva constitucional que impõe a preservação do meio ambiente, que por sua vez está indissociavelmente ligada à proteção da vida. Como pontua o relatório do 5º Programa da Comunidade Europeia de política e ação em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável, que ora se reitera de forma expressa: ‘não podemos dar-nos ao luxo de esperar ... E estarmos errados!’ (STF, 2016, p. 15)

Neste sentido, não há que se em esperar os efeitos danosos para depois remediar, mas sim, atuar com antecipação até mesmo diante do risco que parece inquantificável, através de medidas que possam evitar os efeitos adversos.

Atualmente a ONU possui uma agenda 2030 onde vários Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS (ONU, 2020) são contemplados e que também são

desafiadores visto que preconizam a necessidade de um equilíbrio entre desenvolvimento, meio ambiente e social.

Não obstante a isso, a evolução ou criação de novas fontes de energia, problemas relacionados ao aquecimento global, resíduos, alimentos modificados, pesticidas agrícolas, exploração mineral, a tecnologia através dos sinais de transmissão de dados, autonomia de carros, aeronaves e outros equipamentos, podem ter seus efeitos adversos e provocar novos riscos inesperados à sociedade.

Recentemente, em 09/10/2020, o Ministério Público Federal, ajuizou a Ação Civil Pública sob nº 5000859-25.2020.4.02.511 (MPF, 2020), em face da Eletronuclear, IBAMA e CNEN, conseguindo liminar determinando à Eletronuclear de se abster de concluir obras e/ou utilizar a Unidade de Armazenamento Complementar a Seco para Combustíveis Irrradiados (UAS) da CNAAA até que seja procedido o regular licenciamento ambiental, precedido de prévia realização de EIA/RIMA e cumpridos os demais requisitos legais (consulta prévia e informada de populações tradicionais, audiências públicas, aprovação do Congresso Nacional), bem como ao IBAMA e CNEN de fornecer licenças para o empreendimento.

No teor da peça e no pedido formulado pelo promotor foram utilizados, como base, os princípios da prevenção e precaução para que os efeitos certos ou incertos, sejam conhecidos e verificadas as condições de segurança para operação com o material resultante do processo nuclear de geração de energia.

Nota-se que os princípios da prevenção e precaução serão cada dia mais difundidos, principalmente em decisões judiciais diante da inobservância ou da tentativa de suprimir estudos e inobservância de dados que possam demonstrar a possibilidade de ocorrência dos riscos aos quais a sociedade ainda será submetida.

A discussão acerca do embate e entre o desenvolvimento sustentável, emissão de carbono e tecnologia também tem ocupado lugar em discussões transnacionais. A montadora americana de carros elétricos Tesla, está lutando contra uma multa de US \$14 milhões por sua política de fim de vida útil de bateria de seus carros em solo alemão (ELECTREK, 2020).

Inegável que a preocupação em utilizar uma fonte que tenha emissão zero de poluentes, não deveria enfrentar barreiras, entretanto, ao se analisar a fundo, tem que se verificar qual será a fonte da energia (termoelétrica, hidrelétrica, eólica, solar, etc.), qual o tipo de produto que compõe, assim como a vida útil das baterias e como estas poderão ser descartadas futuramente.

Logo, se vê que as questões de destinação final de produtos de alto poder tecnológico e emissão zero de poluentes podem, por outro lado, interferir em relações de consumo e nas condições de acondicionamento e destino final de produtos.

Eis aqui mais uma incerteza dos efeitos das novas tecnologias na vida da sociedade moderna.

## **6. A IMPORTÂNCIA DA GESTÃO EMPRESARIAL E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE DE RISCO**

Os efeitos dos riscos na sociedade contemporânea e moderna já podem ser percebidos em diversas áreas da ciência.

No campo da gestão empresarial é notadamente fundamental a utilização e inserção dos conceitos da sociedade de risco para se evitar demandas desnecessárias por inadequação de ações e falhas no produto.

Um exemplo bem atual é o do “*Dieseltgate*”, no ano 2015, em que a gigante automotiva Volkswagen é descoberta pela Agencia de proteção Ambiental –EPA, nos EUA, utilizando software que fraudava os níveis de emissão poluentes de cerca de 11 milhões de carros a diesel. A questão tomou proporção de modo que foram descobertas que algumas subsidiárias da montadora também o fizeram. Em vários países foram geradas demandas judiciais e administrativas visando esclarecer o fato, bem como arbitradas pesadas multas para a montadora. Posteriormente, outras montadoras como Mercedes Benz, Suzuki, Renault e FCA também foram denunciadas por suspeitas pela mesma prática.

No Brasil as investigações começaram no ano de 2017 e culminaram com o IBAMA, no ano de 2020, aplicando uma multa de R\$ 50 milhões, devido ao lançamento de 2737,2 toneladas de óxido de nitrogênio (NOx) lançados irregularmente na atmosfera por cerca de 17.057 veículos vendidos (IBAMA, 2020).

Neste caso pode-se compreender um dos efeitos do bumerangue descrito por Beck, no caso em tela percebe-se a própria montadora sofrendo os efeitos dos riscos de poluição atmosférica que foram negligenciados na origem. Através desse efeito, além das sanções de cunho administrativos, surge a judicialização da causa pelos órgãos de defesa de consumo, consumidores que se sentiram lesionados individualmente, além de problemas de queda de confiança da marca, com desvalorização de ações e vendas de automóveis.

Desta forma, casos análogos envolvendo outros tipos de produtos e serviços que deixam para trás a necessidade de se manufaturar de acordo com as normas ambientais em vigor



nos países em que estão instalados podem e geram passivos futuros ao vislumbrarem apenas o lucro.

A atividade empresária já possui os riscos intrínsecos de sua atividade, se durante a gestão e desenvolvimentos de novos produtos deixam de atentar para os princípios basilares dos cuidados com os efeitos futuros, aumentam, ainda mais as consequências da responsabilidade pelos danos que porventura causarem.

Com efeito, a importância de uma gestão empresarial bem realizada, evitará o sofrimento de demandas judiciais e administrativas pelos danos causados pela exposição ao risco futuro.

Portanto, frisa-se a importância em primeiro plano de legislações sérias, claras e que alcancem o maior tipos de atividades e regulem com eficiência e efetividade os riscos aos quais podem submeter a sociedade contemporânea.

Em segundo plano, percebe-se a importância do atendimento, por parte do gestor empresarial, dos projetos e estudos detalhados dos riscos que seus produtos ou serviços podem provocar e qual a interferência causará em determinada parcela da sociedade.

## CONCLUSÃO

O modelo de sociedade em que estamos inseridos nos transportam cada vez mais para um mundo globalizado, competitivo e criativo que reproduz, a todo momento, novas tecnologias e alternativas para os modelos de produção e criação de produtos.

Essas novas tecnologias nos impulsionam, mesmo que involuntariamente, a novas experiências. Sejam elas na área de alimentação, biotecnologia, comunicação, química, farmacêutica, ambiental ou tantas outras, nos colocam dentro de um modelo de sociedade em que o risco existe, a todo o momento, e que é difícil de viver fora dele.

A partir deste modelo social e de risco é que surge a necessidade da construção de novos ramos do direito que atuem de forma efetiva e produzam resultados que estejam atualizados com o “*modus vivendi*” moderno. As conferências da ONU, os tratados internacionais e a criação de legislações internas dos países signatários demonstram que os passos em direção à proteção dos institutos aqui tratados estão sendo dados. Talvez não no mesmo passo que a sociedade tem evoluído, mas caminhado buscando soluções para equilibrar o desenvolvimento com o meio ambiente e proporcionar uma sociedade menos suscetível aos riscos dos desastres.

O caminho da resiliência, no caso do direito, aponta para um caminho de reflexão tendo como pilares os princípios da prevenção e precaução no que tange ao cuidado com o que será deixado de herança para as futuras gerações.

A vista disso, surge a importância de um diálogo franco entre a ciência e o direito atuando com garantidores na construção dos novos direitos e atuando como fiéis de balança na conquista de um meio ambiente mundialmente mais seguro, mais resiliente e que consiga suportar e superar os efeitos adversos dos riscos de danos e desastres que a sociedade tecnológica pode provocar.

A importância da compreensão da gestão da sociedade industrial, legislação e um olhar para as previsões futuras da sociedade de risco, certamente são elementos que proporcionarão equilíbrio e apontarão para melhores estratégias a serem seguidas.

## REFERÊNCIAS

- AREOSA, João. *Riscos sociais, tecnologias e acidentes*. Disponível em: <https://journals.openedition.org/mulemba/348>. Acesso em 27/11/20.
- ARGENTINA. *Lei General do Ambiente nº 25675/02*. Disponível em: <http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf>. Acesso em 27/11/20.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo. Editora 34, 2011, 2ª Ed.
- BOLSON, Simone Hegele. *A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional: reflexões sobre as obras de Hans Jonas e Edith Brown Weiss*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24189/a-dimensao-filosofico-juridica-da-equidade-intergeracional-reflexoes-sobre-as-obras-de-hans-jonas-e-edith-brown-weiss>. Acesso em 28/11/20.
- BOLSON, Simone Hegele. *A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional: reflexões sobre as obras de Hans Jonas e Edith Brown Weiss*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24189/a-dimensao-filosofico-juridica-da-equidade-intergeracional-reflexoes-sobre-as-obras-de-hans-jonas-e-edith-brown-weiss>. Acesso em 19/12/18.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *LEI 12.608/10*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm). Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *Lei 12.983/14*. disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12983.htm). Acesso em 27/11/20

- BRASIL. *Lei 12187/09*. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/820851/lei-12187-09>. Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *Lei 12651/12*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm). Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *Lei 9605/98*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *Lei 9795/99*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm). Acesso em 27/11/20.
- BRASIL. *Lei 9966/00*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm). Acesso em 29/11/20
- CARVALHO, Delton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A responsabilização pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008.
- DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *A governança dos desastres ambientais no direito comparado norte-americano e europeu*. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p303.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p303.pdf). Acesso em 28/11/20
- DICIO. *Dicionário Online*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/resiliência/>). Acesso em 10/12/20.
- EIRD. *Marco de Ação de Hyogo 2005-2015*. Disponível em: <http://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/MarcodeAcaodeHyogoCidadesResilientes20052015.pdf> Acesso em 28/11/20.
- EIRD. *Marco de Ação de Sendai 2015-2030*. Disponível em: [https://www.unisdr.org/files/43291\\_63575sendaiframeworkportunofficialf%5B1%5D.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_63575sendaiframeworkportunofficialf%5B1%5D.pdf). Acesso em 28/11/20
- ELECTREK. *Tesla está lutando contra uma multa de US \$14 milhões na Alemanha por sua política de fim de vida útil de bateria*. Disponível em: <https://electrek.co/2020/11/02/tesla-fighting-14-million-fine-germany-over-battery/>. Acesso em: 07/11/2020.
- EUR-Lex. *Acesso ao direito da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1545253184721&uri=CELEX:32004L0035>. Acesso em 27/11/20.
- FLORES, Luis Gustavo Gomes, ROCHA, Leonel Severo, *Resiliência do Direito: a Inovação Jurídica entre Universidades e Tribunais*. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2765/pdf>. Acesso em 27/11/20.
- FLORES, Luis Gustavo Gomes. *Resiliência Jurídica. Para pensar na inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese de doutorado em

- Direito. 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4141>. Acesso em 10/12/20.
- FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *Perspectivas e desafios à gestão de riscos e desastres: uma análise sobre a configuração do direito de desastres no mundo e no Brasil*. Brasília: UNB. 2014. Tese de Doutorado em Direito. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18735/3/2014\\_ChristianaGalvaoFerreiradeFreitas.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18735/3/2014_ChristianaGalvaoFerreiradeFreitas.pdf) . Acesso em 27/11/20
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed UNESP, 1991.
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. Fortaleza: Revista da Faculdade de Direito do Ceará, v.6, 2<sup>a</sup> fase, 1952. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15623/1/1952\\_art\\_ogomesacrise.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15623/1/1952_art_ogomesacrise.pdf). Acesso em 10/12/20
- HANSE, Cláudia Maria e CALGARO, Cleide. *Modernidade reflexiva e a sociedade de risco: o futuro da nova era social*. Disponível em: [https://huespedes.cica.es/gimadus/21/07\\_modernidade\\_reflexiva.html#1](https://huespedes.cica.es/gimadus/21/07_modernidade_reflexiva.html#1). Acesso em 19/11/20.
- HOBBS, Thomas, *LEVIATÃ ou MATÉRIA, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf). Acesso em 27/11/20.
- IBAMA. *Ibama aplica nova multa à Volkswagen por emissões acima do limite estabelecido pela legislação*. Disponível em: [https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/noticias/2020/ibama-aplica-nova-multa-a-volkswagen-por-emissoes-acima-do-limite-estabelecido-pela-legislacao#:~:text=Bras%C3%ADlia%20\(07%2F04%2F2020,do%20Meio%20Ambiente%20\(Conama\)](https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/noticias/2020/ibama-aplica-nova-multa-a-volkswagen-por-emissoes-acima-do-limite-estabelecido-pela-legislacao#:~:text=Bras%C3%ADlia%20(07%2F04%2F2020,do%20Meio%20Ambiente%20(Conama))). Acesso em 18/11/20
- MPF. *ACP – Nova instalação nuclear Angra*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/prm-angra-dos-reis/acp-nova-instalacao-nuclear-angra-1/view>. Acesso em 04/11/2020.
- MP-MG. *MPMG e PCMG finalizam investigações sobre o rompimento da barragem em Brumadinho; 16 pessoas são denunciadas por homicídio qualificado e crimes ambientais*. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>. Disponível em: 29/10/20.

- ONU. *Carta Mundial da Natureza*. Disponível em: [https://www.dh-cii.eu/0\\_content/investigao/files\\_CRDTLA/convencoes\\_tratados\\_etc/carta\\_mundial\\_da\\_natureza\\_de\\_28\\_de\\_outubro\\_de\\_1982.pdf](https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/convencoes_tratados_etc/carta_mundial_da_natureza_de_28_de_outubro_de_1982.pdf). Acesso em 04/11/2020.
- ONU. *Protocolo de Estocolmo*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em 28/11/20.
- PRINCE, Samuel Henry. *Catástrofe e Mudança Social*. Nova York: Universidade de Columbia. Tese de Doutorado Universidade de Columbia. 1920. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/37580/37580-h/37580-h.htm>. Acesso em 20/11/20.
- SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2015.
- STF. *RE 627189 / SP*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE627.189SPVoto.pdf>. Acesso em 04/11/2020.

## **SOCIEDADE DE RISCO EM PANDEMIA – CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO PARA A GESTÃO DE DESASTRES**

*Luciana Picanço de Oliveira Brandolin*

### **INTRODUÇÃO**

Vive-se em uma sociedade de risco. A todo momento novas transformações, tecnologias e inovações ocorrem e, com isso, a multiplicação dos riscos e incertezas. A urgência por desenvolvimento, lucro e celeridade são os pontos cruciais para a atualidade e, com elas, surgem inúmeras possibilidades de revezes, tais como a ocorrência de surtos epidêmicos, desastres ambientais, mudanças climáticas, entre outros.

Nesse contexto sociojurídico mundial a sociedade se deparou com um inimigo em comum: uma nova mutação no vírus SARS-COV, ocasionando uma epidemia de Coronavírus, com a contaminação e morte de milhões de pessoas. Os impactos sem precedentes foram percebidos em toda a comunidade internacional que, novamente, se deparou com a necessidade de elaborar Respostas de Emergências eficazes, com fulcro em reduzir a disseminação do vírus e aumentar a resiliência da infraestrutura regional e nacional – e, por conseguinte, reinventar a economia, dirimir a perda de empregos, evitar o colapso de sistemas de saúde.

Devido à enorme sucessão de eventos nos últimos séculos, a sociedade internacional angariou tecnologia e pesquisas científicas acerca da prevenção e reparo de desastres socioambientais. No entanto, viu-se despreparada para enfrentar a pandemia do novo Coronavírus. Ciente acerca dos riscos de ocorrência de doenças infecciosas, em diversas ocasiões previu a possibilidade de enfrentamento de endemias, sem, contudo, realizar análises de riscos específicas sobre a relação entre meio ambiente equilibrado e saúde humana. Enquanto Acordos Internacionais se voltavam ao controle de tecnologias nocivas e à preocupação com armas biológicas, a implementação de políticas socioambientais preventivas não foi priorizada.

O que se propõe no presente estudo é a observância da relação intrínseca entre o advento de zoonoses – doenças que originam na fauna e contaminam o ser humano – com a utilização predatória do meio ambiente. Com o objetivo de observar o enfrentamento da pandemia, analisaremos diversos desastres socioambientais antropogênicos, com as consequentes reações da comunidade internacional para a retomada de economias e reparo dos revezes sociais e ambientais. Por conseguinte, analisaremos as conquistas tecnológicas e o advento de uma sociedade de risco – com a necessidade de democratização do conhecimento

científico para melhor enfrentamento de desastres de alto impacto. Entre as ferramentas promissoras para uma gestão de riscos eficiente, encontram-se os Sistemas de Dados digitais, que operacionalizam o acompanhamento de informações (quase) imediato – tornando possível a realização de políticas públicas e privadas integradas, com a desmonopolização do conhecimento (BECK, 2002).

Para isso, realizaremos uma pesquisa qualitativa, por meio do método investigativo analítico-descritivo, para a observação de normas, doutrinas, documentos escritos e audiovisuais.

## **1. A DIFERENÇA DE IMPACTOS ENTRE DESASTRES E ACIDENTES AMBIENTAIS**

Antes de adentrarmos ao cerne do presente estudo, cumpre destacar alguns conceitos e entendimentos a respeito do que seriam desastres e a diferença entre os termos desastre e acidente ambiental.

Acidente, segundo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA, 2016) é todo “Evento não planejado e indesejado que pode causar, direta ou indiretamente, danos ao meio ambiente e à saúde pública e prejuízos sociais e econômicos.”. Todo infortúnio advindo de casos fortuitos, força maior ou até da mão do homem, uma vez ocasionando um dano ou lesão material ou imaterial, atingindo pessoas ou a própria natureza, pode ser considerado um acidente.

Na antiguidade, esses eram tidos como o agir divino, passando a serem vistos como manifestação da própria natureza em relação ao agir humano. Sendo um evento que afeta a normalidade de uma sociedade, causando-lhe danos em diversas áreas, dentre elas a ambiental. De maior magnitude que o acidente, o desastre tem como característica essencial o alcance de pessoas e a gravidade de suas consequências, por serem alimentadas pelas vulnerabilidades sociais do local e que ocorreu (DE CARVALHO, 2016, p. 21).

A legislação brasileira no art. 2º, II do Decreto-Lei n. 7.257/2010 especificou que desastres são “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. Em outras palavras “Os Desastres Ambientais são acidentes de danos incalculáveis e de difícil restituição, podem ser resultados de eventos adversos que

causam grandes impactos na sociedade, sendo distinguidos em função da origem: naturais, antropogênicos e mistos” (USP, 2017).

A distinção entre catástrofes naturais e antropogênicas se dá por uma linha tênue, uma vez que, na atualidade, a ocorrência de eventos naturais tem como uma de suas origens a “mão do homem”, indo além da simples classificação de infortúnios aleatórios. Os primeiros são aqueles ocorridos independentemente da intervenção humana, somente por força da natureza. Nesse contexto, pode-se destacar a ocorrência de furacões e terremotos nos Estados Unidos, as queimadas no cerrado brasileiro, tempestades que geram inundações, entre outros. Estes desastres “têm como gênese um fenômeno natural de grande intensidade, agravado ou não pela atividade humana” (TOMINAGA, 2009, p. 14).

Por outro lado, desastres humanos são aqueles que possuem origem na ação – ou omissão – do homem. Estão relacionados com o desenvolvimento de uma sociedade, seus entornos e atividades. Muitas vezes estão intrinsecamente ligados à falta de cuidado ou conscientização acerca de um evento – provável ou possível de ocorrer -. É o caso de derramamentos de óleo em rios e mares; deslizamento de moradias em encostas; contaminação de populações por descarte indevido de substâncias contaminadas. Inúmeros são os exemplos de desastres ocasionados pelo homem. Pode-se dizer que, nos últimos tempos, os últimos praticamente ultrapassam os primeiros.

A preocupação com o meio ambiente sempre existiu e se consolidou normativamente com a formação dos Estados Nacionais e suas Constituições. O Direito Ambiental brasileiro teve origem em diversos fatos sociais e econômicos, tais como os movimentos populares – o primeiro movimento ocorreu na década de 1970 no Rio Grande do Sul, formado pela Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural/AGAPAU -; as descobertas científicas; o fomento da pesquisa e da doutrina jurídicas – “Merece destaque, no particular, a elaboração doutrinária dos princípios do Direito Ambiental que, cada vez mais, tornam-se fundamentais na elaboração de leis e na aplicação judicial das normas de proteção ao meio ambiente” (ANTUNES, 2010, p. 54) -; as Constituições – com grande destaque à CFRB1988, que introduziu o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito de todos -; a legislação infraconstitucional, os atos internacionais assinados pelo Brasil, bem como normas administrativas e a jurisprudência – sendo os cinco últimos denominados de fontes formais do Direito Ambiental.

Historicamente, a enorme sucessão de catástrofes ocasionadas pelo desenvolvimento industrial e o período pós Segunda Guerra nas décadas de 1970 e 1980



trouxeram para debate internacional a necessidade de repensar o modelo de desenvolvimento desenfreado. Sendo assim, iniciam-se debates acerca da elaboração de normas que condicionassem o desenvolvimento “a todo custo” das economias industriais, baseado no modelo Fordista-Taylorista de maximização da produção e do lucro. Finda a Guerra Fria, novas dinâmicas internacionais foram iniciadas e o processo de globalização começou a se disseminar pela Terra, colocando em voga na agenda internacional temas como a proteção ambiental, a difusão de tecnologias, a interdependência econômica e o ativismo de novos atores internacionais.

No Brasil pode-se dizer que a preocupação ambiental iniciou já no período colonial, por meio das Ordenações Afonsinas – que possuíam um dispositivo que tipificava o corte de árvores frutíferas como crime de injúria contra o rei -; das Ordenações Manoelinas – com a proteção da caça e riquezas minerais -; da criação do Código Criminal do Império por Dom Pedro I (1830) positivando o crime de dano em casos de incêndio.

Déficits na regulação ambiental aliados a variações climáticas resultaram num significativo aumento do número de desastres ambientais. No ano de 2007 o EM-DAT divulgou o registro de 150 desastres naturais e constatou que 84% (oitenta e quatro por cento) dos desastres registrados ocorreram a partir da década de 1970. No mesmo ano, estudo divulgado pela Intergovernamental “*Panel on Climate Change*” determinou como “muito provável o aumento dos impactos decorrentes de mudanças climáticas, em razão do aumento de frequência e da intensidade de alguns eventos climáticos extremos” (CARVALHO, 2016, p. 31).

Estudo realizado pela CEPED UFSC divulgou o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais relativo ao período de 1991 a 2012, observando o registro total de 38.996 desastres, entre eles 8.515 ocorridos na década de 1990, aumentando para 21.741 na década de 2000, sendo que apenas na intersecção entre 2010 e 2012 ocorreram 8.740 desastres – o registro de eventos desses três anos excedeu o realizado em uma década inteira de 1990<sup>318</sup>.

As mudanças climáticas e o déficit regulatório, aliado ao aprimoramento da tecnologia mundial – melhora nos sistemas de coleta de dados, fomento da pesquisa, maior investimento e contratação de experts -, ensejaram em aumento significativo do registro de desastres ambientais, gerando uma intersecção entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres, conforme afirma Délton Vinter de Carvalho:

---

<sup>318</sup> “Os números, entretanto, não permitem afirmar que os desastres aumentaram em 78% nos últimos 13 anos, uma vez que é sabida a histórica fragilidade do Sistema de Defesa Civil em manter atualizados seus registros. Como tendência, é possível apenas afirmar que os desastres têm potencial crescimento, e que com o fortalecimento do sistema, a fidelidade aos números e o compromisso no registro também crescem com o passar dos anos” – CEPED, 2013, p. 34.

Os déficits na regulação ambiental potencializam o surgimento de desastres, tais como a ocupação irregular do solo, contaminações em larga escala, desrespeito à proteção de áreas de preservação permanente, ausência de reservas legais, ocupação irregular de áreas de encostas de morros e de áreas propensas a inundações. Assim, o futuro do Direito Ambiental, num contexto de mudanças climáticas, apresenta-se ligado intimamente com o Direito dos Desastres. Em outras tintas, o que na era industrial consistia num dano ambiental, num momento pós-industrial, com todos os fatores cumulativos e incrementos havidos no potencial tecnológico da humanidade, muitas vezes consistirá em um desastre ambiental. (DE CARVALHO, 2015, p.36) (grifos nossos)

Nesse sentido o Decreto n. 7.257/2010 em seu art. 2º, II conceitua que desastre é um “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. Logo, “tratam-se de eventos dotados de um caráter exponencial quanto às suas consequências, sendo decorrentes de fenômenos humanos, naturais e/ou mistos (conjunta ou isoladamente), desencadeados lenta ou de forma temporalmente instantânea” (DE CARVALHO, 2015, p. 37).

O Direito dos desastres possui como marco regulatório as Leis n. 12.340/2010 e n. 12.680/2012 e o Decreto n. 7.257/2010, cominados com o art. 21, XVIII; 22, XXVIII e 136 da Constituição Federal de 1988 e possui a finalidade de regular as relações de antecipação e resposta em casos de desastre, sendo sua função principal a mitigação e a prevenção dos riscos, adotando medidas estruturais e não estruturais (DE CARVALHO, 2015).

Pontos essenciais para o Direito dos Desastres são o preparo e a resposta de emergência, com deveres de antecipação de eventos, por meio da confecção de Planos de Emergência, de Contingência e preparação das partes possivelmente envolvidas. Em sua fase preventiva prioriza-se a atuação de órgãos Administrativos Ambientais, com a consequente criação de regulação, sendo na fase de resposta priorizada a atuação da Defesa Civil. Essas ações de antecipação e resposta – com a imposição de deveres de proteção – possuem ênfase preventiva e são aliadas a políticas públicas em todos os níveis de governo.

O sistema jurídico deve estar comprometido com a formação de sistemas *ex ante* e *ex post* de informação, consistindo esses em sistemas formados por prognósticos científicos e aprendizados obtidos empiricamente com experiências passadas, respectivamente. (...) Ante a dinâmica destrutiva dos desastres, o Direito desenvolve um papel destacado para o fornecimento de estabilidade e normatividade às fases pré e pós-ocorrência. Contudo, esse processo de estabilização não deve dificultar a necessária dinâmica e rapidez,

profundamente relevantes ao atendimento emergencial e às ações de socorro. (...) O Direito, seja como prática nuclear (judiciária) ou periférica (legislação) deve normatizar um processo de estabilização dinâmica dos desastres. Nesse sentido, as melhores práticas (*better practices*) consistem em aplicações locais de formas de enfrentamento dos desastres, enfatizando o conhecimento cultural, geografia, ambiente e ciência locais. Uma das principais características das melhores práticas consiste em sua variabilidade de acordo com o caso concreto (flexibilidade orientada), levando em consideração os fatores específicos de uma determinada comunidade, seus riscos, experiências de prevenção e respostas bem-sucedidas e historicidade de eventos. (idem, p. 42-44). (grifos nossos)

Em outras palavras, em casos de desastres, o Direito deve priorizar os atos de antecipação e resposta. Para viabilizar uma atividade antecipativa, é preciso analisar o “*modus operandi*” dos procedimentos aplicados aos desastres anteriores, observando as falhas na implementação das normas e políticas públicas, visando angariar conhecimento específico para evitar a ocorrência de eventos futuros. Deverá também delimitar a competência dos órgãos de proteção e facilitar as respostas de emergências. Já com objetivo de dirimir os efeitos do evento ocorrido, deverá observar a compensação de vítimas, a reconstrução de infraestrutura e compensação de ecossistemas afetados e aprimorar a regulação, em resposta a acidentes anteriores, aumentando a capacidade de resiliência.

Nesse contexto, Austin Sarat e Javier Lezaun em seu estudo “*Catastrophe: Law, Politics, and the Humanitarian Impulse*” (2009) abordam que o Direito lida com desastres em cinco dimensões: mantendo a operacionalidade das regras e procedimentos; lutando contra a ausência de Direito, lidando com crimes oriundos de situações desastrosas nas comunidades atingidas; fornecendo estabilização e acomodação dos atingidos; promovendo a identificação de vítimas; e, reduzindo a vulnerabilidade futura, se aperfeiçoando com as experiências passadas.

Objetivando o aprofundamento do estudo, Daniel Farber e Délton Vinter de Carvalho (2015) mencionam o “ciclo dos desastres”, ou seja, um ciclo de vida, dividido em fases específicas, conexas, consecutivas e interligadas, com o objetivo de prevenção e mitigação dos impactos de um desastre. Ele se delimita em cinco fases: ocorrência do desastre, resposta de emergência, compensação, reconstrução e mitigação de riscos. Por meio do aprendizado em cada etapa, o Direito se aperfeiçoa, aumentando seu grau de precisão para a prevenção e mitigação de eventos futuros.

O ciclo dos desastres serve, ainda, de importante instrumento analítico para a prevenção, planejamento e resposta aos desastres, norteador, assim, a análise de um evento desta natureza, seja em antecipação para planejar sua prevenção

ou ao menos mitigação) ou após a sua ocorrência (para conceber respostas de emergência, buscar responsabilidades e compensações e, finalmente, planejar reconstruções que evitem novas ocorrências). (DE CARVALHO, 2015, p. 47)

Os operadores do Direito e representantes do governo devem atuar de maneira coordenada, visando a gestão de riscos em cada uma das etapas do Ciclo dos Desastres. Essa gestão compreende tanto mecanismos de prevenção quanto de mitigação – a primeira encontra-se no momento anterior ao evento, enquanto a segunda se inicia no instante do evento e perdura temporalmente –. Para Délton Winter de Carvalho as medidas preventivas devem se aliar à utilização de serviços ambientais que ainda carecem no Direito brasileiro – tal como a criação de infraestrutura verde.<sup>319</sup>

A existência de ecossistemas consolidados reduz a exposição física aos perigos, formando uma barreira protetora – bloqueio natural –; e pode reduzir a vulnerabilidade socioeconômica em relação aos impactos de um desastre. Sob esta ótica, de grande valia é a integração entre a infraestrutura verde e a construída pelo homem – também chamada de infraestrutura cinza –, formando assim uma consolidação híbrida de proteção e mitigação de impactos. Estas, aliadas a medidas não estruturais – tais como estudos, avaliações e produção de informação para tomada de decisão – possuem o potencial de gerar maior resiliência e aumentar o poder preventivo em relação a eventos futuros.

Nesse contexto se observa a importância da gestão do risco, que pode ser classificado como risco concreto ou abstrato. O primeiro possui probabilidades conhecidas e quantificáveis, já o segundo é baseado na incerteza – de difícil ou impossível quantificação –. O risco está atrelado à prevenção, enquanto a incerteza está para a precaução. “O Direito deve atuar em ambos os lados do binômio “probabilidade-consequências” das falhas de modo a realizar uma gestão equilibrada e eficiente dos riscos de acidente” (idem, p. 80).

Grande parte dos estudos se concentra na ocorrência de fenômenos naturais e suas consequências socioambientais. No entanto, este trabalho possui o escopo de estudar a ocorrência de acidentes industriais e o uso da regulação para a mitigação e reparação de impactos, razão pela qual abordaremos sobre a responsabilidade ambiental em acidentes de grande monta.

## 1.2. Desastres naturais, antropogênicos e mistos

---

<sup>319</sup> “...desenvolvido no planejamento urbano de grandes cidades, a terminologia da infraestrutura verde atribui atenção às áreas ambientalmente relevantes para a qualidade de vida nos grandes centros urbanos. Assim, a infraestrutura verde nada mais é do que uma rede interconectada de espaços ambientais que conservam valores e funções ecossistêmicas, provendo benefícios associados às populações humanas” (DE CARVALHO, 2015, p. 58)

Historicamente, a preocupação com o meio ambiente atrelou-se à necessidade de sobrevivência do homem. Diante de eventos catastróficos, a humanidade precisou se adaptar, com vistas à continuidade da vida humana – em conformidade com o entendimento darwiniano de que, sobrevive aquele que se adapta à adversidade. Seja pela ausência de tecnologia ou de acesso à informação, eventos alheios à vontade do homem foram inicialmente vistos como desastres naturais, tidos como inevitáveis. A sociedade se limitava em dirimir os impactos de catástrofes, sem, contudo, observar que a maioria dos eventos possuía “a mão do homem”.

O entendimento acerca de desastres começou a mudar com o advento das mudanças climáticas, colocando em pauta a atuação humana e sua contribuição para a diminuição da qualidade de vida – demonstrando, por conseguinte, o impacto antropogênico para o aumento da temperatura global e a modificação do clima.

Em conformidade com Relatório Especial do Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas de 2012 há evidências de que alguns eventos extremos têm apresentado alterações em decorrência de influência antropogênica, incluindo o aumento das concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa (greenhouse gases), sendo provável (likely, isto é, uma probabilidade de 66-100%) que influências antropogênicas têm levado ao aquecimento da temperatura extrema diária, mínima e máxima, em escala global. (DE CARVALHO, 2015, p. 33-34)

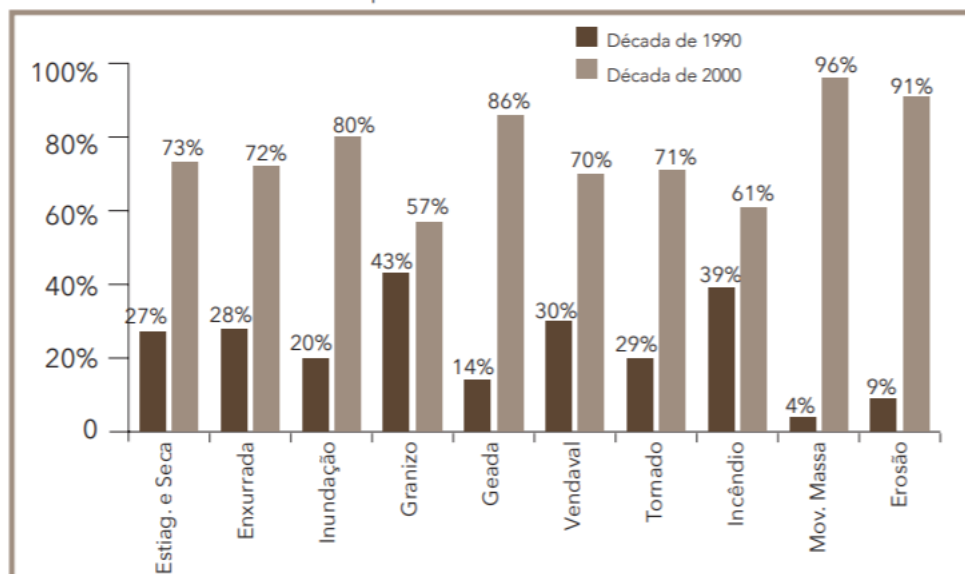
O aumento das tecnologias disponíveis e a urgência por informações contundentes oportunizou ao mundo a realização de análises pós evento, demonstrando que, a maioria dos desastres tidos como “naturais”, possuíam a contribuição da sociedade, seja por seus padrões insustentáveis de consumo, pela ausência de gestão de risco ou pelo baixo interesse por meios de desenvolvimento sustentáveis<sup>320</sup>. Estima-se que, no Brasil, “um terço do impacto dos deslizamentos de terra e metade dos estragos de inundações poderiam ser evitados com alterações de práticas humanas ligadas à ocupação do solo e a melhorias nas condições socioeconômicas da população em áreas de risco” (PIVETTA, 2016).

---

<sup>320</sup> “A Região Sudeste, correspondente a 10,86% do território brasileiro, possui uma área de 924.512 km<sup>2</sup>. (...) A alta densidade demográfica aliada à ocupação desordenada em áreas de risco faz desta região uma das que mais sofrem com as adversidades atmosféricas. Algumas das principais ameaças relacionadas ao tempo e clima são chuvas intensas, vendavais, granizos, geadas e friagens, secas, baixa umidade do ar e nevoeiros”. (S2ID, Atlas Brasileiro de Desastres Naturais, 2013).

Segundo o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais<sup>321</sup> (2013), desenvolvido pelo Sistema Integrado de Informações de Desastres, nas últimas décadas evidencia-se vasto aumento na ocorrência de eventos, totalizando o número de 38.996 registros entre 1990-2012 – sendo 56% deles na década de 2000 (21.741) e 22% no período entre 2011 e 2012 (8.740). Entre o maior número de incidência encontram-se movimentos de massa (aumento de 96% dos registros na década de 2000), erosões e inundações.

Gráfico 2: Comparativo de ocorrências entre décadas



Fonte: Brasil (2013)

Gráfico 1 – Fonte: Brasil, 2013

Os dados brasileiros e mundiais evidenciam que, muitos dos desastres antes vistos como naturais, na verdade são eventos mistos – com a união entre aspectos ambientais à atuação humana. De mesmo modo, demonstram que grande parte dos eventos naturais teve sua magnitude aumentada mediante os impactos ocasionados pelo homem – com, por exemplo, o desmatamento e queimada de florestas, a liberação de licenças ambientais sem análise aprofundada dos impactos de empreendimentos, a ausência de fiscalização de construções irregulares etc.

Um exemplo brasileiro de *man-made disaster* que impactou a saúde pública de forma significativa fora a contaminação radiológica de Césio-137 na cidade de Goiânia/GO. Nas instalações de uma clínica de imagem desativada foram encontradas cápsulas repletas da substância altamente letal denominada de Césio-137 – a qual fora presenteada entre indivíduos

<sup>321</sup> “O Atlas Brasileiro de Desastres Naturais é produto de uma pesquisa realizada no âmbito de um acordo de cooperação celebrado entre o Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres da Universidade Federal de Santa Catarina e a Secretaria Nacional de Defesa Civil. A pesquisa teve por objetivo produzir e disponibilizar informações sobre os registros de desastres ocorridos no território nacional nos últimos 22 anos (1991 a 2012), na forma de 26 Volumes Estaduais e de um Volume Brasil”. (S2ID, 2013).

disseminando contaminação, ocasionando a morte de centenas de pessoas direta e indiretamente envolvidas com o evento. A alta radioatividade do pó cloreto de cézio (CsCl) ocasionou hemorragias e infecções generalizadas. Acredita-se que até os dias atuais centenas de pessoas herdaram os efeitos adversos da contaminação, ocorrida em 13 de setembro de 1987. Abordaremos mais adiante outros desastres socioambientais antropogênicos e mistos, os quais (acreditamos que) serviram de exemplo para a observância – ainda que em menor escala – dos efeitos nefastos de uma tragédia ambiental na saúde humana.

## **2. DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS AO REDOR DO MUNDO: BREVE HISTÓRICO**

O período de industrialização em massa trouxe consigo uma grande sequência de desastres, que ocasionaram não apenas consequências negativas para o meio ambiente, mas a morte de milhares de pessoas e perdas patrimoniais inauderíveis. Não se sabe precisar quantos desastres ambientais – naturais ou criados pelo homem – ocorreram no mundo, no entanto, tais eventos se repetiram ao longo das décadas, permeados pela ausência ou falha de fiscalização governamental, pela necessidade de aumento da lucratividade empresarial e diversos fatores, seja de natureza regional – como vulnerabilidades específicas – ou de escala mundial.

Entre os maiores desastres socioambientais mundiais, obtiveram grande destaque os ocorridos em Benxihu, Seveso, Bophal e Chernobyl. No ano de 1942, uma explosão de mina de carvão ocasionou 1.549 mortes por cremação – dizimando os trabalhadores de mineração da cidade de Benxihu. Em 1976, o vazamento de dioxina em Seveso<sup>322</sup> (Itália) gerou doenças respiratórias em 193 pessoas pelo contato com a substância tóxica, além da morte de 3.000 animais. Para evitar aumento da contaminação fora necessário o sacrifício de mais 7.000 animais nas proximidades.

A exposição de mais de 50.000 pessoas ao isocianato de metilo em Bophal, na Índia (1984)<sup>323</sup> resultou em mais de 8.000 vítimas fatais e 558.125 feridos. O vazamento ocorreu em uma fábrica de pesticidas e foi considerado o maior desastre industrial do mundo. A substância altamente tóxica disseminou rapidamente pelas cidades vizinhas, ampliando a magnitude dos

---

<sup>322</sup> Dioxina é uma substância química altamente tóxica. Seu nome é utilizado para definir uma enorme quantidade de sub-produtos industriais (mais de 400 substâncias) que se originam de procedimentos de fabricação de pesticidas, herbicidas, desinfetantes, cloro, branqueamento de papel e outros. A dioxina mais encontrada nesses procedimentos é o tetracloreto de benzeno. A substância pode causar problemas respiratórios e imunológico e em mulheres grávidas a pode gerar malformação fetal. Algumas pesquisas relatam que a dioxina pode ser uma substância cancerígena.

<sup>323</sup> O Desastre ocorreu em uma fábrica de pesticidas operada pela Union Carbide Índia Ltda em 03 de dezembro de 1984.

impactos na saúde regional. O sistema de saúde local ficou sobrecarregado. A equipe médica enviada não esperava por milhares de vítimas. A Resposta de Emergência fora extremamente ineficiente, em especial, pela ausência de métodos de tratamento adequados.

A história da indústria química está repleta de acidentes químicos e a exposição de trabalhadores e pessoas ao redor das plantas. A indústria química é um fator importante do ponto de vista da saúde pública. Os pesticidas e a indústria química nos países em desenvolvimento também são um problema de saúde pública para aqueles de nós que vivem em países de alta renda. Produtos e processos perigosos exportados para o terceiro mundo já estão voltando para os países desenvolvidos em um “círculo de veneno”. As consequências físicas de um acidente químico podem se espalhar para outros países através da água, vento e comida. As consequências políticas e econômicas também podem se espalhar por todo o mundo. (ECKERMAN, 2004, p.1).

Considerado o maior desastre ambiental do mundo, o desastre de Chernobyl, na Ucrânia<sup>324</sup> ocasionado pela explosão de reator nuclear por superaquecimento. Uma nuvem radioativa se dissipou não somente na Ucrânia, mas por parcela da Europa, com 41 km de devastação, contaminando as fontes de água da região, ocasionando 56 mortes imediatas e cerca de 4.000 mortes ao longo dos anos por exposição à radiação. A passividade do governo soviético e a ausência de tecnologia e entendimento acerca das medidas de contenção de danos dizimou Pripjat (cidade em que se situava a usina nuclear), pois só fora evacuada 36 horas após a explosão, que havia disseminado micropartículas no ar. Pesquisadores afirmam que cerca de **13-30%** do material radioativo do reator rompido fora lançado na atmosfera e, desse material, cerca de **60% concentrou-se no território da Bielorrússia**<sup>325</sup>.

O acidente de Fukushima/Japão, considerado o maior acidente nuclear desde Chernobyl<sup>326</sup>, ocorreu em março de 2011 na usina Fukushima Daiichi devido à conjugação de um terremoto de 9 graus na escala Richter com um tsunami gerando ondas de 14 metros que atingiram a estrutura da usina. Os reatores foram inundados, liberando ar contaminado em toda a região. Técnicos locais conseguiram evitar o superaquecimento e a combustão do material, mas as autoridades atestaram o vazamento de 300 toneladas de água radioativa<sup>327</sup>. A

---

<sup>324</sup> O desastre de Chernobyl é considerado o pior acidente nuclear da história, classificado como nível 7 (máximo) na Escala Internacional de Acidentes Nucleares.

<sup>325</sup> Para mais informações acerca do desastre Cf. <https://www.nei.org/resources/fact-sheets/chernobyl-accident-and-its-consequences>.

<sup>326</sup> Segundo a reportagem "Desastre de Fukushima e o oceano pacífico" do sítio MARSEMFIM. Disponível em: <<https://marsemfim.com.br/desastre-de-fukushima-e-o-oceano-pacifico/>>

<sup>327</sup> A usina utiliza diariamente grande volume de água para refrigerar os reatores. A água contaminada é armazenada em tanques, onde passa por um processo de purificação. Estima-se que 400 toneladas de água radioativa são produzidas por dia em Fukushima. (BBC, 2013)



contaminação desceu até os lençóis freáticos chegando até as águas oceânicas. Devido às más condições de evacuação, estima-se a morte de 1.600 pessoas.

Incontáveis são os eventos de grande escala no cenário internacional. Em termos de danos ambientais, estima-se que Chernobyl fora o maior desastre do mundo. No entanto, em relação ao número de vítimas, há quem entenda<sup>328</sup> pela maior gravidade do vazamento de Bophal. Pesquisas relatam<sup>329</sup> que no ano de 2008 os impactos de atividades humanas geraram 321 desastres, mais de 235.000 vítimas e prejuízo de aproximadamente 181 bilhões de dólares na economia. Somente nos últimos 20 anos, dados demonstram que a Europa obteve 983 desastres<sup>330</sup> – ocasionando 88.671 vítimas e prejuízo de 29 bilhões de dólares.

## 2.1. Respostas de emergência e convenções internacionais pós-desastre

Devido à grande proporção dos eventos, grau de interesse em causas socioambientais aumentara significativamente. A preocupação levou a sociedade internacional a adotar medidas de proteção, reparação ou compensação ao longo das décadas, as quais visaram não somente a mitigação dos impactos dos eventos, como também o aumento do poder de resiliência socioambiental e socioeconômica dos países.

Estamos vivendo em um período histórico, em que se pode perceber uma “descoberta” do meio ambiente, da fauna e da flora, como valores que ultrapassam suas meras utilizações econômicas. (...) As “descobertas” se encontram presentes em toda uma série de movimentos políticos e sociais, que reivindicam a proteção das florestas, dos animais, das águas e de todo um conjunto de bens naturais (BOBBIO, 1992, p. 6 ss). As repercussões jurídicas e políticas da moderna redescoberta da natureza são inegáveis. O mundo natural, no fim do século XX, transformou-se em meio ambiente, conceito mais amplo que engloba o homem e tudo aquilo que o cerca, mesmo o construído por sua ação consciente. Juridicamente, é relevante anotar que as Constituições que foram promulgadas após a segunda metade daquele século incorporam amplos espaços, destinados à proteção dos bens naturais. (ANTUNES, 2015, p. 5)

Em resposta ao desastre de Seveso, em 1976 fora editada pela União Europeia a primeira Diretiva Seveso<sup>331</sup> (1982), a qual determinava instrumentos para a prevenção de

<sup>328</sup> Segundo matéria da BBC News Brasil (03.12.2014) o desastre de Bophal foi o acidente industrial mais grave da história. Mais informações, Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203\\_gas\\_india\\_20anos\\_rp](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203_gas_india_20anos_rp)> Acesso em 03 de jan. 2019.

<sup>329</sup> Dados segundo pesquisa elaborada por Teresa Rodrigues em seu artigo “A estratégia internacional de Redução de Desastres” (2010)

<sup>330</sup> Idem.

<sup>331</sup> Diretiva n. 82/501/CE (SEVESO I). Para maiores informações, Disponível em: <[https://www.unizar.es/guiar/1/Legisla/D82\\_501.htm](https://www.unizar.es/guiar/1/Legisla/D82_501.htm)>. Acesso em 16 de jan. 2019.

acidentes graves, envolvendo substâncias perigosas. Sob o pilar de três principais objetivos – avaliação e gestão de risco dos estabelecimentos; ordenamento do território; e, planejamento de emergência e informação ao público -, foram desenvolvidos instrumentos de identificação de fontes perigosas, aplicação de métodos de análise de risco e avaliação de impactos para a adequação das medidas de prevenção e controle de riscos e mitigação dos impactos (APA-PT, 2015).

Seveso I estabeleceu obrigações de caráter geral para medidas de segurança, a serem atendidas por todos os Estados-Membros, visando a identificação de riscos, elaboração de medidas de segurança adequadas, treinamento, informação e equipamentos de segurança para trabalhadores de todos os empreendimentos industriais. Às atividades industriais com substâncias perigosas, foram adicionadas obrigações específicas, como a elaboração de relatórios de segurança, planos de emergência interna a serem disponibilizados no estabelecimento, planos de emergência externa<sup>332</sup> – a serem elaborados pelas autoridades competentes – e informações para as populações potencialmente atingidas acerca de medidas de segurança a serem adotadas em casos de desastres.

Com a experiência da primeira Diretiva, Seveso II (1996) objetivou a disseminação de informações a autoridades sobre a segurança de empreendimentos, introduzindo um sistema de valores limites para a fabricação e utilização de substâncias perigosas, com a obrigatoriedade de elaboração de Planos de Segurança (*safety cases*) por operadores de tais substâncias, vinculando-os à realização das medidas necessárias na ocorrência de contaminação. Seveso II fora o primeiro passo para a adoção de uma Política Europeia de Perigos de Acidentes Graves (European Major Accident Hazard Policy), caracterizada pela presença de substâncias perigosas – que podem compreender emissões, fogo ou explosões, ocasionando danos sérios à saúde humana e/ou ao meio ambiente; podendo gerar impactos imediatos ou de longo prazo, dentro ou fora dos empreendimentos.

A Diretiva é um novo tipo de legislação "orientada para objetivos" e dá mais ênfase sobre os aspectos sociotécnicos da política de controle e tentativas de trazer mais transparência e abertura no processo, permitindo a consulta pública e fortalecendo o papel do MAHB [THE MAJOR ACCIDENT HAZARDS BUREAU] como sistema de intercâmbio de informações.

---

<sup>332</sup> “Os planos de emergência são elaborados com os seguintes objetivos: a) Circunscrever e controlar os incidentes de modo a minimizar os seus efeitos e a limitar os danos na saúde humana, no ambiente e nos bens; b) Aplicar as medidas necessárias para proteger a saúde humana e o ambiente dos efeitos de acidentes graves; c) Comunicar as informações necessárias ao público e aos serviços ou autoridades territorialmente competentes relevantes da região; d) Identificar as medidas para a descontaminação e reabilitação do ambiente, na sequência de um acidente grave”. (DRE-PT, n. 151, 5 de agosto de 2015).

Por conseguinte, em 2012 fora realizada a Diretiva de Seveso III, a qual manteve a abordagem de enquadramento para estabelecimentos com substâncias perigosas, a filosofia e o enquadramento das Diretivas anteriores. Fora adaptado, no entanto, o enquadramento de “substâncias e misturas”, utilizando definição disposta pelo Regulamento (CE) n. 1272/2008. O documento possui Três pontos estruturais: (1) avaliação e gestão de risco de empreendimentos<sup>333</sup>; (2) ordenamento do território<sup>334</sup>; e, (3) Planejamento de Emergência externo e informação ao público.

No total ocorreram três Diretivas Seveso<sup>335</sup> – anos de 1982, 1996 e 2012- motivadas pelos desastres de Flixborough (1974), Bhopal (1984), Enschede (2000), Toulouse (2001) e Buncefield (2005).

Em âmbito global, objetivando aumentar a capacidade de troca de experiências, compartilhamento de dados e estímulo “*pré-factum*” dos países membros, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1999, criou a “*United Nations Office for Disaster Risk Reduction*” – Escritório das Nações Unidas para a Redução de Riscos de Desastres, “determinada pela Resolução n. 56/195 da Assembleia Geral das Nações Unidas, para servir como um ponto focal no sistema das Nações Unidas para a coordenação da redução de desastres e aumento das sinergias para atividades de redução de desastre”. (UNIRSDR, 2018)

A UNISDR se tornou um gabinete internacional o qual fornece estímulos, estudos e compartilhamento de informações, além de publicar estratégias a serem adotadas pelos Estados-membros, com o objetivo de reduzir o risco de desastres, associando-o ao aumento do desenvolvimento sustentável<sup>336</sup>. Baseado na Agenda 2030, publicou o “*Disaster Risk Reduction and Resilience in the 2030 agenda for Sustainable Development*”, estabelecendo 17 objetivos para a diminuição da pobreza e vulnerabilidade e aumento da resiliência em casos de desastres<sup>337</sup>. A agente, voltada inicialmente a eventos naturais, fora influenciada pelo “*Sendai Framework for Disaster Risk Reduction*”. Tal documento abrangeu tanto fenômenos naturais, quanto desastres construídos, prevendo ações prioritárias para a compreensão de riscos, o

<sup>333</sup> Na avaliação de riscos são identificadas as fontes de perigo, avaliados os riscos da atividade, das conseqüências e a adequação das medidas de prevenção, controle e mitigação. (APMA, 2016)

<sup>334</sup> Definição de zonas de perigo, afastamento de estabelecimentos e elementos sensíveis, análise da compatibilidade da atividade com a qualidade do solo e com a região onde se situa. (idem)

<sup>335</sup> Diretiva n. 82/501/CE (SEVESO I), n. 96/82/CE (SEVESO II) e n. 2012/18/UE (SEVESO III).

<sup>336</sup> “Existem várias maneiras de reduzir o risco de desastres, que são reconhecidas (...). Por exemplo, reduzindo a exposição e vulnerabilidade dos pobres ou construção de infraestrutura resiliente. Existem também vários objetivos e metas que podem contribuir para reduzir os riscos e construir resiliência (...). Estes incluem metas relacionadas à promoção da educação para o desenvolvimento sustentável, construção e modernização de instalações de educação e garantia de saúde vive entre outros”. (UNISDR, 2016, p. 15) (tradução nossa)

fortalecimento da governança para a sua gestão, estímulo da preparação de Respostas de Emergência e melhor recuperação de áreas atingidas.

É possível limitar consideravelmente as consequências dos desastres e das perdas se as autoridades competentes, os cidadãos e as comunidades estiverem dotados de um conjunto de conhecimentos e de capacidades que lhes permitam gerir e reagir eficazmente durante e após o desastre.

A preparação pode englobar vários tipos de medidas ou atividades, tais como, os planos de emergência, a constituição de estoques de material e alimentos, os serviços de urgência e os dispositivos de permanência, a questão tão importante das comunicações, da distribuição da rede elétrica, dos mecanismos de gestão e de coordenação de informação, a formação de pessoal, os exercícios coletivos e a educação do público. (RODRIGUES, 2010, p. 225) (grifamos)

### **3. A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS COMO DESASTRE SOCIOAMBIENTAL ANTROPOGÊNICO DE GRANDE MONTA**

No dia 31 de dezembro de 2019 a comunidade internacional fora surpreendida com a divulgação oficial do governo chinês, ao informar que na cidade de Wuhan fora detectado um caso de infecção por SARS – Síndrome Respiratória Aguda Grave. Declarou, no entanto, a desnecessidade de medidas drásticas, pois o referido vírus fazia parte de uma categoria conhecida, já detectada e tratável, nos estágios da medicina atual. Poucos dias após a declaração, o governo da China anunciou o bloqueio das fronteiras de Wuhan, lockdown e isolamento de moradores, pois, na verdade, haveria uma mutação viral, com contaminação em série e alto índice de mortalidade na região.

Denominado como Coronavírus ou Covid-19, o SARS-COV-2 (nomenclatura científica da doença) se disseminou de forma assustadora na China, mesmo após o bloqueio de Wuhan, vindo a atingir diversos países da Ásia e Europa. Inúmeros casos foram notificados no continente europeu, tendo como padrão a severidade das infecções respiratórias, com necessidade de internação de pacientes para uso de oxigênio e, em casos severos, intubação. Todos os pacientes foram isolados, no entanto, a ausência de padrão detectável no início da contaminação e alto tempo de incubação do vírus o disseminou rapidamente à níveis mundiais.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o surto de Coronavírus como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Com essa Declaração

Internacional a comunidade internacional “buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus<sup>338</sup>” (OMS, 2020)

No mês de março de 2020 as autoridades brasileiras recomendaram a adoção de quarentena, com isolamento residencial de pessoas infectadas. Esta recomendação atendeu às medidas já adotadas na Europa – com maior número de vítimas fatais – com a finalidade de reduzir o número de infectados e, com isso, impedir a disseminação do vírus no país. No entanto, apesar da adoção de diversas medidas restritivas e preventivas, o Coronavírus infectou um sem número de pessoas, muitas vindo a óbito antes de serem diagnosticadas.

Apesar da ausência de consenso, pesquisadores afirmam que a contaminação decorreu do contato homem-animal, disseminando à humanidade um vírus não nocivo para a fauna.

A hipótese mais provável é ter origem em morcegos (que não adoecem dele, por causa de seu especial metabolismo), daí passou para o pangolim (uma espécie africana, que lembra o nosso tatu, procurado na China pelo sabor da carne e por ditas propriedades medicinais) (fala-se nele, pois os estudos indicam que a Covid-19 é 99% igual ao vírus do pangolim), e dele para os humanos. Essa tripla passagem é rara, pois o curto espaço de vida do vírus exige que os três animais: o morcego, o pangolim e o humano, estejam junto no mesmo tempo e lugar. Aí entra o mercado de Wuhan, onde animais vivos, domésticos e selvagens de todo o mundo, ficam empilhados em engradados, um em cima do outro, de modo que os debaixo recebem os resíduos dos que estão em cima (fezes, urina, sangue, pus, seja o que for) e assim se contaminam, se algum acima carregar o vírus; e dali são comprados e consumidos por humanos. O período em que o humano é assintomático e a facilidade da transmissão explica a rápida expansão da epidemia. (TORRES, 28 de março de 2020).

De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) a transmissão de zoonoses aumentou em escala assustadora nas últimas décadas, levando pesquisadores à conclusão de que o desmatamento e a ocupação de habitats potencializam a ocorrência de contágio. Em outras palavras, este é um “reflexo do principal motivo de surgimento e propagação de zoonoses que é a interferência humana nos habitats naturais, o que vem possibilitando que os vírus antes restritos à natureza se cruzem rapidamente com seres humanos” (SASSON, 2020).

Pesquisa realizada pela Universidade de Auburn<sup>339</sup> atestou a relação entre o contágio por doenças infecciosas e a ocupação de habitats selvagens pelo homem. Denominadas

<sup>338</sup> Folha Informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. “Emergência de saúde pública de importância internacional. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 26 nov. 20.

<sup>339</sup> Para mais informações a acesso à pesquisa, acessar: [https://ocm.auburn.edu/newsroom/news\\_articles/2019/06/061430-researchers-new-hypothesis.php?auhphdlm](https://ocm.auburn.edu/newsroom/news_articles/2019/06/061430-researchers-new-hypothesis.php?auhphdlm).

como Doenças Infecciosas Emergentes (*Emerging Infectious Diseases*), ou EIDs, como Ebola, vírus do Nilo Ocidental e SARS, são mundialmente conhecidas pela comunidade científica, que atesta a correlação entre o desmatamento e a destruição de habitats ao contágio humano. “A equipe de Auburn desenvolveu uma nova hipótese, o efeito de coevolução, que está enraizado na ecologia e na biologia evolutiva, para explicar os mecanismos subjacentes que impulsionam essa associação” (Science Daily, 24 jun. 19).

O campo da ecologia de doenças é fortemente baseado em uma hipótese conhecida como efeito de diluição, que foi lançada na virada deste século. É essencialmente a ideia de que a conservação da biodiversidade pode proteger os humanos de doenças infecciosas emergentes. (...)

No entanto, até agora, mesmo depois de uma riqueza de pesquisas nas últimas décadas explorou essa hipótese e encontrou associações entre a perda de biodiversidade e EIDs, não houve nenhuma explicação para onde vêm os micróbios que causam EIDs e como eles chegam humanos.

“Por meio de nossa hipótese, propomos que, à medida que os humanos alteram a paisagem por meio da perda de habitat, os fragmentos da floresta agem como ilhas, e os hospedeiros da vida selvagem e os micróbios causadores de doenças que vivem dentro deles sofrem uma rápida diversificação”, disse Zohdy [professora na School of Forestry and Wildlife Sciences e no College of Veterinary Medicine]. “Em uma paisagem fragmentada, veríamos um aumento na diversidade de micróbios causadores de doenças, aumentando a probabilidade de que qualquer um desses micróbios se espalhe para as populações humanas, levando a surtos.” (idem)

Conferência de Davos, realizada anualmente pelo Fórum Econômico Mundial (WEF), no ano de 2020 selecionou 7 temas, entre eles “como salvar o planeta”, “tecnologia para o bem” e “futuros saudáveis”. Na iminência de uma pandemia por Coronavírus, a reunião mundial, realizada entre 21 e 24 de janeiro de 2020, não destacou a possibilidade de ocorrência de contágios por doenças infecciosas. Apesar de destacar a necessidade de conservação e reparação ambiental, não atentou à relação entre meio ambiente e saúde humana.

O Fórum divulga anualmente o *Global Risk Report*, com a divulgação de áreas prioritárias de ação público-privada. Em pesquisa realizada no site do evento, observamos o declínio da preocupação com a disseminação de doenças (*Spread of Infectious Diseases*), a qual, no ano de 2015, constava em 2º lugar em termos de impactos mundiais. Relatório publicado no ano de 2019, apesar de evidenciar a possibilidade de pandemias, as elencou com baixa probabilidade de ocorrência, embora reconheça seu alto impacto – conforme demonstra o gráfico abaixo “10 Most Changing Global Risks”:



Gráfico 2 - Fonte: World Economic Forum, 2019.

A baixa preocupação com a fase de Preparo<sup>340</sup>, diante da pequena probabilidade de ocorrência do evento (conforme divulgado acima), originou em grande descompasso da sociedade mundial perante a contaminação por Coronavírus – o que refletiu no baixo investimento em Políticas Públicas preventivas, com a finalidade de antever o evento danoso ou de dirimir os impactos sociais da tragédia. Entretanto, em relatório divulgado no ano de 2019, o WEF reconheceu a possível ocorrência de contágios por patógenos por meio do

<sup>340</sup> Entendida no Direito dos Desastres como fase que antevê o evento e seus impactos, preparando a sociedade para, em caso de ocorrência, manter-se resiliente e dirimir os efeitos do desastre.

lançamento de ameaças biológicas, afirmando que a comunidade internacional não estaria preparada para atuar diante de tal situação<sup>341</sup>.

O mundo está mal preparado, inclusive para ameaças biológicas modestas. Somos vulneráveis a potencialmente enormes impactos nas vidas individuais, bem-estar social, econômico, atividade e segurança nacional. Novas biotecnologias revolucionárias prometem avanços milagrosos, mas eles também criam assustadores desafios de supervisão e controle. O progresso nos tornou complacentes sobre ameaças convencionais, mas a natureza continua capaz de “Inovar” uma pandemia que causaria danos incalculáveis. (WEF, 2019, p. 46)

Relatório do ano seguinte reforçou a necessidade de investimentos em sustentabilidade e tecnologias limpas, envidando atenção especial para mudanças climáticas e perda de biodiversidade, e colocando em pauta um ponto especial: o aparente declínio nos sistemas de saúde mundiais. Um capítulo inteiro fora destinado às evoluções das tecnologias e medicina ocidentais. Entretanto, reconheceu o despreparo dos países membros em eventual contágio, alertando que a superação de pandemias anteriores não garantiria o sucesso no enfrentamento das próximas. Cumpre ressaltar que a publicação precede a decretação mundial de pandemia – o que demonstra que o mundo estaria em alerta (embora despreparado) para envidar esforços em eventual disseminação de zoonose.

Um progresso considerável foi feito desde a epidemia de Ebola na África Ocidental em 2014–2016, mas os sistemas de saúde em todo o mundo ainda estão mal preparados para surtos significativos de outras doenças infecciosas emergentes, como SARS, Zika e MERS. Uma recente avaliação abrangente e inédita da segurança da saúde e capacidades, relacionadas em 195 países, encontrou pontos fracos fundamentais em todo o mundo: nenhum país está totalmente preparado para lidar com uma epidemia ou pandemia. Enquanto isso, nossa vulnerabilidade coletiva aos impactos de doenças infecciosas parece estar aumentando. (WEF, 2020, p. 76)

Sistemas de saúde integram a infraestrutura básica dos países, sendo essenciais para a manutenção da qualidade de vida e para a estabilidade econômica. Estão diretamente relacionados com o desenvolvimento, a segurança e a resiliência, possibilitando uma resposta adequada e mitigação de impactos mediante desastres socioambientais. O enfraquecimento de sistemas de saúde possibilita “que patógenos e doenças se espalhem porque não conseguem lidar com *Fake News* sobre saúde e cuidados preventivos e falham em confiabilidade” (Idem).

#### 4. SISTEMAS DE COLETA DE DADOS SOCIOAMBIENTAIS E SALUTARES

---

<sup>341</sup> Ressaltamos que o propósito da associação não está em levantar hipóteses acerca da origem da pandemia de Coronavírus, mas em demonstrar que contaminações biológicas já constavam no “radar” internacional, embora a sociedade mundial não tenha investido em políticas preventivas.



A criação e manutenção de sistemas de dados é uma das formas mais promissoras para a prevenção e diminuição de impactos de desastres. Tais ferramentas funcionam como plataformas digitais, nas quais se possibilita a inserção de eventos para monitoramento do local denunciado. São a utilização da “tecnologia para o bem”, conforme mencionado pelo Fórum Econômico Mundial de 2020.

O uso de sistemas de informação é difundido pelo mundo em diversas áreas da Ciência, que os utiliza como fonte para a criação de novas tecnologias, gestão de risco, manutenção preventiva de máquinas e equipamentos industriais; além do fornecimento de dados para acompanhamento de políticas públicas em todos os âmbitos da economia, medicina, prevenção ambiental, entre outros.

Nesse sentido, o presente tópico, com fulcro na divulgação de sistemas nacionais e transnacionais, coloca em evidência três (3) sistemas de dados ambientais: *Collect Earth*; *National Center for Environmental Information* (NOAA/EUA); e *World Data System*; além de dois (2) sistemas de dados salutareis – *Coronavírus Resource Center*, elaborado pela Universidade de Medicina Johns Hopkins nos Estados Unidos; e *WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*, da Organização Mundial de Saúde; ambos com o objetivo de acompanhamento da disseminação do novo Coronavírus; os quais aprofundaremos à seguir.

#### **4.1. Collect Earth**

A ferramenta internacional de dados ambientais denominada *Collect Earth* é fruto de integração entre as Nações Unidas e o sistema Google Earth e permite a coleta de dados por imagens de satélite de alta resolução. Com o objetivo de monitorar o uso da terra e a gestão do meio ambiente, a plataforma facilita o acompanhamento da ordenação e qualidade ambiental, podendo ser acessada por diversos sites de busca como Bing Maps, Google Earth e Google Earth Engine<sup>342</sup>. O sistema é personalizável e interpreta imagens de satélites abertos desenvolvidos pela NASA e pela USAID<sup>343</sup>, em parceria com organizações técnicas regionais. “O Collect Earth Online promove consistência na localização, interpretação e rotulagem de

---

<sup>342</sup> Um ponto interessante desta ferramenta é a publicidade – poucos sistemas de dados possibilitam acesso da coletividade. O Collect Earth está disponível para todo o mundo, independentemente da qualificação profissional ou função pública – Poder Público, iniciativa privada e população.

<sup>343</sup> A parceria entre a NASA e a USAID é denominada SERVIR e está disponível em: <https://collect.earth/about>. Acesso em 25 jan. 21.

parcelas de dados de referência para uso na classificação e monitoramento da cobertura / mudança do uso da terra” (SERVIR, s/a).

Entre os diversos filtros de acompanhamento disponíveis, incluem-se: Avaliações de Uso da Terra, Mudança de Uso da Terra e Florestas; monitoramento de terras agrícolas e áreas urbanas; quantificação de desmatamento, desertificação e reflorestamento; além da possibilidade de coleta de dados socioeconômicos (OPENFORIS, s/a). De acordo com Mete Wilki, chefe de Políticas e Recursos da Divisão de Silvicultura da ONU (FAO-ONU) tamanha inovação possibilitará

A coleta de dados atualizados sobre nosso meio ambiente e suas mudanças, de uma maneira mais eficiente e participativa, usando os especialistas locais que conhecem as paisagens e a ecologia subsistente. (...) Ela nos ajuda a obter e ampliar (as aplicações de) informações práticas em um momento no qual os desafios ambientais estão assumindo uma importância urgente e sem precedentes. (ONU, 2018)

#### 4.2. NOAA: National Center For Environmental Information (EUA)

NOAA é um centro norteamericano de informação ambiental que hospeda e fornece mais de 37 petabytes de dados atmosféricos, oceânicos, geofísicos e costeiros. Considerado um dos maiores sistemas de dados ambientais do mundo, serve como fonte para o desenvolvimento de novos serviços e produtos em conformidade com os padrões ambientalmente aceitos no país, sendo utilizado como fonte de dados para diversas pesquisas científicas e tecnológicas.

A iniciativa, elaborada pela *National Oceanic and Atmospheric Administration* maximiza “investimento da organização em pesquisa ambiental, convertendo insights científicos em informações dinâmicas e utilizáveis que informam a estratégia e a tomada de decisão no governo, na academia e no setor privado” (NOAA, s/a).

O sítio é acessível à coletividade e ajuda organizações e instituições privadas a operarem de forma mais eficiente e segura – ambiental e economicamente (idem). Exemplos da eficiência do sistema foram a economia de US\$4 bilhões anuais realizada por produtores de milho dos EUA, mediante o uso de dados de temperatura e precipitação divulgados pela Agência; e a minimização de impactos climáticos gerados pela indústria de varejo e manufatura.

A NCEI é membro da *World Data System*<sup>344</sup> e colabora para o acesso universal de dados ambientais para todo o mundo – limitando-se geograficamente aos dados produzidos nos

---

<sup>344</sup> World Data System é um sistema de dados universal com o propósito de difundir informação sobre diversas áreas socioeconômicas.

EUA, que são organizados por quatro (4) centros regionais na Carolina do Norte, Colorado, Maryland e Massachusetts. Possui parceria com instituições acadêmicas e sem fins lucrativos para a realização de pesquisas colaborativas.

### 4.3. World Data System (WDS)

O *World Data System* (WDS) é um órgão interdisciplinar do *International Science Council* (ISC) criado pela sua 29ª Assembleia Geral em Maputo, Moçambique, em 2008; com o objetivo de promover acesso universal e equitativo de dados científicos, serviços de dados, produtos e informações que envolvam Ciências Naturais e Sociais. Sob o comando e orientação do ISC, o WDS fornece apoio a serviços de dados científicos diversos, preservando *datasets* relevantes e fortalecendo a conexão entre a comunidade de pesquisadores (ISC, s/a).

Sua visão de longo prazo de 'um mundo onde a excelência em ciência seja efetivamente traduzida em formulação de políticas e desenvolvimento socioeconômico. Em tal mundo, o acesso universal e equitativo a dados e informações científicas é uma realidade e todos os países têm capacidade científica para utilizá-los e contribuir para a geração de novos conhecimentos necessários para estabelecer seus próprios caminhos de desenvolvimento de forma sustentável. (ISC, s/a) (tradução nossa)

Com o objetivo de atestar fontes confiáveis o WDS desenvolveu um certificado válido mundialmente: o *Communities of Excellence* – onde serviços científicos de data se tornam membros da WDS, utilizando os padrões estabelecidos pela comunidade e reconhecidos mundialmente. “Os membros são os blocos de construção de uma infraestrutura comum pesquisável, a partir da qual um sistema de dados interoperável e distribuído pode ser formado” (idem). As Organizações Membros da *Communities of Excellence*, realizam compartilhamento aberto de dados e se comprometem a preservá-los em sistema próprio – contribuindo com a realização de agendas políticas e beneficiando a pesquisa científica mundial.

Em seus Atos Constitutivos a WDS estabelece 3 metas principais – a serem cumpridas até o ano de 2023: (1) a melhora da sustentabilidade, confiança e qualidade dos serviços de dados científicos abertos; (2) Fazer com que serviços de dados confiáveis sejam integrados na pesquisa científica internacional; e, (3) Nutrir comunidades de dados científicos multidisciplinares.

### 4.4. Johns Hopkins Coronavirus Resource Center (CRC)

Ferramenta desenvolvida pela Universidade de medicina Johns Hopkins, na cidade de Maryland/EUA se tornou uma das fontes mais confiáveis e populares para acompanhamento da disseminação do novo Coronavírus. União de centenas de especialistas de Tecnologia de Informação, cientistas e comunidade médica, contabiliza e analisa a elaboração de testes, incidência, mortalidade e vacinação em todo o mundo desde sua criação em Janeiro de 2020.

Com fulcro na divulgação de dados para a comunidade nacional (EUA) e internacional, a CRC auxilia profissionais da saúde, Poder Público, legisladores e população a acompanhar os esforços para o enfrentamento da pandemia.

*Johns Hopkins Medicine* é um time liderado por mulheres e atua no campo da medicina e na pesquisa científica. Altamente respeitado na sociedade norteamericana, o Sistema Integrado de Dados vem auxiliando o Poder Público do país a implementar e acompanhar políticas socioeconômicas, trabalhando em contínua consonância com os *policy makers* e inserindo pontos específicos na agenda governamental.

Especialistas em tradução e visualização de dados, Beth Blauer e sua equipe se especializam em ajudar formuladores de políticas e funcionários eleitos a usar dados para informar decisões. Trabalhando em colaboração com cientistas de dados e especialistas em saúde pública, Beth e sua equipe pegam dados da COVID-19 e os transformam em visualizações claras e atraentes que ajudam os formuladores de políticas e o público a entender a pandemia e tomar decisões baseadas em evidências sobre saúde e segurança (JHU, 2021).

Além da divulgação de dados, são publicados diversos estudos sobre pesquisas médicas e científicas que envolvam a disseminação do vírus, a corrida pela vacina, as dúvidas e preocupações que envolvem a vacinação, o desenvolvimento de novas tecnologias; além de contribuir para análise de impactos socioeconômicos da contaminação mundial – tornando-a uma das ferramentas de maior destaque no combate ao Coronavírus.

#### **4.5. WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard**

Aplicativo desenvolvido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o *Coronavirus Disease Database* é uma ferramenta de acompanhamento e monitoramento de casos semelhante à *Johns Hopkins Coronavirus Resource Center (CRC)*. O mapa mundi interativo possibilita a seleção de países e territórios para conferência de dados, onde é possível observar três tipos de categorias: novos casos, casos totais confirmados e número de mortes.

Diversos infográficos demonstram a linha do tempo da contaminação – possibilitando ao usuário a análise do aumento e diminuição da disseminação do vírus. Tais

linhas evolutivas agrupam informações em quatro escalas: Regional, nacional, por área e por território. De acordo com as categorias estabelecidas pela OMS, cada país recebeu uma classificação de transmissão: Inexistência de casos; Casos esporádicos; Agrupamento de casos; e Transmissão comunitária – que variam de acordo com o nível de contaminação observado.

Os dados divulgados foram selecionados da seguinte forma: no período entre 31 de dezembro de 2019 e 21 de março de 2020 foram recebidos dados *da Covid Intel Database*; em seguida a própria OMS passou a contabilizar e disponibilizar as informações – que provém de comunicações oficiais de sistemas de Ministérios de Saúde e contas de mídias sociais – e são atualizadas diariamente.

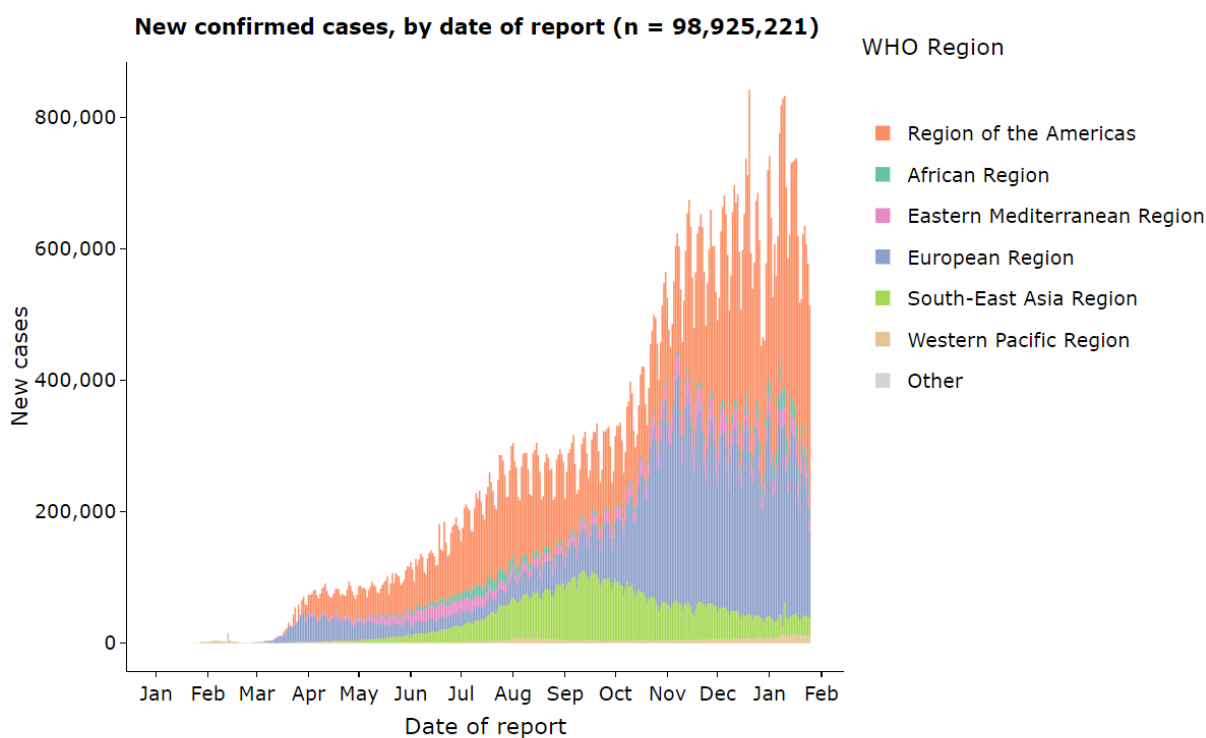


Gráfico 2 – Fonte: OMS. *WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*

## 5. INTEGRAÇÃO DE SISTEMAS DE DADOS: UMA FERRAMENTA PARA O FUTURO

Nos tópicos anteriores analisamos as adversidades enfrentadas por desastres socioeconômicos e seus impactos multifacetários à sociedade mundial. Observamos a evolução dos padrões de qualidade ambientais e sociais ao longo das décadas e os Acordos Internacionais realizados em resposta aos eventos danosos – que se comprovaram em maior incidência conforme a evolução das tecnologias.

Conforme o avanço da ciência deixamos de ser uma sociedade industrial para nos tornarmos uma Sociedade de Risco (BECK, 2002). A aplicação de novas técnicas e a difusão de conhecimento se disseminaram com a globalização, possibilitando a evolução e o sucesso de pesquisas complexas; mas também trouxe a multiplicação dos riscos sociais, ambientais e econômicos. “A ciência, ao analisar o presente, é confrontada com seu passado, como produtora de realidade e de problemas que há se encarregado de analisar e dominar. Com isso, se torna não só fonte de solução, mas também fonte que origina problemas” (BECK, 2002, p. 204).

Com isso, sugere BECK a realização de uma autoanálise evolutiva, denominada por ele de Cientificação Reflexiva, tendo em vista a conscientização em relação aos fundamentos inerentes à questão científica e às consequências extremas da própria ciência. Essa desmistificação possibilita a autocrítica de seus fundamentos e efeitos, com vistas a observar seu potencial de risco e perspectivas de desenvolvimento. O estímulo de uma reflexividade técnico-científica em relação à probabilidade de riscos possibilita analisar que tipo de ciência está sendo promovida. Em outras palavras, afirma o autor a necessidade de reflexão científica acerca de dois pontos:

Até quando será possível, em relação aos riscos de modernização, substituir com o tratamento dos sintomas a autêntica eliminação das causas; Até quando o tabu prático dos riscos "causados civilizacionalmente" por causas e fatores induzidos será cientificamente reproduzido ou eliminado. Assim, os riscos e danos são interpretados de forma metódica e objetiva, e são tratados cientificamente ou tolerados e dissimulados. (BECK, 2002, p. 206)

Sendo assim, em resposta aos revezes socioeconômicos e socioambientais de desastres antropogênicos a comunidade internacional inseriu na Agenda um tópico de extrema importância para o futuro: a Gestão de Riscos. De cunho preventivo e aperfeiçoável, tal gestão encontra-se entre as ferramentas de maior preocupação entre a iniciativa privada e programas de governo. A lógica é a seguinte: investe-se em análise e gestão com o objetivo de antever o evento danoso e seus impactos, de modo a aprimorar os mecanismos preventivos da empresa, empreendimento ou agenda governamental. Desse modo, diminui-se o risco de ocorrência do desastre ou aumenta-se a resiliência caso seja inevitável.

Diversas são as ferramentas para a gestão preventiva e entre elas se inserem mapeamentos de áreas de risco; elaboração e atualização de sistemas de monitoramento; investimentos em estrutura resiliente – que variam de acordo com o empreendimento e a área de cada atividade; integração entre iniciativas privadas, agenda de governo e Órgãos da Defesa Civil; planejamento urbano e ordenamento do solo – com separação de áreas de risco. Toda

Política Pública ou investimento privado possui riscos – o importante é avaliá-los de forma prévia, com vistas a possibilitar uma gestão de riscos preventiva e preditiva.

Entretanto, conforme evidenciado no presente estudo, carecemos de planejamento. Ao longo das décadas a sociedade comprovou o aumento da ocorrência de desastres socioambientais, sem, contudo, investir em prevenção e precaução. Muitos desastres passados foram subjugados como de baixa probabilidade – apesar da alta magnitude dos impactos – fazendo com que tópicos importantes fossem retirados das agendas governamentais e, com isso, gerando tragédias. Grande exemplo de evento de baixa probabilidade com alto impacto foi o advento da pandemia. Conforme mencionamos no item 3, o aumento de preocupação com disseminação de doenças (Spread of Infectious Diseases) constava em segundo lugar no *Ranking* do *Global Risk Report* em 2015. No ano da disseminação do Covid-19 – porém em período anterior à sua ocorrência – o Fórum Econômico Mundial também divulgou a possibilidade de pandemias nos *10 Most Changing Global Risks*.

Com o advento da crise mundial e em resposta à magnitude das consequências pandêmicas, o mundo iniciou uma corrida para o aumento da informação. O alto nível de tecnologia nos países desenvolvidos possibilitou a criação de ferramentas de coleta e divulgação de dados avançadas, que se tornaram essenciais para o acompanhamento da disseminação do novo Coronavírus ao redor do mundo, além de respaldarem pesquisas médicas e científicas sobre a maior ou menor incidência de contágio em determinadas regiões; a análise de estratégias de tratamentos; o estudo e produção de eventuais vacinas; e demais.

Acerca das ferramentas tecnológicas analisadas, observamos a existência de diversas estratégias para a divulgação de dados, entre elas a utilização de satélites espaciais de sinal aberto – possibilitando a visualização em forma de mapa, à qual foram adicionados *plugins* interativos, de modo a filtrar áreas territoriais específicas. No entanto, todas as ferramentas possuem escopo limitado, sem possibilidade de cruzamento de dados. Sendo assim, para uma pesquisa socioambiental, que relacione a qualidade do meio ambiente ao advento de pandemias, por exemplo, o pesquisador deverá analisar as diversas ferramentas em separado, com vistas a construir sua própria base de dados. Para isso, será necessário grande investimento em softwares e tecnologia da informação – nem sempre disponíveis para o pesquisador acadêmico ou cientista.

Nesse sentido, o que se propõe é a elaboração de uma ferramenta integrativa, com a possibilidade de cruzamento de informações, por meio a utilização de dados divulgados pelos sistemas de dados já existentes, como exemplo, Collect Earth x WHO Coronavirus Disease

Database. Desse modo será possível a realização de análises híbridas, que contenham dados confiáveis e seguros e observem a íntima relação entre a qualidade ambiental, o uso de recursos naturais e a disseminação e controle de zoonoses. Dessa forma possibilitaremos uma gestão de risco avançada, integrada e completa – traduzindo efetivamente a excelência em ciências em formulação de políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico e socioambiental (ISC, s/a).

## CONCLUSÃO

O trabalho realizado envidou esforços para a análise da evolução mundial na realização de respostas à desastres socioambientais criados pelo homem - sob a premissa de que a utilização de sistemas de dados possibilita a elaboração de uma avançada gestão de riscos preventiva.

Primeiramente abordamos a diferenciação de magnitude entre acidentes e desastres e a classificação essencial entre desastres naturais, antropogênicos e mistos. Em seguida observamos o aumento da incidência de desastres socioambientais criados pelo homem, com os seus consequentes impactos. Evidenciamos as piores tragédias ocorridas ao longo da história e trouxemos à baila a mudança de pensamento da comunidade internacional, inserindo na agenda de políticas a necessidade de desenvolvimento sustentável – reconhecendo os multi-impactos de uma comunidade poluidora e a relação entre meio ambiente equilibrado e sobrevivência humana.

No terceiro ponto chegamos ao clímax da pesquisa: a pandemia de Coronavírus como desastre socioambiental antropogênico de grande monta – o reconhecimento da relação entre a disseminação da Covid-19 com a ausência de monitoramento e investimentos em políticas públicas multidisciplinares – que relacionem a vertente ambiental e sua grande contribuição para a ocorrência de zoonoses. Com conseguinte analisamos as respostas mundiais para diminuição dos impactos econômicos e sociais, com a criação de diversas ferramentas digitais de divulgação de dados – algo já consolidado na área ambiental, por meio de plataformas consagradas como *Collect Earth e World Data System*.

Por fim, reconhecemos a evolução na criação e manutenção de Sistemas de Dados para acompanhamento de informações acerca da pandemia de Coronavírus – considerados essenciais para o período pós desastre. Analisamos tais ferramentas e observamos a utilização de tecnologias avançadas, como satélites abertos, dados de mídias sociais e informações



oficiais. Concluímos, no entanto, pela ausência de integração entre as ferramentas e pelo escopo restrito (cada ferramenta se limita a um tema: meio ambiente; Coronavírus; desmatamentos; entre outros). No período pós desastre o amplo acesso a informações e o cruzamento de dados é essencial para a construção de infraestrutura resiliente, para a criação ou modificação de políticas públicas e para o desenvolvimento de novas pesquisas. Finalizamos o presente estudo com o entendimento de Ulrich Beck de que vivemos em uma sociedade de risco e, quanto mais tecnologias tivermos, mais riscos disseminamos. Para isso, necessitamos de investimento em gestão preventiva de riscos e maior interação entre pesquisadores e pesquisas.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, *Franco Cristiano da Silva Oliveira*. Desgovernança, gestão de riscos, responsabilização e o caso Covid-19. Disponível em: <https://direitoambiental.com/desgovernanca-gestao-de-riscos-responsabilizacao-e-o-caso-covid-19/>. Acesso em 21 jan. 21.
- AWNCONSULTIN. SEVESO II: A Guide for Engineers and Planners SEVESO III: What's Coming Next? Disponível em: <http://www.engineersirelandcork.ie/downloads/EI%20AWN%20Presentation%2008Nov11.pdf>. Acesso em 26 jan. 21.
- BBC. Como nuvem letal matou mais de 8 mil pessoas em 72 horas. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203\\_gas\\_india\\_20anos\\_rp](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/12/141203_gas_india_20anos_rp). Acesso em 28.12.18.
- \_\_\_\_\_. Fukushima – entenda o vazamento nuclear. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130821\\_fukushima\\_entenda\\_vazamento\\_nuclear\\_mm](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130821_fukushima_entenda_vazamento_nuclear_mm). Acesso em 24 jan. 21.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2002.
- BENEDICT, Mark A; MACMAHON, Edward T. *Green Infrastructure: Smart Conservation for the 21<sup>st</sup> Century*. Washington D.C.: Sprawl Watch Clearinghouse, 2001.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental. N.9. ano 3. São Paulo: ED. RT, jan-mar. 1993.
- BRASIL. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF. 02 de setembro de 1981.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Brasília, DF. 25 de julho de 1985.

- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 5 de outubro de 1988.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. Lei Nº 9.433, De 8 De Janeiro De 1997. Brasília, DF. 09 de janeiro de 1997.**
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, DF. 17 de fevereiro de 1998.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010. **Brasília, DF. 23 de dezembro de 2010.**
- \_\_\_\_\_. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. **Brasília, DF. 3 de agosto de 2010.**
- \_\_\_\_\_. Lei n. 13.540 de 18 de dezembro de 2017. Brasília, DF. 19 de dezembro de 2017.
- BUSCHBACHER, Robert. *A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?* Disponível em: [http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim\\_regional/141211\\_bru\\_9\\_web\\_cap\\_3.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/boletim_regional/141211_bru_9_web_cap_3.pdf). Acesso em 28.01.19.
- CARVALHO, Luís; CARRASCO, Úrsula; FARINHA, Manuel; BATISTA, Sandra; FERNANDES, José Miguel; SOUSA, Guilherme; LEITÃO, Nuno. *Risco, desastre e resiliência – um desafio para a cidade da Amadora*. Disponível em: [https://www.preventionweb.net/files/36750\\_36750riskdisasterandresilienceamado.pdf](https://www.preventionweb.net/files/36750_36750riskdisasterandresilienceamado.pdf). Acesso em 30.01.19.
- CEPED UFSC. *Atlas brasileiro de desastres naturais – 1991 a 2012 – volume brasil*. Disponível em: <http://www.ceped.ufsc.br/atlas-brasileiro-de-desastres-naturais-1991-a-2012/>. Acesso em 10 jan. 21.
- COLLECT Earth Online. Disponível em: <http://collect.earth/> . Acesso em 03.01.19.
- COMISSÃO mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.
- DE CARVALHO, Délton Winter. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, reposta e compensação ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Sistema constitucional brasileiro para o gerenciamento dos riscos ambientais*. Revista de Direito Ambiental. N. 55. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- DECLARAÇÃO do Rio sobre meio ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 02.09.2016.
- DE MORAES, Márcio Senne. *DESASTRE AMBIENTAL. Cianeto que vazou de mina acaba com fauna e flora do rio Tisza; Iugoslávia quer compensação*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1502200001.htm>. Acesso em 15.02.18.

- DICKEL, Mara Eliana Graeff; GODOY, Manuel Baldomero Rolando Berríos. *Instrumentos De Gestão De Risco Como Estratégias Para Mitigação De Cenários De Risco E Desastres Ambientais: O caso da UGRHI-11 – SP*. Disponível em: <file:///C:/Users/Luciana/Downloads/1268-3103-1-PB.pdf>. Acesso em 28.01.19.
- DOREMUS, Holly. *Precaution, Science, and Learning While Doing in Natural Resource Management*. Washington Law Association. N. 82. Seattle: Washington Law Review Association, 2007.
- DUFFIELD, Stuart. Major Accident Prevention Policy In The European Union: The Major Accident Hazards Bureau (Mahb) And The Seveso II Directive. Disponível em: <https://www.icheme.org/media/10017/xvii-paper-01.pdf>. Acesso em 27 jan. 21.
- \_\_\_\_\_; LIN, Albert C.; ROSENBERG, Ronald H. *Environmental Policy Law: problems, Cases and Readings*. 6a ed. New York: Thompson Reuters/Foundation Press, 2012.
- EBC. *Relembre os principais desastres ambientais ocorridos no Brasil*. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/conheca-os-principais-desastres-ambientais-ocorridos-no-brasil>. Acesso em 18.02.18.
- ECKERMAN, Ingrid. The Bophal saga. Causes and consequences of the worlds largest industrial disaster. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B0FqO8XKy9NRZDNzTkZQeVJQbE0/edit?pli=1>. Acesso em 26 jan. 21.
- ECYCLE. *Dioxina: conheça seus perigos e previna-se*. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/1073-dioxina>. Acesso em 16.01.19.
- EM-DAT: *The OFDA/CRED International Disaster Database*. Disponível em: [www.emdat.be/natural-disasters-trends](http://www.emdat.be/natural-disasters-trends). Acesso em 02.10.2018.
- ENCYCLOPÆDIA Britannica. *Honkeiko colliery mining disaster*. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Honkeiko-colliery-mining-disaster>. Acesso em 15.02.18.
- EUR-LEX. *Relatório sobre a aplicação nos Estados-Membros da Directiva 82/501/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1982, relativa aos riscos de acidentes graves de certas actividades industriais no período de 1994-1996*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999Y1012\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999Y1012(01)&from=PT). Acesso em 21 jan. 21.
- \_\_\_\_\_. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Relatório da Diretiva 96/82/CE*. Disponível em: <https://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:197:0001:0037:PT:PDF](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:197:0001:0037:PT:PDF).

Acesso em 24 jan. 21.

- G1. Césio 30 anos: Série do G1 Goiás reconta o maior acidente radiológico do mundo. Disponível em: <https://g1.globo.com/goias/noticia/cesio-30-anos-serie-do-g1-goias-reconta-o-maior-acidente-radiologico-do-mundo.ghtml>. Acesso em 21 jan. 21.
- \_\_\_\_\_. Maior acidente radiológico do mundo, césio-137 completa 26 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/09/maior-acidente-radiologico-do-mundo-cesio-137-completa-26-anos.html>. Acesso em 21 jan. 21.
- GREENE, Teri. Auburn researchers publish new hypothesis explaining the connection between habitat loss and the global emergence of infectious diseases. Disponível em: [https://ocm.auburn.edu/newsroom/news\\_articles/2019/06/061430-researchers-new-hypothesis.php?auhphdln](https://ocm.auburn.edu/newsroom/news_articles/2019/06/061430-researchers-new-hypothesis.php?auhphdln). Acesso em 21 jan. 21.
- GREENPEACE. *Bhopal, Índia O pior desastre químico da história 1984-2002*. Disponível em: [http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal\\_desastre\\_continua.pdf](http://greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf). Acesso em 11 jan. 21.
- JHU (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY). Coronavirus Resource Center. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/>. Acesso em 24 jan. 21.
- LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3ª. Ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 2ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LOPES, Isadora Timbó de Paula. *Gestão de riscos de desastres: integrando os riscos de acidentes industriais à gestão territorial [dissertação]*. 125 p. COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Março de 2017.
- LUCAS, Denis; BENATTI, Cláudia Telles. *Utilização de resíduos industriais para a produção de artefatos cimentícios e argilosos empregados na construção civil*. IN: Revista em Agronegócios e Meio Ambiente, v. 1, n.3, p. 405-418, set./dez. 2008.
- MARSEMFIM. *Desastre de Fukushima, GE e a contaminação*. Disponível em: <https://marsemfim.com.br/desastre-de-fukushima-e-o-oceano-pacifico/>. Acesso em 19.01.21.
- MARENGO, José. Um Brasil mais vulnerável no século XXI. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/um-brasil-mais-vulneravel-no-seculo-xxi/>. Acesso em 21 jan. 21.

- MARUM, Jorge Alberto Oliveira de. *Meio ambiente e direitos humanos*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n.28, p. 116-137, out./dez. 2002.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Climate Stabilization Targets: Emissions, Concentrations, and Impacts over Decade to Millennia*. Washington, DC: National Academies Press, 2011.
- NUCLEAR, Energia. *Acidente estação de tratamento de Tokaimura combustível nuclear*. Disponível em: <https://pt.energia-nuclear.net/acidentes-nucleares/tokaimura.html>. Acesso em 15.12.20.
- ONU. *Agenda 21*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em 15.12.20.
- ONUBR. *ONU e Nasa lançam plataforma para usar satélites no monitoramento de terras e meio ambiente*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-e-nasa-lancam-plataforma-para-usar-satelites-no-monitoramento-de-terras-e-meio-ambiente/>. Acesso em 26.12.20.
- OPENFORIS. *Collect Earth*. Disponível em: <http://www.openforis.org/tools/collect-earth.html>. Acesso em 24 jan. 21.
- POLITIZE. *Davos 2020: como foi o principal evento do Fórum Econômico Mundial?* Disponível em: <https://www.politize.com.br/davos-2020/>. Acesso em 27 jan. 21.
- RIO+20. *Como chegamos até aqui*. Disponível em: [http://www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20/rio-20-como-chegamos-ate-aqui/at\\_download/rio-20-como-chegamos-ate-aqui.pdf](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20/rio-20-como-chegamos-ate-aqui/at_download/rio-20-como-chegamos-ate-aqui.pdf). Acesso em 13.12.20.
- \_\_\_\_\_. *The future we want*. Disponível em: [http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at\\_download/the-future-we-want.pdf](http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf). Acesso em 09.01.21.
- S2ID. *Atlas Brasileiro*. Disponível em: <https://s2id.mi.gov.br/paginas/atlas/>. Acesso em 25 jan. 21.
- SASSON, Jean Marc. *Impactos socioambientais do Covid-19: de onde surgiu e para onde vamos?* Disponível em: <https://direitoambiental.com/impactos-socioambientais-do-covid-19-de-onde-surgiu-e-para-onde-vamos/>. Acesso em 12 jan. 21.

- UNDP. *Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf> . Acesso em 14.12.20.
- \_\_\_\_\_. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável. Dos ODM aos ODS*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>. Acesso em 14.12.20.
- UNISDR. *Disaster Risk Reduction And Resilience In The 2030 Agenda For Sustainable Development*. Disponível em: [https://www.unisdr.org/files/46052\\_disasterriskreductioninthe2030agend.pdf](https://www.unisdr.org/files/46052_disasterriskreductioninthe2030agend.pdf). Acesso em 21.12.20.
- \_\_\_\_\_. *Chart of the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction*. Disponível em: [https://www.preventionweb.net/files/44983\\_sendaiframeworksimplifiedchart.pdf](https://www.preventionweb.net/files/44983_sendaiframeworksimplifiedchart.pdf). Acesso em 21.12.20.
- UNIZAR. *Directiva Seveso Original [82/501/EEC]*. Disponível em: [https://www.unizar.es/guiar/1/Legisla/D82\\_501.htm#Anexos](https://www.unizar.es/guiar/1/Legisla/D82_501.htm#Anexos). Acesso em 21.01.21.
- UOL. *BP já gastou US\$ 2 bilhões para reparar danos no golfo do México*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2010/06/21/bp-ja-gastou-us-2-bilhoes-para-reparar-danos-no-golfo-do-mexico.htm?cmpid=copiaecola> . Acesso em 21.01.21.
- WEFORUM (WORLD ECONOMIC FORUM). *Global Risk Landscape*. Disponível em: [http://reports.weforum.org/global-risks-2019/survey-results/global-risks-landscape-2019/?doing\\_wp\\_cron=1585186361.7268550395965576171875#landscape///](http://reports.weforum.org/global-risks-2019/survey-results/global-risks-landscape-2019/?doing_wp_cron=1585186361.7268550395965576171875#landscape///). Acesso em 27 jan. 21.
- \_\_\_\_\_. *Global Risk Report 2016*. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-risks-2016/part-1-title-tba/>. Acesso em 27 jan. 21.
- \_\_\_\_\_. *Global Risk Report 2019*. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Global\\_Risks\\_Report\\_2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2019.pdf). Acesso em 27 jan. 21.
- \_\_\_\_\_. *Global Risk Report 2020*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020>. Acesso em 27 jan. 21.
- WHO (WORLD HEALTH ORGANIZATION). *Covid-19*. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 24 jan. 21.

VIEIRA, Sara. Diretiva SEVESO: instrumentos para a prevenção de acidentes graves.  
Disponível em: [https://proteger.pt/nfpa/2016/2014/wp-content/uploads/2016/11/II\\_1\\_8\\_SaraVieiraAPA.pdf](https://proteger.pt/nfpa/2016/2014/wp-content/uploads/2016/11/II_1_8_SaraVieiraAPA.pdf). Acesso em 26 jan. 21.

# O STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: UM OLHAR NOS PROCESSOS DECISÓRIOS JURÍDICOS NAS CONCEPÇÕES DE CARL SCHMITT E HANS KELSEN

*Carlos Alberto Pereira Aguiar*

## INTRODUÇÃO

Os processos decisórios judiciais e os políticos se diferenciam em algumas características, entretanto, é sempre bom ressaltar que essas diferenças não podem ser levadas ao absoluto, pois o poder judiciário também faz parte dos poderes políticos da república e não há decisões apolíticas dentro do aparato.

Para a racionalização do Direito Constitucional, a partir da concepção do Estado Constitucional quem seria o guardião da Constituição de acordo com Carl Schmitt e Hans Kelsen?

O presente trabalho procura desenvolver uma reflexão teórica acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas. O propósito é contribuir para a racionalização do Direito Constitucional, a partir da concepção do Estado Constitucional e de quem seria o guardião da Constituição de acordo com Carl Schmitt e Hans Kelsen em face de um alto grau de tensionamento nas decisões hodiernamente construídas pelo STF a partir do nosso cenário socio político e socio jurídico.

Carl Schmitt nasceu na Alemanha, em 1888. Torna-se doutor em direito já em 1910, momento a partir do qual começa a desenvolver sua crítica veemente ao liberalismo e ao sistema democrático parlamentar alemão, chegando a ser um dos maiores teóricos da ditadura, do regime de exceção e mesmo a integrar os quadros do partido nazista entre 1933 e 1936. Ao contrário da maioria dos intelectuais que aderem ao nazismo, Carl Schmitt não será um político descompromissado com o regime, mas sim reconhecido como um dos mais eminentes teóricos do direito de sua geração.<sup>[2]</sup>

Na obra o guardião da Constituição, Carl Schmitt, representa uma reafirmação da tese do poder neutral de Benjamin Constant, com base na interpretação do artigo 48 da Constituição de Weimar que, segundo ele, daria ao presidente do Reich poderes excepcionais destinados à guarda da Constituição, conferindo-lhe um poder neutral, ou seja, mediador, regulador e tutelar.

Por outro lado, Hans Kelsen reconhecia como guardião da Constituição o Tribunal Constitucional. Segundo o autor, ao adotar a doutrina do poder neutro do chefe de Estado,



Schmitt teria como arcabouço legitimador uma interpretação equivocada da Carta Alemã de 1919. Ao valer-se do preâmbulo constitucional e do artigo 48 para abalizar o Presidente do Reich como guardião da Constituição, Schmitt teria ignorado o disposto no artigo 19, em que estaria fixada a competência do Tribunal Federal para ser o protetor constitucional.

Frise-se que Hans Kelsen salientava que a intenção de Schmitt não era caracterizar o chefe de Estado como um “terceiro mais alto” ou um “senhor soberano do Estado”, um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”. Interpretando o artigo 48 da Constituição de Weimar, Schmitt ampliaria a competência do Presidente do Reich, “de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado”<sup>345</sup>.

Discursando acerca da aversão de Carl Schmitt a um Tribunal Constitucional com poder de cassação, que para o jurista alemão caracterizaria um Estado Judicialista, Kelsen alegava que o controle de constitucionalidade difuso diferenciar-se-ia apenas no plano quantitativo, pois anularia a lei inconstitucional no caso concreto, enquanto o controle concentrado dos Tribunais Constitucionais anularia para todos os casos.

Em seu prefácio de 1933 à *Teologia Política*, Carl Schmitt indica algumas das deficiências dos três tipos puros de pensamento jurídico desenvolvidos em sua obra *Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico*. Neste prefácio observa que o normativista puro pensa através de normas impessoais. O decisionista estabelece o justo através de uma decisão pessoal. O pensamento institucionalista se articula em instituições e conformações suprapessoais. Por outro lado, o normativista “degenerado” faz do direito uma mera função de uma burocracia estatal e o decisionista também “degenerado” se encontra sempre em perigo de fracassar fazendo uma “pontualização do momento”. Desse modo, um pensamento isoladamente institucional conduz ao pluralismo de um crescimento privado de soberania, do tipo casta-feudal<sup>346</sup>.

Pode-se perceber, a partir de tais considerações, que para Schmitt a “boa teoria do direito” (“adequada”)<sup>347</sup> será encontrada num novo tipo de pensamento jurídico, que combina institucionalismo (ou pensamento da ordem, como prefere)<sup>348</sup> e, em particular, decisionismo, numa concepção clara e radical de soberania.

<sup>345</sup> DORES, Camilla Japiassu. *O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen*. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21201/o-guardiao-da-constituicao-segundo-as-concepcoes-de-carl-schmitt-e-hans-kelsen>. Acesso em: 15 dez, 2020.

<sup>346</sup> SCHMITT, Carl. *über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens* (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad, italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le Categorie del "Político"* (Bolonha, Il Mulino, 1972).

<sup>347</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, op. cit. p. 67.

<sup>348</sup> *Ibid.*p.58.

Famoso é o *slogan* schmittiano, com o qual inicia sua obra *Teologia Política*, segundo o qual "soberano é quem decide sobre o Estado de exceção"<sup>349</sup>. Tal fórmula tem gerado uma série de equívocos por parte dos intérpretes que veem em Schmitt um teórico do Estado de exceção, esquecendo-se de sua preocupação científica de explicar o fenômeno jurídico e explorar o conceito de exceção, como ele próprio diz, enquanto um conceito-limite para a explicação do direito. Tanto é assim que em seguida ao seu polêmico enunciado acrescenta: "Esta definição pode ser apropriada ao conceito de soberania, somente enquanto este se assuma como conceito limite. Com efeito, conceito limite não significa um conceito confuso, como na terminologia espúria da literatura popular, mas sim um conceito relativo à esfera mais externa. A isto corresponde o fato de que a sua definição não pode aplicar-se ao caso normal, mas ao caso limite"<sup>350</sup>. Em seguida, continua Schmitt, "a decisão sobre a exceção é decisão num sentido eminente, pois que uma norma geral, contida no artigo de lei normalmente vigente, não pode jamais compreender uma exceção absoluta e não pode, por isso, nem dar fundamento pacificamente à decisão que lá se encontra de frente a um verdadeiro e próprio caso de exceção"<sup>351</sup>.

Como se vê, portanto, Schmitt analisa o Estado de exceção como uma situação limite, não deixando de compreender que o poder de exceção não raro está apoiado em *instituições* e normas da normalidade anterior<sup>352</sup>. Por tal motivo, entende-se a razão pela qual é, por vezes, difícil discriminar *in concreto* quem detém o poder soberano — quem é o sujeito da soberania — questão que, segundo Schmitt, sintetiza a própria questão da soberania<sup>353</sup>. "Não se pode afirmar com clareza incontroversa quando não subsista um caso de emergência, nem se pode descrever, do ponto de vista do conteúdo, que coisa possa ocorrer quando realmente se trata do caso extremo de emergência e de sua superação. Tanto o pressuposto quanto o conteúdo da competência são aqui necessariamente ilimitados. Assim, do ponto de vista do Estado de Direito não subsiste nenhuma competência. A constituição pode, no máximo, indicar quem deve agir num caso específico. Se esta ação não é submetida a nenhum controle, se ela não é repartida de qualquer modo, segundo a praxis da Constituição do

<sup>349</sup> SCHMITT, *Teologia Política*, *op.cit.* p.33.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p33.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p33.

<sup>352</sup> Assim como no caso do golpe de Estado de 1964 no Brasil, o poder "revolucionário" invocou princípios constitucionais para fundamentar e "validar" parte dos atos que eram instituídos. Neste sentido ver de LA. Giannotti "Identidade e soberania popular"(mimeo). Vale ainda notar que para Schmitt a própria Constituição pode ser vista como uma das instituições de uma sociedade. Ver Schwab, George. *Carl Schmitt: La sfida dell'eccezione*. Roma, Laterza, 1986, pp.131-32ep.182.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p34.

Estado de Direito, entre diversas instâncias que se controlam e se equilibram alternadamente, então toma-se automaticamente claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre o fato, se subsiste o caso extremo de emergência, quanto sobre o fato de que coisa se deva fazer para superá-lo.

Ele está de fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, todavia, pertence a este, pois que a ele cabe a competência de decidir se a constituição "in toto" pode ser suspensa<sup>354</sup>. Poder-se-ia dizer que a soberania é um fenômeno externo ao ordenamento, às regras do jogo jurídico. Soberanas não são as regras do jogo; soberano é quem estabelece o início do jogo jurídico.

Assim objetivando alcançar a racionalização para nossa realidade jurídica, a partir do pensamento de Carl Schmitt e Hans Kenlsen na visão do Direito Constitucional brasileiro, quem seria o guardião da Constituição Brasileira no atual cenário.

## 1. DOS PROCESSOS DECISÓRIOS JUDICIAIS E OS POLÍTICOS

Importante ressaltar no atual cenário brasileiro a amplitude nas modificações do processo decisório judicial e sua aproximação com o processo decisório político

Os processos decisórios judiciais e os políticos se diferenciam em algumas características, entretanto, “é sempre bom ressaltar que essas diferenças não podem ser levadas ao absoluto, pois o poder judiciário também faz parte dos poderes políticos da república e não há decisões apolíticas dentro do aparato”<sup>355</sup>. Ou seja, em parte, a aproximação do judiciário de temas políticos é, nas palavras de Arguelhes e Ribeiro<sup>356</sup>, simplesmente o sistema funcionando como planejado, permitindo que a política influencie a formação do direito. Pode-se afirmar que o sentido contrário também existe, ou seja, o judiciário influencia a formação da política<sup>357</sup>.

O mundo contemporâneo estabelece relações complexas e interdependentes, e é dessa forma que se apresenta a relação entre os poderes. A questão, que diferentemente da teoria que estabelece a harmonia, nem sempre essa influência de um poder com o outro ocorre de forma harmônica ocasionando eventualmente situações de embaraço e choque entre as entidades.

---

<sup>354</sup> SCHMITT, *Teologia Política*, op.cit. pág. 34.

<sup>355</sup> NAPOLITANO, C. J. Diferença do Processo Decisório do Judiciário e dos Poderes Políticos. *Rev. Jurid. Soc. UNIPAR*, v. 18, n. 1, p. 87-104, jan./jun., 2015, p. 97.

<sup>356</sup> ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. *A indicação política importa nas decisões do STF?* Conjuntura Econômica, Maio, 2014, p. 49.

<sup>357</sup> *Ibid*, p. 49.

Participar do processo político e poder eleger seus representantes é um direito de todo cidadão brasileiro, porém a grande maioria da população não tem noção de como se dá esse processo<sup>358</sup>.

O Brasil é uma República Federativa Presidencialista. Na República o Chefe de Estado é eletivo e temporário (a cada 4 anos há eleições para sua escolha); são federativos porque os Estados gozam de autonomia política. O regime é presidencialista visto que o Chefe de Estado e Chefe de Governo são exercidos pelo presidente. A nossa Federação teve origem em um Estado Unitário que se fragmentou num movimento de dentro pra fora. É a força centrífuga que nos rege.

O poder do Estado é dividido entre Órgãos Políticos distintos, seguimos a Teoria de Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”<sup>359</sup>, que se baseia na máxima de que “só o poder freia o poder”, o mesmo afirmava que para não haver abusos, era necessário, por meios legais, dividir o poder de Estado em:

Executivo (Presidente – faz as Leis funcionarem – pode sancionar ou vetar leis criadas pelo Legislativo – editar Medidas provisórias etc);

Legislativo (Congresso Nacional, que se compõe da Câmara de Deputados e do Senado Federal - cria as Leis e julga as propostas do presidente, também pode derrubar o veto do presidente) e,

Judiciário (Supremo Tribunal Federal – lhe cabe interpretar as Leis e fiscalizar seu cumprimento). É composto de 11 Ministros indicados pelo Presidente e aprovado no Congresso Nacional, portanto a decisão para o cargo é política. Sem a obrigatoriedade de ser ou ter sido juiz ou desembargador.

A fragilidade ou incapacidade dos regimes de representação pode ter sido um fator importante para o crescimento da procura pelo poder judiciário, o qual não pode recusar a jurisdição e precisa entregar uma solução para o conflito. Ministro Luiz Fux – Diálogo das Fontes. As pessoas procuram judiciário por não acreditarem na política.

No Brasil muito pouco é conhecido a respeito do impacto político do funcionamento das cortes judiciais.

Os poderes, como já afirmado, exercem influências mútuas. Assim, ao se estudar esses sistemas, diversas abordagens temáticas para as causas e efeitos dessa relação (poder Judiciário e poder Político) surgem. Algumas dessas temáticas, são:

---

<sup>358</sup> Constituição Federal 1988 – Títulos III e IV – Organização do Estado

<sup>359</sup> MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine; tradução Critiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- i. O processo decisório interno do judiciário – Nesta análise é estudada se há interferência política nas decisões dos magistrados, devido as convicções ideológicas, sobretudo nos casos onde a ascensão deste na carreira ocorreu por via indicação política como ocorre com os ministros do STF e desembargadores oriundos do quinto constitucional.
- ii. A decisão judicial como forma de concretizar políticas públicas.
- iii. A participação de grupos representantes do judiciário e afim na política, ou seja, a força que esses impões para terem seus anseios atendidos pelos demais poderes.
- iv. A interferência das instituições judiciárias em atos típicos dos demais poderes.
- v. A sensibilidade do Judiciário frente a opinião pública.
- vi. Influências do MP no processo de judicialização da política.

Existem muitas discussões sobre a possibilidade de distinção entre processo decisório judicial e processo decisório jurídico política. De forma análoga ao que ocorre nas discussões sobre o Direito e a Moral, as teorias dos círculos também podem ser utilizadas para explicar os diversos posicionamentos sobre a separação entre esses processos. Alguns autores defendem a distinção de forma ortodoxa assim como dois círculos independentes, neste caso as duas formas de decidir seriam totalmente independentes. Outros defendem que “a obrigatoriedade de decidir e os critérios para a decisão judicial são impostos pelo poder político”<sup>360</sup>, assim podendo ser representado esse entendimento pela teoria dos círculos concêntricos onde o círculo mais abrangente corresponderia a política. De forma oposta, há que defenda que “o direito empresta um formato jurídico ao poder político e organiza o funcionamento do poder do Estado”<sup>361</sup>, podendo este caso também representado pela teoria dos círculos concêntricos, mas agora neste caso com o Direito no papel de círculo mais abrangente vinculando as decisões políticos ao menos no que se refere aos formalismos impostos pela lei.

E por último, pode-se entender que esses dois processos de decisórios pela teoria dos círculos secantes onde existem características distintas entre os dois processos, no entanto existe uma faixa de interligação entre esses dois processos decisórios trazendo um sistema híbrido nas suas características pois ao mesmo tempo que esses processos decisórios são

---

<sup>360</sup> NAPOLITANO, C. J. *Diferença do Processo Decisório do Judiciário e dos Poderes Políticos*, p.94.

<sup>361</sup> HABERMAS, J. *Era das Transformações*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

independentes na medidas que os poderes são independentes, esses também apresentam características de interdependência com influências mutuas.

## 2. O “DECISIONISMO JURÍDICO NA CONCEPÇÃO DE CARL SCHMITT

Retomando a expressão sob a rubrica do "decisionismo jurídico" o neologismo criado está definitivamente ligada ao pensamento jurídico de Carl Schmitt. Embora seja possível identificar uma corrente contemporânea também associada com o conceito de decisionismo (especialmente o sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>1</sup>), é certo que o nome de Schmitt é uma referência essencial para a compreensão do significado do decisionismo.

É possível identificar dois momentos da reflexão schmittiana sobre o problema da decisão. O primeiro deles reporta-se à uma obra de juventude do jurista alemão publicada em 1912, *Gesetz und Urteil. Eine-Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Lei e Juízo. Um Exame do Problema da Práxis Jurídica). Uma análise de maneira sistemática a questão da decisão judiciária como elemento da práxis jurídica. E no segundo momento refere-se sobre a teoria da ditadura e da soberania, que são desenvolvidas principalmente em suas obras *Politische Theologie* (Teologia Política), de 1922 e *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição), do mesmo ano. Nestas obra Carl Schmitt define soberania como a decisão no estado de exceção, da qual depende a validade de todo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Schmitt:

Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando"<sup>362</sup>.

Tal concepção, segundo Schmitt, foi inicialmente desenvolvida por Bodin e posteriormente por Hobbes. É este último, todavia, que desenvolve o conceito clássico de decisionismo no século XVII. Para Hobbes, segundo a interpretação schmittiana, "todo o direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todos os ordenamentos são substancialmente decisões do soberano, e soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas exatamente aquele que decide como soberano. O direito é a lei e a lei é o comando que decide sobre controvérsias em torno do direito:"Auctoritas, non veritas facit legem"<sup>363</sup>.

Ao analisar o decisionismo jurídico Schmitt observa que "juridicamente pode-se retrair o fundamento último de tudo que tem validade e valor jurídico *num processo da vontade, numa decisão*. Somente tal decisão está em condição de criar 'direito'. A sua 'força'

<sup>362</sup> SCHMITT, *Teologia Política*, op.cit. p. 261.

<sup>363</sup> *Ibid*, p. 263.

jurídica não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, relativas às próprias decisões. Com efeito, também uma decisão não correspondente a nenhuma regra cria direito. Esta força jurídica de decisões contrárias à regra cria direito. Tal força jurídica de decisões contrárias à norma é própria de cada 'ordenamento jurídico'<sup>364</sup>.

Segundo Schmitt, para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o "direito", isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma "decisão" final, que vem tomada juntamente com o comando. Por tal motivo, o fundamento do direito não é qualquer espécie de razão prática, mas sim uma decisão soberana que instaura, a partir do nada, uma ordem pondo fim ao caos. Daí a proximidade que encontramos entre o decisionismo e o romantismo político, temas aos quais Schmitt dedicou alguns estudos<sup>365</sup>.

## 2.1 Processo Decisório Político

Para a conceituação de Decisão, utilizaremos os apontamentos da obra de Roberts<sup>366</sup>, “Análise de Tomada de Decisão” que assim define:

Embora empregada, às vezes, como sinônimo de análise política, a análise da tomada de decisões distingue-se tanto por sua preocupação com as decisões que, em si, não são normas (por exemplo: com as decisões de votação), ou que fazem parte de um processo de norma de maior alcance, como pela concentração da atenção nos fatores políticos envolvidos na tomada de decisões, ao passo que a análise de normas se preocupa com uma série mais extensa de fatores bem como com processos que precedem e seguem a fase da decisão, em sua tomada; por exemplo: até sua execução. Entre as abordagens de análise da tomada de decisões empregadas figuram: a Teoria dos Jogos, com ênfase sobre a quantificação dos resultados das estratégias de decisão em certos tipos de situação competitiva; as abordagens derivadas da economia, inclusive a ideia de tirar a máxima vantagem das decisões, análise da curva de indiferença e analogias na tomada de decisões de ordem econômica e política; a criação de modelos de decisão e a identificação de variáveis ou fases envolvidas no processo de tomada de decisões, como na obra de Snyder e Lasswell.

Após a conceituação e definição da expressão “decisão”, temos, também, a seguinte necessidade de esclarecimentos no que tange ao princípio de formação básica do país, onde a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 definiu o Brasil como uma “República Federativa”. Constitucionalmente, o Artigo 1º assim descreve o Título I – Dos Princípios Fundamentais:

<sup>364</sup> SCHMITT, *Teologia Política*, op.cit. p. 261.

<sup>365</sup> *Ibid*, p. 67.

<sup>366</sup> ROBERTS, G. K. *Dicionário de Análise Política*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1972, p. 67

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>367</sup>

Portanto, a definição como “Federação” nunca se constituiu uma novidade política e organizacional, aliás de forma tradicional e prática o Brasil já vinha dessa forma de organização política e social desde os tempos do Brasil Colônia e do Império brasileiro, onde mesmo sob o comando direto da Coroa Portuguesa e posteriormente, por Dom Pedro I e Dom Pedro II, e assim nunca houve uma opção pelo modelo de “Confederação”, de maneira oficial, sendo que o exemplo mais próximo de Estados confederados foi o dos Estados Unidos da América do Norte, ou seja, desde a formação dos EUA até o término da Guerra de Secessão, com a vitória do lado do Norte, pró-industrialização, sobre o Sul, do “*plantation*” e do sistema escravocrata e a consequente implantação do Federalismo imposto pelos vencedores do Norte<sup>368</sup>.

Portanto, no caso brasileiro nunca houve uma experiência direta, em nível nacional, de adoção do modelo confederativo.

Entretanto, na prática política e social por diversas vezes temos visto que os discursos apontam para a definição exposta na Constituição Brasileira, e que em momentos de impasses políticos, como os que recentemente ocorreram com o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, grupos radicais, inclusive, postaram vídeos no site do “*You Tube*” mostrando discursos de Maduro e de Evo Morales, da Bolívia, indicando disposição de ambos em invadir o Brasil para provocar uma quebra no processo político de destituição da Presidente da República<sup>369</sup>.

Muitos grupos de brasileiros mostraram simpatia em relação as ideias de Maduro e Evo Morales como se estivessem ou fizessem parte de um “outro” Brasil, ou ainda, como se de fato o Brasil já se configurasse como um país multifacetado oficialmente, ou como se fossemos uma “confederação”, isto é, uma união de “estados soberanos e independentes entre si”.

<sup>367</sup> BRASIL. *Constituição do Brasil*: Da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional, Promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº. 1/92 a 88/2015, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP – Ano 2015 – Brasília-DF.

<sup>368</sup> MULLER NETO, G. *Reflexões sobre o Processo Decisório Político no Brasil*. Tese (Mestrado). Curso de Mestrado em Ciências Políticas. Centro Universitário UniEuro. Brasília, 2016.

<sup>369</sup> YOUTUBE. *Nicolás Maduro ameaça invadir o Brasil se Dilma cair*. Disponível em: <https://youtu.be/s3tyxylre4>. Acesso em: 15 dezembro, 2020.



Para Leite<sup>370</sup>:

[...] o federalismo é um dos fatores que aparecem na literatura que reduziria a eficácia para a tomada de decisão e implementação de políticas públicas no plano federal. Além dos autores citados [anteriormente], Abrucio (1994, 1998), Abrucio e Samuels (1997) e Willis, Garman e Haggard (1999) discutem especificamente o federalismo, a partir da Constituição de 1988, como um fator institucional que gera problemas para a governabilidade. O termo ingovernabilidade tem sido entendido, genericamente, como a dificuldade que o governo federal teria para fazer cumprir sua agenda [a Agenda Política], especialmente a de estabilização monetária, ajustamento do setor público e reformas econômicas de mercado [a isto acrescentamos que as dificuldades ocorreram anteriormente ao êxito do Plano Real e da superação do modelo “desenvolvimentista nacional”, herdado do período militar e do gigantesco processo inflacionário que marcou aquele modelo implantado pelo Regime Militar no Brasil.

No texto de Stepan<sup>371</sup>, encontramos os seguintes parágrafos sobre o sistema federativo e seus modelos estruturais, a saber: “a) Modelo nº 1 – Federação com o caráter de “unir” as unidades da federação; b) Modelo nº 2 – Federação com o caráter de “manter a união” entre todas as unidades da federação”.

Aparentemente poderia não haver grandes diferenças entre os dois modelos, mas com a análise apresentada por Stepan acabamos concluindo que, em comparação com o complexo sistema político-social brasileiro, se trata de dois conceitos muito importantes, e muitas vezes divergentes entre si:

Se queremos progredir em nossos estudos comparativos, temos de analisarmos diferentes modos como funcionam politicamente os sistemas federativos democráticos e não democráticos. Alguns dos mais importantes estudos sobre o federalismo não fazem essa distinção. Por exemplo, em seu famoso artigo, William Harrison Riker (1975) [Federalism, in F. Greenstein e N. W. Polsby (orgs.), *Handbook of Political Science*. Reading/Addison-Wesley, Mass., vol. 5, pp. 93172] inclui o Canadá, os Estados Unidos, a Iugoslávia e a União Soviética como países que atendem ao seu critério de sistemas federativos. Além disso, Riker classifica os Estados Unidos e a Iugoslávia no mesmo subtipo de “federalismo centralizado”. É evidente que ao juntar os Estados Unidos e a Iugoslávia em uma mesma categoria analítica, dissolveram-se as diferenças muito mais fundamentais e importantes que existem nas estruturas de poder e na dinâmica política dessas duas sociedades. Outra importante distinção a fazer é entre as federações cujo propósito inicial é o de “unir” e aquelas cujo objetivo é o de “manter a união”. A ideia de uma federação para “unir” baseia-se evidentemente no modelo dos Estados Unidos [vindo anteriormente da Guerra de Secessão, com um antigo modelo de

<sup>370</sup> LEITE, C. K. S. *Federalismo, Processo Decisório e Ordenamento Fiscal: a criação da Lei da Responsabilidade Fiscal*. IPEA. Brasília, 2011.

<sup>371</sup> STEPAN, A. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do Demos. [Toward a new comparative analysis of democracy and federalismo: demosconstraining and demos-enabling federations]. *Revista dados* vol. 42 n.2 Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581999000200001>. Acesso em: Abr, 2019, p. 1-2.

Confederação]. Em 1787, na Convenção de Filadélfia, unidades até então soberanas firmaram o que William Riker denomina de “pacto federativo” para unir, combinando suas soberanias em uma nova federação que deixou poderes residuais aos estados federados. Um aspecto decisivo do pacto federativo para a soberania dos estados que concordaram em se unir foi o fato de que a construção da nova federação incluiu certas características verticais e horizontais que restringiram o conjunto de cidadãos da pólis na esfera central (constrained the demos at the center). Na opinião de Riker, todas as federações viáveis foram construídas a partir desse pacto. ... Examinemos rapidamente o objetivo de “manter a união” que marcou a formação do federalismo na Índia a fim de mostrar como se diferencia das modalidades de “unir” e “pactuar” associadas à criação de federações nos moldes americanos. Quando o presidente da Comissão de Redação da Constituição indiana, B. R. Ambedkar, submeteu seu projeto de Constituição aos membros da Assembleia Constituinte, deixou bem claro que a Carta Magna visava manter a unidade da Índia. Argumentou que a Constituição indiana se guiava por princípios e mecanismos fundamentalmente diferentes dos que caracterizam a Constituição dos Estados Unidos. Em seu discurso à Assembleia Constituinte, Ambedkar admitiu que a Índia já era uma sociedade distinta, dotada de forte unidade, mas que a federação seria útil para manter tal unidade em um contexto democrático.

Voltando ao segundo item ou 2º modelo de federação, e ampliando a demonstração da expressão “manter a união”, ou seja, um outro modelo de federação, citamos novamente a seguinte parte do texto de Alfred Stepan<sup>372</sup>:

Em um minucioso relato sobre a disposição de espírito dos fundadores da União Indiana, Mohit Bhattacharya assinala que na época em que Ambedkar encaminhou seu projeto à Assembleia Constituinte (novembro de 1948) tanto a partilha entre a Índia e o Paquistão quanto a relutante e eventualmente forçada integração de quase todos os 568 estados principescos já haviam sido realizadas. Portanto, quando Ambedkar apresentou seu projeto de Constituição, no fundo já não existiam as condições de pacto que são um fator essencial na concepção de Riker de um federalismo destinado a “unir”. Interpretando os debates travados na Assembleia Constituinte, Bhattacharya entendeu que a principal intenção dos redatores foi manter a federação unida.

Em se tratando de Brasil, as pessoas que tiveram oportunidades de acompanhar a Constituinte de 1988 em muitas ocasiões puderam presenciar que os dois fatores estiverem na “ordem do dia” das discussões, ou seja, as discussões brasileiras naquele período contemplaram os dois aspectos: 1) O “unir” e 2) “manter a união”, em que pese as grandes diferenças entre o Brasil e a Índia, já que oficialmente nunca tivemos a formação de principados em nosso território, ou seja, de forma direta. Podemos dizer que de alguma maneira os exemplos de Canudos, a Revolta do Contestado e a Revolução Farroupilha puderam indicar muito

---

<sup>372</sup> STEPAN, op. Cit., p. 2.

claramente as tentativas de criar independências nos locais mencionados, mas não haviam sinais de gerar “principados” e sim, povos e “nações” independentes.

Segundo a Constituição Federal em seu Artigo 2º é assim definida a formação da União:

São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Título IV – Da organização dos Poderes:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O sistema político tem regras decisórias que lhe são próprias<sup>373</sup>. Sendo assim, abaixo destacam-se as características referentes ao processo decisório político:

O processo decisório político pauta-se pela discricionariedade<sup>374</sup>. Existe um certo limite formal na tomada de decisão política, pois a lei exige que o processo siga certos ritos para que este tenha legitimidade mas quanto ao seu conteúdo, sua materialidade, o processo decisório político em geral não sofre qualquer limitação, excepcionalmente alguns limites poderão ser impostos pela lei como é o caso das cláusulas pétreas onde seu conteúdo não pode ser objeto de deliberação que vise de alguma forma lhes suprimir ou reduzir, ou ainda podemos citar a cláusula irretroatividade.

O poder político possui virtude ativa pois o agente político não necessita de provocação externa para agir. As forças externas são meras incentivadoras na medida que a comoção popular ou eficiência econômica são critérios para a tomada de decisão política<sup>375</sup>. Em suma na arena política “podem ser tomadas decisões por critérios de conveniência e oportunidade<sup>376</sup>. Sobre a liberdade de atuação nas decisões políticas, um exemplo são que

<sup>373</sup> NAPOLITANO, C. J., 2015, p.91.

<sup>374</sup> Ibid, p.92.

<sup>375</sup> Ibid, p.92.

<sup>376</sup> Ibid, p.92..

“poderes políticos são livres para propor uma lei, e são capazes de decidir quando e como uma nova lei será elaborada e aprovada”.<sup>377</sup>

O processo político também tem maior liberdade com relação ao tempo pois não está obrigado a decidir podendo “adiar e protelar as suas decisões, na espera de melhor oportunidade para a tomada de decisão, o tempo é uma das variáveis da política”<sup>378</sup>

Atos políticos são parciais pois representam interesses e ideologias.<sup>379</sup>

Decisões políticas na democracia são tomadas por assembleias eleitas e estas em geral obedecem a regra da maioria, o que possibilita o uso de barganha e compromissos<sup>380</sup>. Ainda na democracia, a decisão baseia-se no conceito de alternância de poder entre governo e oposição, nas garantias às minorias, na periodicidade do processo eleitoral e principalmente na reversibilidade das decisões<sup>381</sup>. As decisões políticas são controladas pela vontade popular<sup>382</sup> pois prestam conta de suas opções ao eleitorado<sup>383</sup> e essas decisões tem eficácia contra todos, ou seja, repercussão geral e mutável uma vez que são passíveis de revisão.

As decisões políticas em geral não exigem fundamentação e não podem se desviar de sua finalidade que deve ser o bem público.

### 3. PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL

Antes, é preciso, ainda, tecer alguns apontamentos sobre a tradição decisória do Judiciário pátrio. O direito brasileiro, oriundo da tradição do *civil law*<sup>384</sup>, é fortemente

marcado por um ideal legalista, em que a regra de direito é identificada como um comando geral e abstrato. A lei, cuja elaboração é prerrogativa do Legislativo, é a principal fonte do direito, entendida como uma moldura que abarca uma variedade de casos futuros que devem encontrar nela sua solução, através de um método dedutivo.<sup>385</sup> Sua aplicação, neste sentido, depende da atuação imparcial do juiz, representante do Estado, que mais se assemelha a um técnico, operador da máquina burocrática insculpida pelo Legislador.<sup>386</sup> O conteúdo das

<sup>377</sup> Ibid, p.89.

<sup>378</sup> Ibid, p.91.

<sup>379</sup> Ibid, p.92.

<sup>380</sup> NAPOLITANO, C. J. 2015, p. 92.

<sup>381</sup> Ibid, p. 95.

<sup>382</sup> Ibid, p. 95.

<sup>383</sup> Ibid, p. 96.

<sup>384</sup> MERRYMAN, J. PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da civil law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

<sup>385</sup> MELLO, P. P. C. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46-47.

<sup>386</sup> MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, op. cit., p. 66.

decisões judiciais, neste cenário, costuma ser apresentado como um conjunto lógico de argumentos que são decorrência última e necessária do sistema normativo. Os fundamentos decisoriais são expressados de maneira neutra, oficial e através linguagem de autoridade.<sup>387</sup>

Em síntese, a *civil law*, tradicionalmente, não admite que o direito seja criado através de interpretação, mas apenas declarado.

A referida dinâmica orienta o sistema jurídico brasileiro, assim como aqueles que têm por raiz as instituições jurídicas romano-germânicas. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, por regra, baseia sua atuação no emprego de recursos técnicos. No entanto, a observação da Corte revela que aquele órgão não apenas se vale dos recursos tradicionais (interpretação gramatical, histórica, teleológica, sistemática e operação com precedentes), mas também interpreta de forma não legalista, mais aberta e fluida. A partir de meados dos anos 1990, pôde-se notar uma alteração comportamental na Corte, correspondente à assimilação da teoria dos princípios. O reconhecimento da normatividade de valores como a razoabilidade e a proporcionalidade gerou, por conseguinte, maior liberdade interpretativa para o STF, que passou a adotar postura mais ativista.<sup>388</sup>

Observa-se através da consideração de Oliveira<sup>389</sup>, que “o processo de decisão judicial é cercado por segredo e mistério [...]. Os procedimentos são ritualizados, acompanhados de pompa e cerimônia, e são conduzidos numa linguagem largamente ininteligível para os leigos.”

Além disso, o poder judiciário somente toma decisões dentro de um processo judicial, entendido como relação jurídica que envolve o autor-réu-juiz, sendo utilizado pelo Estado para o exercício de sua função jurisdicional, a aplicação e a interpretação do direito. Por ser uma relação jurídica, impõem-se aos seus atores, autor-réu-juiz, direitos e deveres que necessariamente devem ser respeitados<sup>390</sup>.

Esses direitos e deveres estão previstos na Constituição Federal e nos códigos de processo e dizem respeito a algumas regras que devem ser respeitadas pelas pessoas envolvidas

---

<sup>387</sup> TARUFFO, M. *Institutional factors influencing precedents*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, R. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 449.

<sup>388</sup> MELLO, op. cit., p. 35-36. Sobre o assunto, cf. BARROSO, op. Cit., p. 245-350; BARROSO, op. Cit.; BARCELLOS, A. P. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SARMENTO, NETO, op. Cit., p. 192-240 e 418-463.

<sup>389</sup> OLIVEIRA, F. L. *Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003)*. 2006. 249 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006, p. 18.

<sup>390</sup> MARCATO, A. C. *Procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

na relação jurídico processual. São normas “que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários”<sup>391</sup> para a tomada de decisões.

Essa gama de direitos e deveres é denominada de princípio do devido processo legal, que permite “um procedimento justo, fair, onde as partes possam, com igual peso e espaço, apresentar seus argumentos”.<sup>392</sup> Do princípio do processo legal decorrem os princípios da imparcialidade do juiz, da igualdade das partes, da ação ou da inércia, do contraditório, da lealdade processual, da ampla defesa, do impulso oficial e da inafastabilidade da jurisdição.

Esses princípios estão relacionados aos aspectos formais do processo, sem que haja indagações ou formulações de princípios atinentes aos aspectos substantivos. Segundo Souza<sup>393</sup>, nos procedimentos judiciais prevalecem os seus aspectos formais, com uma “predominância da processualística e dos meandros técnicos em detrimento das questões substantivas”.

Pelo princípio da igualdade entende-se que autor e réu devem ser considerados e tratados pelo juiz ou tribunal de forma igual dentro da relação processual, decorrendo dessa característica o princípio do contraditório, que significa que sempre quando houver manifestação de uma das partes no processo, necessária se torna a oitiva da outra parte, sob pena de cerceamento do direito de defesa<sup>394</sup>.

A lealdade processual pressupõe que autor e réu dentro do processo devem seguir o enunciado da lei, não se permitindo, por exemplo, a utilização de provas obtidas por meios ilegais ou de expedientes não previstos na legislação processual.

O princípio da ampla defesa garante aos participantes do processo a utilização de todos os meios e condições, desde que legais, para defender seus interesses que estão em jogo.

A lei também prevê o princípio da inércia do judiciário, que significa que qualquer juiz ou tribunal somente poderá agir a partir do momento que for acionado por um interessado, conforme dispõe o artigo 2º do código de processo civil<sup>395</sup>. A jurisdição é inerte, e somente pode ser exercitada a partir do momento em que for acionada, não podendo haver início e consequentemente decisão de processos de ofício. O judiciário é, portanto, um poder

<sup>391</sup> THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I, p. 42.

<sup>392</sup> VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 229.

<sup>393</sup> SOUZA, M. T. *A reforma do judiciário brasileiro no circuito decisório da Câmara dos Deputados*. Perspectiva, São Paulo, n. 27, p. 69-81, 2005, p. 72-73.

<sup>394</sup> NAPOLITANO, C. J. Diferença do Processo Decisório do Judiciário e dos Poderes Políticos. *Rev. Jurid. Soc. UNIPAR*, v. 18, n. 1, p. 87-104, jan./jun., 2015.

<sup>395</sup> O artigo 2º da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.” (BRASIL, 1973)

“inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer efeito.”<sup>396</sup>

Trata-se, no direito brasileiro, do chamado princípio da ação. Segundo esse princípio, o titular de um direito tem a prerrogativa de ingressar em juízo exigindo uma manifestação jurisdicional para o seu caso específico. O autor da ação é quem decide se inicia ou não o processo, sendo que este será analisado e julgado por um juiz que necessariamente não deve ter interesse e nem relação com o caso que irá decidir. Fala-se, portanto, do princípio da imparcialidade do juiz que pressupõe que nenhum juiz ou tribunal deve decidir um caso por interesse pessoal, devendo decidir a questão da maneira como ela lhe foi apresentada, não sendo permitido, em regra, ao juiz buscar outras fontes de informação a não ser aquelas apresentadas pelas partes.

O princípio da ação tem por finalidade inibir que o juiz que inaugura o processo acabe psicologicamente ligado a ele o que possibilitaria um julgamento favorável, ocasionando certamente ausência de imparcialidade do magistrado. Essa técnica processual difere do chamado processo inquisitivo, no qual, todas as funções dentro do processo ficam a cargo de um único órgão, ou seja, o juiz que inicia o processo produz as provas e julga.<sup>397</sup>

O processo decisório judicial é atividade exercida pelo juiz com a função de fornecer uma resposta de mérito ao conflito que foi submetido à tutela do Estado.

Assim os Estados assumiram para si o poder-dever de, em caráter exclusivo, solucionar os conflitos de interesses. Esse poder-dever é uma das funções do Estado denominada jurisdição. O referido autor conceitua jurisdição como função do Estado, pela qual ele, no intuito de solucionar os conflitos de interesse em caráter coativo, aplicar a lei geral e abstrata aos casos concretos que lhe são submetidos.

Tendo em vista que o processo decisório judicial é a principal atividade da função jurisdicional, as características desta cabem aquela.

---

<sup>396</sup> TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007, p. 231.

<sup>397</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

## CONCLUSÃO

No processo de uma democracia efetiva não faz sentido que o indivíduo tenha uma esfera tão íntima criminalizada pelo Estado e se, diante disso, o Legislativo permanece omissivo, legítima a atuação do STF sob os auspícios da garantia do caráter democrático do Governo.

Todavia, deve-se tomar cuidado, principalmente, com a forma de como se dá a interferência a partir dos atos sob a rubrica do “decisionismo” na melhor concepção Shimitiana, ainda mais quando ela se apresenta embasada na técnica jurídica detida pelo Judiciário.

A sociedade ao que nos parece, tem interpretado que os juízes tendem a dissimular alteração da lei com as decisões proferidas tendo como paradigmas posicionamento advindos dos órgãos jurisdicionais do STJ e STF; talvez imaginando a corte julgadora que suas decisões passam despercebida pela população deixando a sensação que interpretações futuras e mais profundas pelos julgadores possam influir no processo democrático brasileiro.

As fronteiras entre o âmbito de atuação dos poderes são maleáveis, desde que fundadas na real necessidade e adequação neste sentido

A comunicação e coordenação entre os poderes devem orientar e permitir não só um sistema democrático mais eficiente, mas também mais justo e representativo. Embora se reconheça a euforia acerca de votos progressistas as modernas e diversas concepções de Estado, não se pode furtar à honesta análise da possibilidade jurídica quanto ao tipo de atuação do poder Judiciário, atentando, todavia, para que não se converta em um formalismo capaz de minar separação de poderes, democracia e constitucionalismo.

Conclui-se, portanto, que seria prematuro, neste momento, condenar ou suportar integralmente alguma das posições apresentadas neste trabalho. Porém, nos parece mais proveitoso reavaliar de forma constante e com base no desenvolvimento dos casos concretos a partir dos conflitos sociais repercutindo entre os poderes do qual o STF deve desempenhar a sua função precípua, ou seja, de ser o guardião da norma constitucional.

E quanto aos argumentos suscitados e suas consequências para a democracia devemos visar o alcance dos direitos tutelados pela Constituição Federal.

Por fim, deixamos, ainda, aberta esta interrogação a fim de que estudos complementares possam melhor fundamentar a opção por uma das teorias aqui apontadas a partir da obra de Carl Schmitt o Guardião da Constituição e do contra ponto de Hans Kelsen acerca do pensamento shimitiano.



**REFERÊNCIAS**

- ARGUELHES, D. W; RIBEIRO, L. M. *A indicação política importa nas decisões do STF?* Conjuntura Econômica, Maio, 2014.
- BRASIL. *Constituição do Brasil: Da República Federativa do Brasil*. Texto Constitucional, Promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nº. 1/92 a 88/2015, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP – Ano 2015 – Brasília-DF.
- CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- DORES, Camilla Japiassu. *O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen*. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21201/o-guardiao-da-constituicao-segundo-as-concepcoes-de-carl-schmitt-e-hans-kelsen>. Acesso em: 15 dez, 2020.
- HABERMAS, J. *Era das Transformações*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LEITE, C. K. S. *Federalismo, Processo Decisório e Ordenamento Fiscal: a criação da Lei da Responsabilidade Fiscal*. IPEA. Brasília, 2011.
- MARCATO, A. C. *Procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, P. P. C. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,
- MERRYMAN, J. PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da civil law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine; tradução Critiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MULLER NETO, G. *Reflexões sobre o Processo Decisório Político no Brasil*. Tese (Mestrado). Curso de Mestrado em Ciências Políticas. Centro Universitário UniEuro. Brasília, 2016.
- NAPOLITANO, C. J. Diferença do Processo Decisório do Judiciário e dos Poderes Políticos. *Rev. Jurid. Soc. UNIPAR*, v. 18, n. 1, p. 87-104, jan./jun., 2015.

- O artigo 2º da lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.” (BRASIL, 1973)
- OLIVEIRA, F. L. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). 2006. 249 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.
- ROBERTS, G. K. *Dicionário de Análise Política*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1972.
- SCHMITT, Carl. über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad, italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, I tre tipi di pensiero giuridico, in *Le Categorie del "Político"* (Bolonha, Il Mulino, 1972).
- SOUZA, M. T. *A reforma do judiciário brasileiro no circuito decisório da Câmara dos Deputados*. Perspectiva, São Paulo, n. 27, p. 69-81, 2005, p. 72-73.
- STEPAN, A. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do Demos. [*Toward a new comparative analysis of democracy and federalismo: demosconstraining and demos-enabling federations*]. *Revista dados* vol. 42 n.2 Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581999000200001>. Acesso em: Abr, 2019,
- SUMMERS, R. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.
- TARTARUFFO, M. *Institutional factors influencing precedents*. In MacCORMICK, Neil.
- TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2,
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999,
- YOUTUBE. *Nicolás Maduro ameaça invadir o Brasil se Dilma cair*. Disponível em: <https://youtu.be/s3tyxye1re4>. Acesso em: 15 dezembro, 2020.

## A TRIBUTAÇÃO DO TABACO: UMA ABORDAGEM À LUZ DA PERSPECTIVA DE HABERMAS E PUVIANI

*Roney Sandro Freire Corrêa  
Plinio Lacerda Martins  
Marcos Cesar de Souza Lima*

### INTRODUÇÃO

As implicações e repercussões em torno da tributação sobre o setor tabagista são inexoravelmente delineadas não somente sobre o viés econômico, mas perpassam valores morais, sociais, políticos e já se tornaram instrumentos de discussões e embates no tecido estatal, sobretudo quando se analisa a temática em consonância com valores delineados na constituição.

O artigo propõe uma discussão do fenômeno da tributação do tabaco a partir da teoria discursiva e da perspectiva da moralidade encampadas por Jürgen Habermas, e da ilusão fiscal, delineada por Amilcare Puviani empregando, para tanto, o método propósito-dedutivo.

Nesta senda, destaca-se preliminarmente o fato do tabagismo ser responsável por mais de 5 milhões de óbitos diretos e 600 mil mortes passivas por ano (PINTO et al., 2017), ou seja, quase o triplo causado pela COVID-19 em 2020.

Não obstante, os impactos financeiros e os malefícios que recaem sobre a saúde, a assistência médica, além das doenças e afastamentos ocupacionais atribuíveis às enfermidades tabaco-relacionadas, atingem diretamente orçamentos públicos e provocam reflexões quanto ao potencial econômico gerado pelo próprio setor em comparação aos seus malefícios, sobretudo analisando a utilização da extrafiscalidade e da transparência na tributação à partir da perspectiva habermasiana.

Segundo pesquisa elaborada em 2015 pelo Instituto de *Efectividad Clínica y Sanitaria* (IECS) e pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) (PINTO et al., 2017), os custos da assistência médica relacionados ao tabagismo representam para o país uma perda anual de R\$ 56.898.155.567, ou 0,96 % de todo o PIB nacional, comparado com uma arrecadação de R\$ 13 bilhões ao ano (IECS, 2017, P.20).

Desta forma, faz-se relevante identificar como o Estado brasileiro tem-se utilizado da extrafiscalidade como forma de induzimento de condutas, de que forma as questões atinentes ao setor tabagista, no Congresso Nacional, são elementos de distanciamento e alienação dos contribuintes, na discussão e participação do processo de formulação de normas e, por fim, de

que forma a teoria monopolista da ilusão fiscal serve como fiel escudeiro de opacidade aos atores econômicos.

Assim, pretende-se abordar a temática a partir do fenômeno da extrafiscalidade, entendendo suas limitações e compreendendo-a em relação ao setor tabagista. Na sequência, busca-se rediscutir o princípio da moralidade e do alijamento dos contribuintes do processo de participação democrática, sobretudo cotejando-o com os princípios utilitaristas adotados na sua execução. Por fim, apresentar-se-á a teoria da ilusão fiscal sob a perspectiva estatal como agente monopolístico, por meio da influência e indução de ações que minimizam a resistência dos contribuintes, anulando ou mitigando os efeitos pretendidos pela extrafiscalidade.

## **1. A TRIBUTAÇÃO SOBRE O SETOR TABAGISTA: DA ERA DA MORALIDADE CRISTÃ À EXTRAFISCALIDADE**

O sistema fiscal é o retrato de uma sociedade (VASQUES, 1999, p.12). O sociólogo fiscal Rudolf Goldscheid (GOLDSCHIED, 1958, p.202) lecionou sobre a importância de se acompanhar os impostos à luz do contexto social, de modo que a tributação sobre o tabaco pudesse ser analisada em razão do seu momento histórico.

No século XVII, constam que países de cultura anglo-saxônica adotavam um viés moralista, sob os auspícios da igreja católica, que viam na tributação sobre o tabaco um dos temas que tradicionalmente se contrapunham à ética cristã (VASQUES, 1999, p.16).

A tributação no século XVII era exorbitante, incorrendo em proporções estratosféricas sobre o valor final do produto. De acordo com Vasques (1999, p.168), O imposto sobre o tabaco na Inglaterra, em 1685, alcançava o montante de 100% do seu preço original, atingindo 200% no período de 1760-65.

Esta tese do ideário liberal e burguês ofereceu uma tributação justificada por vias alternativas: ou se emplacava a perseguição onerosa sobre o vício, por ser a antítese da sobriedade e da moral, ou se aplicava uma tributação mais branda sobre o que denominava-se consumo de maior virtude. Desde então, a denominação de imposto sobre o pecado (VASQUES, 1999, p.192) era a vestimenta da ética cristã.

Foi a partir do século XX, no âmbito do estado do bem-estar social, que este modelo do puritanismo perdeu força, afastando-se da idéia de moralidade. Diante desta lacuna, surgiu

com ressonância a teoria de Arthur Cecil Pigou, com a idéia de exterioridade ou externalidade dos impostos sobre a economia.

Pigou (PIGOU, 2021 apud VASQUES, 1999), referenciado na obra de Vasquez, pretendeu resolver o problema lançando mão da diferença entre o valor social e o valor privado dos bens, por meio dos impostos corretivos produzidos pelo consumo dos contribuintes, ao passo que a tributação pudesse corrigir ineficiências do próprio mercado.

Diversas críticas surgiram em torno deste modelo, centrado na dificuldade da mensuração do custo da externalidade, da verificação da eficiência econômica em sua correção e na dificuldade do processo político na tomada de decisão a fim de se corrigir as incapacidades (VASQUES, 1999, p.208).

Noutro giro, avançava a base teórica da extrafiscalidade, que foi objeto de estudo de Edward Selligman e Adolph Wagner, referenciada na concepção da dupla finalidade do imposto, enfatizando o caráter político e social, rescindindo e contrapondo a técnica do individualismo e isolacionismo econômico, lastreadas na concepção de Adam Smith (CALIENDO et al, 2018, p.99).

Paulo Caliendo, citando Edwin Seligman, afirma a respeito do grande debate que ocorreu nos países europeus e nos Estados Unidos na década de 1930 (CALIENDO, 2017, p.5):

*Antecipando em muito os debates posteriores observava o autor em seu clássico *Ensaio sobre a Tributação (Essays in Taxation)* sobre a distinção entre o poder de tributar (power to tax) e o poder de polícia (police power), onde afirmava que a distinção das receitas não deveria decorrer de sua função precípua, se arrecadatória (primarily for revenues) ou regulatória (for regulation); mas se almeja benefícios específicos (special benefits) ou gerais (common benefits).*

Segundo Pedro Adamy (ADAMY, 2018, p.105), Wagner combateu o sentido de destinação única e exclusiva do imposto como elemento de financiamento do Estado, em uma ótica unidirecional, centrado apenas no viés econômico, vislumbrando, a partir de então, o desenvolvimento de função redistributiva que atenuasse as desigualdades e assegurasse o caráter indutor de comportamentos. Estes pensamentos consagraram a viabilidade do Princípio Republicano, cuja dependência, justa e adequada participação estatal no sucesso econômico privado, tem um papel preponderante para justificar a intervenção e restauração das desigualdades.

Em consonância com o momento histórico, a política tributária abdicou de sua função meramente fiscal, sob a base da doutrina positivista-fiscalista, passando a investigar uma modelação calcada na indução permissiva de comportamentos na sociedade, em

consonância com pressupostos axiológicos presentes no texto constitucional e em acordos internacionais.

Wagner já “defendia a indução do direito tributário como manifestação do poder estatal” (ADAMY, 2018, apud CALIENDO, 2018, p.106), promovendo a intercessão do pensamento econômico e jurídico, resultando na extrafiscalidade advinda da relação entre o custo social e o custo privado. Isso era determinante para que o poder estatal auferisse a determinação da tributação como um fator de indução de comportamentos.

Esta nova concepção em torno da extrafiscalidade foi objeto de críticas de diversos doutrinadores, que centraram seus estudos apenas nas normas como elementos de um direito tributário puro e reducionista, declinando as finalidades, acepções fundamentais e o caráter extrajurídico dos fenômenos que alcançavam tais normas indutoras.

Nesse sentido, a extrafiscalidade era considerada um instrumento estatal, que intervinha na economia com determinada finalidade, seja de caráter social, político, econômico ou moral, mas sempre alinhada aos preceitos axiológicos presente na constituição, conforme se depreende das lições de Alfredo Augusto Becker (2007, p.629):

Nenhuma das reivindicações pleiteadas hoje sob o título de direitos sociais poderá alcançar seu objetivo sem uma intervenção do Estado na economia.[...] *Ora, o Direito Tributário é justamente o instrumento fundamental do Estado para poder realizar sua intervenção na economia. A utilização do instrumental jurídico-tributário com esta finalidade fez surgir, nos últimos anos, uma nova Ciência: a política fiscal* (grifo do autor).

Essa técnica também racionalizou a discussão da tributação sobre o tabaco, já não mais balizada por razões morais ou com ligações meramente cristãs, mas com alinhamento axiológico aos preceitos normativos e em consonância com organismos internacionais.

Nessa esteira, o país incorporou no seu ordenamento jurídico a Convenção Quadro da Organização Mundial da Saúde para Controle do Tabaco, prevendo que "medidas relacionadas a preços e impostos são meios eficazes e importantes para que diversos segmentos da população, em particular os jovens, reduzam o consumo de tabaco (WHO, 2014, p.5, tradução nossa).

Assim, lastreado na orientação de organismos internacionais, o exercício de se impor uma tributação acentuada sobre o setor se revela uma medida eficaz para ultimar a redução do consumo.

## **2. A TRIBUTAÇÃO DO TABACO E A TEORIA DISCURSIVA EM HABERMAS**

Entretanto, a tributação do tabaco não é uma medida autônoma, isolada e de conteúdo meramente econômico, como supramencionado. A ausência de uma discussão de propostas legiferantes junto a sociedade desidratam o processo de consolidação e de legitimação, sobretudo quando analisados à luz da validade e da moralidade habermasiana.

Habermas menciona que são os princípios de conteúdo moral que conferem racionalidade às leis, legitimando a legalidade e resultando necessariamente na relação entre o direito e a moral (HABERMAS, 1997a, p.218).

O direito complementa a moral pós-tradicional sob três pontos de vista fundamentais. Em primeiro lugar, o sistema jurídico alivia o indivíduo da formação de um juízo moral próprio, posto que, diante de conflitos de ação surge para o indivíduo o problema da aplicação de normas morais. Isso porque,

A moral da razão configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem o seu próprio juízo. [...]. Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo (HABERMAS, 1997b, p.150).

Em segundo lugar, o direito confere eficácia à norma moral, visto que o cumprimento das normas morais depende da força de vontade dos indivíduos que, se reconhecendo como destinatários das normas, devem ser coerentes consigo mesmos, agindo segundo suas intuições morais (HABERMAS, 1997b, p.152).

Assim, nas lições de Habermas (1997b, p.152):

À medida que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoque de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobra de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem imitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências.

O terceiro e último ponto de vista ressalta o problema derivado do caráter universalista da moral da razão, que tem dificuldades em impor obrigações e deveres positivos, demandando realizações específicas do código do direito (HABERMAS, 1997b, p.154).

Portanto, para Habermas, segundo a teoria discursiva, a legitimidade do direito somente pode ser satisfeita através de discursos morais que, por sua vez, apenas realizam-se a partir dos pressupostos comunicacionais da prática de argumentação. Este processo começa com a aplicação do princípio do discurso ao *médium* do direito, fazendo surgir a figura do princípio da democracia que é a força que confere a legitimidade às leis (HABERMAS, 1997a, p.158).

A legitimidade das regras é atribuída ao fato delas nascerem de um processo legislativo racional no qual os cidadãos podem participar, uma vez que são sujeitos detentores de direitos políticos fundamentais.

Percebe-se, portanto, que o isolamento da sociedade na participação do processo democrático de construção de normas atinentes à tributação do tabaco ou na ausência de fóruns adequados que possibilitem um amplo debate em torno do tema, deslocam as discussões e ações para uma moral utilitarista, fundamentada apenas em valores econômicos.

Destacam-se dois casos, a título de exemplo, que ilustram o conteúdo utilitarista nas suas execuções, em completo desprestígio à sociedade no amplo debate e em sua discussão.

O primeiro é inerente à empresa Philip Morris, ocorrido na República Tcheca, cuja decisão se apoiou em monetarizar os valores morais, culminando na equação de precificar o valor da vida e as indenizações, em comparação com o lucro da companhia (SANDEL, 2014, p.56-57):

A companhia de tabaco viu seu mercado ameaçado na República Tcheca, onde possuía ampla atuação, quanto tomou conhecimento que o governo tcheco pensava em aumentar a tributação do tabaco. A companhia encomendou então, uma análise de custo-benefício acerca dos efeitos do consumo de tabaco no país; o resultado: o governo na verdade lucrava com o consumo a quantia líquida de 147 milhões de dólares por ano devido as mortes prematuras dos contribuintes.

Na sequência, em idêntico pressuposto filosófico, destaca-se o projeto de lei complementar nº 04, de 20152, de autoria do Deputado Federal Alessandro Molon, que visava criar uma contribuição de intervenção no domínio econômico para vítimas do tabagismo (BRASIL, 2015).

Neste caso, ainda que tal medida pareça louvável, pois os recursos arrecadados serão destinados exclusivamente aos fundos municipais de saúde e ao financiamento de ações em hospitais das redes públicas de saúde, tal medida traduz um caráter eminentemente paradoxal.



Como explicar uma justificativa como essa, que utiliza o remédio como próprio veneno? É causar um contra senso, o fato do Estado utilizar-se da indução do consumo do tabaco, causador de doenças, em prol do financiamento de ações reparadoras às próprias enfermidades decorrentes desta indução.

Percebe-se que em ambos os casos, as leis não podem ser tratadas como exceção, devendo do mesmo modo provar sua legitimidade no processo de legiferação. Isto só se alcança, segundo Habermas, com a discussão contínua e aprovação da coletividade, na perspectiva da pré compreensão e não na concepção meramente procedimental, que nos casos atinentes às matérias tributárias, não se sustenta apenas pela ótica do ingresso de recursos, mas também de suas destinações.

### **3. A TEORIA DA ILUSÃO FISCAL DE AMILCARE PUVIANI E A TRIBUTAÇÃO SOBRE O TABACO**

Ao perpassar pela análise do estudo da extrafiscalidade e do déficit de discussão e legitimidade de propostas normativas, passo à análise da tributação do tabaco a partir do fenômeno da ilusão fiscal no Estado monopolístico, formulada pelo financista italiano Amilcare Puviani.

O autor partiu da premissa de que o Estado é uma agência formada por um grupo de pessoas que exerce o poder sobre outro grupo, tratando-se de uma concepção política a partir da verificação de uma classe política dominante manifestando as suas escolhas sobre a classe dominada (CALIENDO, 2009, p.31).

Esta imposição preceitua um caráter assimétrico de informações entre os contribuintes-eleitores e seus legisladores, traduzidos no dilema de que a carga tributária suportada pelos dominados seja inferior à realidade ou os benefícios fiscais concedidos a determinados grupos da sociedade sejam não perceptíveis por ampla maioria dominada.

Nesse espectro, a teoria preceitua uma ilusão do contribuinte-eleitor ao identificar, erroneamente, que a carga tributária é inferior à sua realidade ou que há uma racionalidade na aplicação das receitas públicas.

Estas premissas se evidenciam em alguns exemplos envolvendo o setor tabagista, circunscritos nos seguintes pontos que serão aprofundados: o ambiente de alta regressividade, a incongruência da concessão de benefícios fiscais por entes estatais e a baixa arrecadação, diante do custo provocado pelas internações no sistema de saúde, que traduzidos em números, ensejam um déficit de mais de 44 bilhões de reais.

No tocante à regressividade fiscal, a questão que se coloca é de natureza ambivalente, atingindo tanto os consumidores-usuários, quanto os produtores. Em pesquisa elaborada em 2006 no âmbito da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIIPECAFI) (NASCIMENTO, 2011, p.100), constatou-se que, quanto maior o faturamento das empresas, menor é sua carga fiscal:

TABELA 1: Carga fiscal por tamanho de indústria

Faturamento	Quantidade de empresas	Total da carga (em %)
1 a 10 milhões	4	80,61
10 a 50 milhões	3	80,69
50 a 100 milhões	2	73,49
100 a 200 milhões	1	74,24
200 a 500 milhões	3	59,69
500 milhões a 2,5 bilhões	1	59,76
2,5 a 15 bilhões	1	63,44
<b>Total</b>	<b>15</b>	

Fonte: FIIPECAFI - Elaboração do autor a partir de Nascimento (2011, p.100)

Na sequência, coadunando com os estudos de Puviani, infere-se que a ineficiência dos benefícios fiscais provisórios vocacionados ao setor tabagista são nefastos, sobretudo quanto a sua destinação e em cotejo à linha axiológica que se depreende da constituição. É, ao seu turno, o que aduz Betina Grupenmacher (2012, p.13):

Os benefícios e incentivos fiscais devem ser reconhecidos como instrumentos idôneos, sobretudo, quando buscam a redistribuição da carga tributária, o desenvolvimento econômico e social, a promoção do bem estar familiar e a preservação do meio ambiente e de suas riquezas, sendo que no caso brasileiro deveria ter um viés de atender aos destinatários sociais, em regiões de menor desenvolvimento.

Neste caso, portanto, a ilusão fiscal é coletiva, haja vista que a destinação de benefícios são resultantes da transferência de recursos da sociedade, por meio de decisões governamentais centralizadas, direcionadas a pequenos grupos reduzidos e cooptados por *lobbies* estruturalmente organizados.

#### 4. CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível afirmar a relevância de diferentes momentos históricos da tributação sobre o tabaco, que se pautou inicialmente por um viés moralista,

perpassando pela introdução de um imposto com fulcro na correção das externalidades e, finalmente, o Estado, utilizando-se da tributação para estimular ou desestimular comportamentos, com foco no atendimento de objetivos constitucionalmente positivados por meio da extrafiscalidade.

Neste caso, a imposição fiscal representada pela alta tributação do setor tabagista, definida por meio de relevante intervenção do Estado na economia, perfilhou atributos arrecadatórios. Não obstante, esta imposição fez com que o Estado resgatasse o espaço de extrafiscalidade como forma de desestímulo às condutas.

No entanto, diagnosticar o problema não quer dizer que haja soluções triviais. Com efeito, a magnitude do poder de tributar, garante a potestade de influenciar no arbítrio econômico do particular, impondo também ao Estado a obrigatoria, e ao mesmo tempo difícil, tarefa de harmonizar a latente tensão entre a liberdade e a igualdade.

Se por um lado, a graduação da carga tributária pode inibir o consumo e atenuar suas externalidades, de outro, é no acerto dos critérios escolhidos, com a premissa adoção de se consagrar a progressividade, que repousa a funcionalidade do mecanismo de justiça fiscal. Neste caso, ao proporcionar isoladamente um aumento na tributação sobre o tabaco, dissociada de medidas reparadoras, tende-se a incrementar a informalidade e acentuar o contrabando (KIRCHHOF, 2016, p.13).

Países que expandiram a tributação, associados a utilização destes recursos para fins de saúde e campanhas publicitárias educativas, alcançaram substanciais reduções no consumo. Além disso, seus sistemas nacionais de saúde se beneficiaram ao dedicar menos recursos para o tratamento de doenças decorrentes do tabagismo, conseqüentemente, havendo um incremento arrecadatório.

Segundo pesquisa elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), mais de 30 países já optaram por esta tipologia. Destacam-se os exemplos da Tailândia, que aplicou uma sobretaxa de 2% sobre o tabaco, destinado para sua fundação *Thaihealth*, com o propósito de promover o tratamento de diversas enfermidades; e o caso da Costa Rica, que estabeleceu as melhores práticas em sua região, destinando 100% dos recursos arrecadados com a tributação do tabaco (WHO, 2018, p. 214).

No caso brasileiro, à luz da ilusão fiscal, observa-se efeitos corrosivos no tocante a extrafiscalidade, decorrentes da acentuada regressividade, do induzimento indiscriminado de condutas em descompasso com valores estabelecidos na constituição e, por fim, na acentuada

assimetria da política de benefícios fiscais, em completa ruptura com o desenvolvimento econômico e social.

Em conclusão, a participação da sociedade na formulação de regras e na tomada de decisões são determinantes para que se possam alcançar resultados satisfatórios, ao passo que o aumento do déficit de participação no processo democrático deslegitima regras e retarda sua aplicação, implicando na manutenção da opacidade e na potencialização do grau de ilusão fiscal.

## REFERÊNCIAS

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar PLP 04/2015. Institui a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) incidente sobre a fabricação ou a importação de tabaco e seus derivados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945409>. Acesso em: 25 jan. 2021. Texto Original.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CALIENDO, Paulo. *Extrafiscalidade econômica: possibilidades e limites constitucionais*. Revista de Direitos Fundamentais e Tributação, Porto Alegre, v.1, n.1., p.1-42, 2017.
- CALIENDO, Paulo et al. *Leituras Clássicas de Direito Tributário*. In: ADAMY, Pedro. *Adolph Wagner*. Salvador: Jus Podium, 2018.
- DO NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller. *As políticas públicas antitabagistas e os efeitos à competição no mercado brasileiro de cigarro: Uma análise crítica para debate* (dissertação). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011. 164f. (Mestrado em finanças e economia empresarial) Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9404/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Publicada.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- GOLDSCHIED, R. A. *Sociological approach to problems of public finance*. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. (Eds.). *Classics in the theory of public finance*. London: MacMillan, 1958.

- GRUPENMARCHER, Betina Treiger *et al.* *Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo luso-brasileiro*. In: GRUPENMARCHER, Betina Treiger (Org.). *Das Exonerações Tributárias: Incentivos e Benefícios fiscais*. Coimbra: Almedina, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980. [tradução: Vamireh Chacon].
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. [tradução: Flávio Beno Siebeneichler].
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. [tradução: Flávio Beno Siebeneichler]
- INCA. *Estudo elaborado pela Secretaria Executiva da CONICQ/INCA/MS em julho de 2020. Reforma Tributária e a importância do Imposto Seletivo sobre produtos de tabaco para reduzir o tabagismo, doenças e mortes tabaco relacionadas*. Disponível em: [https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//conicq\\_e\\_reforma\\_tributaria\\_parceiros.pdf](https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//conicq_e_reforma_tributaria_parceiros.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.
- KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. [Tradução: Pedro Adamy]
- PINTO, M. et al. *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Documento técnico IECS N° 21. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017. Disponível em: [www.iecs.org.ar/tabaco](http://www.iecs.org.ar/tabaco). Acesso em: 18 dez. 2020
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. [[tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]
- VASQUES, Sérgio. *Os Impostos do Pecado: o Álcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*. Coimbra: Almedina, 1999.
- WHO, World Health Organization. Framework Convention on Tobacco Control. *Guidelines for implementation of Article 6 of the who FCTC*. Price and tax measures to reduce the demand for tobacco. Disponível em: [http://www.who.int/fctc/treaty\\_instruments/Guidelines\\_article\\_6.pdf](http://www.who.int/fctc/treaty_instruments/Guidelines_article_6.pdf). Acesso em: 29 dez. 2020.
- WHO, World Health Organization and the Secretariat of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. *The economic and health benefits of tobacco taxation*. 2015. Disponível em:

<https://www.who.int/tobacco/publications/economics/post2015tobacco/en/>. Acesso em: 28 dez. 2020.

WHO, World Health Organization and the Secretariat of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. *Lessons from the Thai Health Promotion Foundation*. 2018. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/97/3/18-220277.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 dez. 2020.

## A TEORIA DA ESCADA COERENTE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Vinícius Gomes Leal <sup>398</sup>

*“A fé sobe pelas escadas, que o amor construiu  
e olha pelas janelas, que a esperança abriu”.*  
Charles H. Spurgeon

### INTRODUÇÃO

A teoria da escada coerente, no direito do consumidor brasileiro, consiste em apresentar, um ponto de vista, da atual necessidade de mitigar a judicialização de conflitos, com vistas à pacificação social de contorno célere. Deste modo, o que se aspira são metas factíveis, por meio da efetividade jurídica, assim, evitando o desgaste próprio de pretensões resistidas e o total esgotamento da via extrajudicial, na busca de solução amistosa do conflito, de tal forma, que a porta do Judiciário ficaria como o último degrau para a almejada paz social, através da prestação da tutela jurisdicional.

A nova ordem processual civilista, em consonância com a nossa Lei Mãe de 1988, determina a busca da mediação, a todo tempo, bem como a solução consensual e a transação.

Quando interpretamos a norma adjetiva, sistematicamente, observamos que o espírito do legislador foi trazer bom senso em qualquer fase do processo civil brasileiro.

Ele busca na verdade a pacificação social, a todo tempo, pois, já está mais do que comprovado que o conflito é uma espécie de erva daninha, porque traz consequências reflexas em diversas áreas na vida do ser humano. Diante disso, é que se torna fundamental investir nessa bandeira da via extrajudicial.

### 1. FUNDAMENTAÇÃO TELEOLÓGICA À TEORIA

Na prática, dia a dia, às vezes, ou melhor, várias vezes, observa-se uma postura na contramão dessa ideia, visto que algumas empresas concessionárias de serviços públicos, v. g., são mais resistentes na seara administrativa interna, bem como nos Órgãos ou Entidades Administrativas de Defesa do Consumidor, pois questões recorrentes e inclusive pacificadas no

---

<sup>398</sup>O autor é advogado com especialização em direito civil, processual civil e empresarial pela FESUDEPERJ / UVA, ex-tutor da Escola Nacional de Defesa do Consumidor / SENACON e assessor jurídico da CODECON / ALERJ.

Judiciário, através de súmulas jurisprudenciais, ainda esbarram na morosidade da burocracia institucional, quiçá intencional.

É triste notar isso, mas a impressão que se dá, é a técnica de lesar no atacado, para perder no varejo. No conjunto do eixo, entre esses dois extremos, ficam inúmeros consumidores reféns de um sistema dogmático, onde a efetividade jurídica é colocada de lado, em prol talvez da conveniência, diga-se de passagem.

Indubitavelmente, que o intuito aqui não é ignorar a ciência econômica em detrimento da ciência do direito, mas ponderar princípios na relação jurídica de consumo.

A título de exemplo podemos citar a professora Vera Rita de Mello Ferreira<sup>399</sup>, que destacou o seguinte no seu livro: “Decisões Econômicas: você já parou para pensar?”:

(...) é na falta de informação que floresce a possibilidade de equivocarse!”  
(...) há pouco tempo, num banco, ouvi a seguinte explicação de uma gerente a uma cliente idosa que lhe perguntava se deveria usar cartão de crédito e se teria encargos a pagar caso o fizesse: ‘Não, a senhora pode usar à vontade; não tem nenhuma taxa, não; é vantagem porque o banco dá 30 dias para pagar a fatura’. Quando a senhora insistiu, se de fato não pagaria nada por isso, a gerente explicou que os juros eram de 12%(!) ao mês em caso de atraso, mas nenhuma palavra foi dita sobre a anuidade do cartão, por exemplo, embora a cliente provavelmente, estivesse tentando perguntar isso. Como não utilizou o termo exato, a funcionária também não encompridou o assunto (...).

De certa forma, a informação rápida está atualmente mais democratizada, no início da terceira década do século XXI, a internet, as mídias sociais, bem como o aparato tecnológico contribuiu de forma vertiginosa para essa nova conjectura digital, ainda mais em época de pandemia, onde tivemos que nos reinventarmos.

O contraponto ficaria registrado na quantidade significativa da população brasileira que está à margem do acesso à internet e aos meios digitais, seja por ordem econômica, social, temporal ou choque cultural.

O professor Paulo Bonavides leciona que o direito do consumidor está elencado no rol de direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, assim, surfando na praia da solidariedade e fraternidade, do mesmo modo, albergando aos zelos de titularidade coletiva e difusa, *in verbis*:

---

<sup>399</sup>FERREIRA, Vera Rita de Mello. Decisões econômicas: você já parou para pensar? 2ª Edição, São Paulo: Editora Évora, 2011, p. 116-117.



Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.<sup>400</sup>

Além disso, calha dizer o inchaço dos Juizados Especiais Cíveis, Brasil afora, gerando um custo desnecessário aos Tribunais de Justiça, pois o gasto de um processo não é barato, vez que a máquina judiciária é complexa. Daí nasce à necessidade de medidas mais céleres para a concretização do direito.

O Conselho da Justiça Federal através do Centro de Estudos Judiciários aprovou o seguinte enunciado na I Jornada de Direito Processual Civil<sup>401</sup>:

ENUNCIADO 25 – As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa on-line, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

No âmbito da legislação alienígena, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e as Comissões emitem há cerca de bastante tempo sugestões que incentivam a desjudicialização. Assim, exemplificando, cabe citar a Diretiva Europeia<sup>402</sup> de 21 de maio de 2013, que dispõe sobre a resolução extrajudicial de litígios de consumo.

Quanto à instrumentalização dessa nova teoria designada como escada coerente, assenta destacar que, seria um direito potestativo do consumidor, diante do caso concreto, ele certamente poderia desfrutar de sua faculdade, em subir degrau por degrau, ou, pular alguns degraus.

<sup>400</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563-569.

<sup>401</sup>JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. *Centro de Estudos Judiciários: I Jornada de Direito Processual Civil*, Enunciados Aprovados, Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>402</sup> Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=EN>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Entretanto, o consumidor pelo menos deveria gerar um protocolo junto ao fornecedor, p.ex., em virtude do prazo decadencial do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, nos termos de seu artigo 26.

A subida dos degraus, por exemplo, poderia ser feita através de canais digitais, como telefones, sites, aplicativos, chats e plataformas governamentais:

CODECON/ALERJ - <http://www2.alerj.rj.gov.br/cdc/CadastroReclamacao.aspx>;

PROCON/RJ - <http://www.procononline.rj.gov.br/>;

SENACON - <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1617114695091>.

Incontestavelmente, a pandemia acelerou a necessidade de transformação do acesso à justiça, de tal maneira que, a matriz tecnológica se apresenta como ferramenta extrajudicial hábil para soluções céleres de conflitos, sobre as diversas relações jurídicas de consumo. Aliás, convém grifar a necessidade urgente da aprovação do PL nº 3.515/2015 sobre a questão pontual e cirúrgica do superendividamento, apesar, das mais de duzentas normas entre leis e decretos aprovados e/ou cancelados durante a pandemia da Covid-19.

De acordo com a jurista Claudia Lima Marques<sup>403</sup>: “66,6% das famílias endividadas, 25% não pagam as dívidas, assim acarretando, aproximadamente, 30 a 42 milhões de brasileiros endividados. Deste modo é fundamental a obrigação de fazer um ‘plano de pagamento’, preservar o mínimo existencial, através da recuperação extrajudicial”. Destarte, importante é renegociar, prevenir, conciliar e incluir<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup>MARQUES, Claudia Lima. Palestra: Atualização do Código de Defesa do Consumidor e a Covid. Aula inaugural da disciplina do curso de doutorado em direito, instituições e negócios – PPGDIN da UFF – Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<https://meet.google.com/qas-egcn-ujo>>, às 10h, acesso em: 11 mar. 2021.

<sup>404</sup>Assim como empresas, famílias também vão à falência. A economia precisa das empresas, que podem se recuperar, mas os consumidores não têm essa chance. O Projeto de Lei nº 3.515/2015 muda isso. Cria mecanismos para que dívidas não acabem com vidas. Para que consumir não seja uma dor. O projeto está na Câmara dos Deputados para ser votado. E depende de nosso apoio para ser aprovado. Renegociar. Prevenir. Conciliar. Incluir. Economia é feita de consumidores. Se a fonte econômica está nas pessoas, fortalecê-las é condição para salvar a economia do país. #aprovaPL3515. Disponível em: <<https://www.brasilcon.org/>>. Acesso em: 31 mar. 2021. A pandemia do novo coronavírus afetou diretamente a economia brasileira, mas a recuperação dela passa diretamente pela aprovação do PL nº 3.515/15, que trata do superendividamento. A pandemia deve aumentar o número de superendividados dos atuais 30 milhões de brasileiros para 42 milhões, segundo projeções de economistas. Com a aprovação do projeto de lei é possível que as famílias refaçam o planejamento das dívidas e voltem a movimentar a economia com a previsão de injeção cerca de R\$ 555,5 bilhões – 7,6% do PIB brasileiro. Mas como isso será feito? Aumentando a liquidez das famílias através da recuperação do poder de compra com base na reestruturação das dívidas e na preservação do mínimo existencial de 65% da renda estabelecido em critérios de conciliação proposto pelo projeto. Permitindo o acesso à repactuação das dívidas em atraso e a vencer dos consumidores impactados pela Covid-19 e garantir que a conciliação pretendida não procura o perdão das dívidas, mas sim, postergar aquelas de maior valor no tempo. A conciliação se dará no campo privado, entre os consumidores e seus credores, sob o manto da Justiça, não tendo qualquer efeito sobre o gasto público e nem sobre a dívida pública do governo federal. Contribuindo para a recuperação do crédito das famílias de baixa renda com maior endividamento nas linhas de crédito rotativas (cheque especial e cartão de crédito) com taxas de juros mais elevadas e que concentram a inadimplência. Os impactos do PL nº 3.515/15 na economia. Em 2019, no Brasil, 92,5 milhões de pessoas estavam ocupadas com uma renda média mensal de R\$ 2.308,00 segundo a Pesquisa Nacional por Amostra

Debaixo dessa análise, convém destacar a enquete <sup>405</sup>abaixo feita pela Câmara dos Deputados, no seu sítio eletrônico, desde 17/04/2018, como resultado parcial sobre a aceitação do PL nº 3.515/2015:

<b>Opção</b>	<b>Participações</b>	<b>Percentual</b>
Concordo Totalmente	429	91%
Concordo na maior parte	32	7%
Estou indeciso	1	0%
Discordo na maior parte	3	1%
Discordo Totalmente	7	1%

Sob a mesma linha de raciocínio, o professor Plínio Lacerda <sup>406</sup>citando o Des. Cláudio Vianna Lima, o idealizador da EMERJ: “A jurisdição é o monopólio Estatal, mas a justiça não”. “Significa dizer que os outros meios chamados alternativos de composição de conflitos e um deles é a mediação, são importantes no dia a dia da seara consumerista”. O próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor sugere no artigo 26, §2º, incisos I e III, sugestões alternativas extrajudiciais, no sentido de evitar a Justiça, obstando assim o prazo decadencial.

O Serviço de Atendimento ao Consumidor junto às empresas seria o primeiro degrau, a Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ / Ouvidoria outro, as Agências Reguladoras e Fiscalizadoras Setoriais também seria outro degrau, bem como o Procon, deste modo, caso seja necessário, o Judiciário seria o último degrau para se pleitear o direito, através da consagrada prestação da tutela jurisdicional do Estado-Juiz.

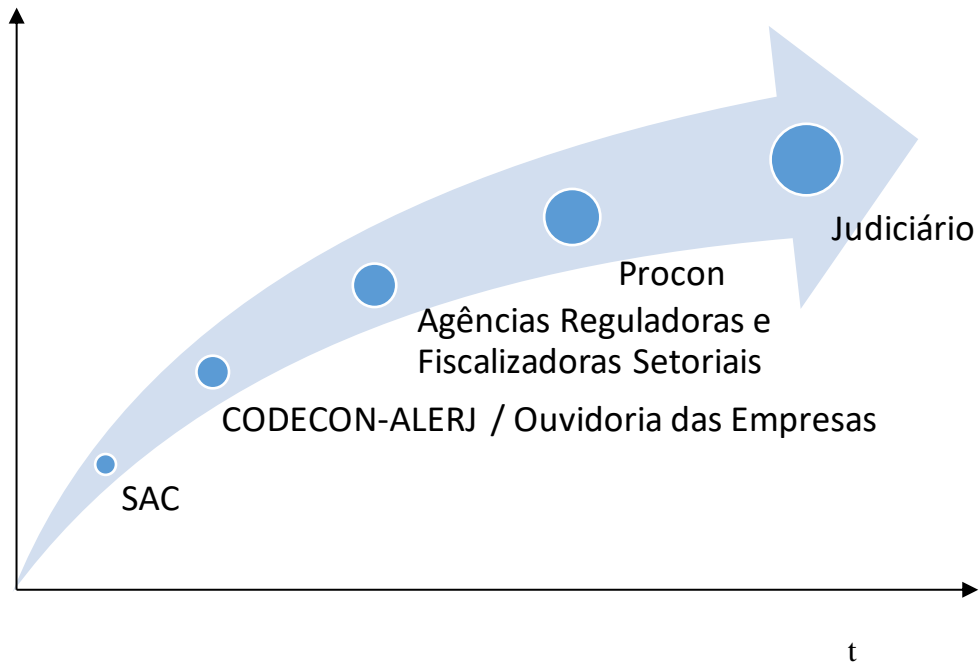
O gráfico da teoria da escada coerente seria o seguinte:

---

de Domicílios (PNAD Contínua) do IBGE – totalizando um montante de renda recebido pelas famílias de R\$ 213,49 bilhões mensais e de R\$ 2,7753 trilhões ao ano. A participação da renda média das famílias endividadas nesse montante era de R\$ 1,850 trilhão, equivalente a 66,6% do total. A proposta de conciliação do PL nº 3.515/15, o limite de 35% da renda ficará comprometido com todas as dívidas, liberando os outros 65% para sobrevivência das famílias. Com essa medida, um recurso potencial de R\$ 555 bilhões será gerado para reaquecer a economia ainda em 2020. O consumo das famílias é o motor da economia. Uma melhor gestão do crédito permite resgatar o poder de compra das famílias e empresas, aumentar a liquidez no mercado e reativar a economia com aumento da produção, geração de empregos e arrecadação tributária para o Governo. Disponível em: <<https://www.brasilcon.org/assinantes-manifesto>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>405</sup>Enquete sobre o PL nº 3.515/2015 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://forms.camara.leg.br/ex/enquetes/2052490/resultado>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>406</sup>MARTINS, Plínio Lacerda. *O mercado da advocacia consumerista*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XMHQPCQSIGs>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



Assim sendo, perquirindo o plano cartesiano<sup>407</sup>, nota-se, quanto mais tempo o consumidor gasta para resolver o seu problema, diretamente proporcional, aumenta o seu desgaste na demanda. A nosso ver, isso, deveria ser valorizado no campo do direito extrapatrimonial, já que a parte mais vulnerável da relação jurídica de consumo teve uma perda, no mínimo, do tempo vital, de tal sorte, ultrapassando a celeuma do mero aborrecimento.

Diante disso, facultativamente, o consumidor poderia escalar os degraus dessa escada coerente, mas, de outro norte, seria fundamental uma nova postura pró-ativa do fornecedor com empenho concreto e célere em resolver o conflito de interesses.

O CNJ <sup>408</sup>também vem discutindo sobre a questão da desjudicialização: “Os tribunais de todo o país estão elaborando e debatendo os planos de ação para promover soluções extrajudiciais mais ágeis. A prevenção e a desjudicialização de litígios, tendo como diretriz estratégica a incorporação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), é uma das metas do Poder Judiciário brasileiro”.

O legislador constituinte originário, na nossa última Carta Política de 1988, estabeleceu como um direito fundamental a defesa do consumidor, ademais, elencou o direito

<sup>407</sup>O método cartesiano da sua obra *Discurso do método*, podemos destacar quatro regras básicas, consideradas por René Descartes capazes de conduzir o espírito na busca de verdade: i. Regra da evidência, ii. regra da análise, iii. regra da síntese e iv. regra da enumeração. COTRIM, Gilberto e FERNANDES, Mirna. *Filosofia Conecte: caderno de revisão*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.118-119.

<sup>408</sup>CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Planos de ação vão fomentar a desjudicialização nos tribunais*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/planos-de-acao-vaio-fomentar-a-desjudicializacao-nos-tribunais/>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

do consumidor como axioma da ordem econômica e financeira, à luz do art.5º, inciso XXXII, e, art.170, inciso V, ambos da CRFB/88.

O Congresso Nacional por meio da Lei Federal nº 8.078/90 viabilizou a defesa do consumidor no Brasil de forma mais abrangente devido à sua característica principiológica e microssistêmica.

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, à saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos alguns princípios, dentre os quais, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, nos termos do artigo 4º do CPDC.

Outrossim, o artigo 51 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor dispõe sobre as cláusulas abusivas, entre outras, o que significa dizer que há mais disposição contratual espalhada pelos contratos de consumo que estão em choque com o Estatuto do Consumidor e legislação conexa.

Semelhantemente, com a teoria da perda do tempo útil ou livre<sup>409</sup>, o novel instituto da “**escada coerente nas relações de consumo**” traz características parecidas e marcantes, uma vez que se nota também a perda de um tempo substancial para resolver certa questão que envolva um produto ou serviço, por meio da existência de uma relação de consumo.

---

<sup>409</sup>Na atual sociedade em que vivemos, muitas situações nos trazem desconforto, constrangimento, bem como a perda de nosso tempo útil ou livre. Podemos citar como exemplo as longas esperas nos Sistemas de Atendimento ao Consumidor, o deslocamento de nossa casa para o estabelecimento dos fornecedores na busca de sanar problemas reiterados, as famosas filas de banco etc. É fato que muitos fornecedores tratam seus clientes (consumidores) com desídia, desatenção ou até mesmo despreocupação. O fornecedor tem o dever de prestar o seu serviço ou produto com a devida segurança e isento de vícios, pois na falta dessas observações fica claro o descumprimento da lealdade, cooperação e zelo, o que comprova a violação do princípio da boa-fé objetiva, causando a chamada violação positiva do contrato ou *adimplementum* ruim. Muitas vezes o consumidor, para fazer valer o seu direito, tem que ingressar na desgastante via judicial, o que faz com que aquela falta de segurança, o desprezo e a desídia por parte do fornecedor gerem danos de natureza moral e material pela perda do tempo livre. Vejamos o julgado do STJ, REsp 324.629-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 10/12/2002. SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. Revista Direito ao Ponto. Vassouras-RJ: 2008, Ano 1, Número 3, p.11.

Porquanto, o consumidor, facultativamente, poderia passar por uma “*via crucis*” extrajudicial até chegar ao Judiciário, assim esgotando toda a capacidade de composição, transação e conciliação com a outra parte. O que certamente geraria dano extrapatrimonial *in re ipsa*, vez que os direitos periféricos da boa-fé objetiva estariam violados, assim bastando somente demonstrar a morosidade na busca do direito violado.

Leciona a professora Claudia Lima Marques <sup>410</sup>sobre o princípio da boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Por outro lado, a intenção não é suprimir direitos, vez que a nossa Carta Magna de 1988, disciplina como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXV, bem como no CPC/2015, o entendimento que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, nos termos do artigo 3º, Caput. De tal modo, que a teoria da escada coerente seria um direito potestativo do consumidor, assim, exercendo a cidadania através de sua faculdade, ora com a intenção de resolver o seu problema no âmbito extrajudicial, bem como de forma célere junto ao fornecedor.

Não obstante, insta mencionar que o parágrafo segundo, do referido artigo 3º do Código de Processo Civil Brasileiro, menciona que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Debaixo da mesma linha de raciocínio, o legislador ratificou tal ponto de vista, alargando a sua tendência, ou seja, por meio de uma simples leitura do parágrafo terceiro, do artigo 3º do CPC/2015, aduz-se 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.

Diante disso, fica cristalino o espírito de cooperação das partes entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, no âmbito do processo civil brasileiro.

---

<sup>410</sup>MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2002, p. 181-182.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário não estaria sendo violado. Pelo contrário, seria valorizado, em virtude da passagem pela via extrajudicial, onde a meta seria a resolução do problema de forma mais rápida possível, a todo tempo, buscando a conciliação, sem precisar sair do primeiro degrau da teoria da escada coerente, mas caso necessite subir ou pular os degraus, o consumidor teria esse direito potestativo, assim sendo, uma faculdade da parte mais vulnerável na relação de consumo. Porquanto, o pretório excelso STF <sup>411</sup>já decidiu no seguinte sentido:

Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. [RE 549.238 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5-5-2009, 1ª T, DJE de 5-6-2009.]  
= RE 549.055 AgR, rel. min. Ayres Britto, j. 5-10-2010, 2ª T, DJE de 10-12-2010

Ademais, convém enfatizar a questão subsidiária e supletiva das normas adjetivas, quando da ausência de norma, assim, cabe destacar que as disposições do CPC/2015 poderão ser aplicadas, nos termos do artigo 15, bem como através do instituto diálogo das fontes<sup>412</sup>, inclusive, como regra geral, observamos que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Quando analisamos o microsistema jurídico do consumidor, o prazo decadencial da lei especial, para reclamar sobre os vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis, e, noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. Assim, inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Em seguimento, obsta a decadência, por exemplo, a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa

<sup>411</sup>A Constituição e o Supremo. *Pesquisa por artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: dia 20 mar. 2021.

<sup>412</sup>Sobre a relação do CDC com o NCC, Claudia Lima Marques propõe um verdadeiro “diálogo de fontes” entre os dois sistemas, aduzindo que “não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, e se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será essa lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art.7º do CDC), mas sim dialogarão a procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco”. Como exemplo, a autora cita os novos prazos prescricionais e decadenciais do NCC que, quando mais favoráveis ao consumidor, deverão ser utilizados. O diálogo de fontes é, portanto, a conexão intersistemática existente entre o CDC e outros diplomas legais, mais especificamente o Código Civil de 2002, em decorrência da forte aproximação principiológica entre ambos, buscando ampliar os benefícios e amparar melhor o consumidor. GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*, 3ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2007, p.47.

correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; nos termos do artigo 26 <sup>413</sup>do CPDC, por isso, se torna importante a teoria da escada coerente, pois, o consumidor poderá gerar um protocolo de atendimento ou mais junto ao fornecedor, assim subindo pelo menos um degrau da referida escada.

Por isso, torna-se interessante os degraus da teoria da escada coerente, na busca da solução célere do conflito, no âmbito extrajudicial, assim desafogando o Poder Judiciário e valorizando as empresas com excelência no mercado, bem como, os Órgãos e Entidades da Administração Pública.

A teoria da perda do tempo útil <sup>414</sup>é uma realidade na jurisprudência, inclusive, nota-se, também um diálogo preliminar entre consumidor e fornecedor para sanar as questões de relação de consumo. Desse modo, cabe destacar os diversos protocolos gerados pelo consumidor com relação ao vício no produto, a título de exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS, COM A CONDENAÇÃO DA EMPRESA RÉ NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS NA QUANTIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). VÍCIO DO PRODUTO INCONTROVERSO, PELO QUAL RESPONDEM SOLIDARIAMENTE, OS FORNECEDORES DE PRODUTOS DE CONSUMO DURÁVEIS OU NÃO DURÁVEIS, NOS TERMOS DO ARTIGO 18, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL QUE INDEPENDE DE CULPA. DIREITO DA AUTORA, ORA RECORRIDA, NOS TERMOS DO § 1º, DO ARTIGO 18, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DE

<sup>413</sup>Artigo 26, §2º do CDC. Obstat a decadência: I. a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II.(Vetado)\*. III. a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.\*O texto vetado dispunha: “II.a reclamação formalizada perante os órgãos ou entidades com atribuições de defesa do consumidor, pelo prazo de noventa dias;” Razões do veto (Mensagem 664/1990): “O dispositivo ameaça a estabilidade das relações jurídicas, pois atribui à entidade privada função reservada, por sua própria natureza, aos agentes públicos (e.g. CC, art.172 e CPC, art.219, §1º).” MARTINS, Plínio Lacerda. CDC: Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/1990 / [org.] Plínio Lacerda Martins, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p.37.

<sup>414</sup>Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejados, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. No Brasil, a expectativa de vida ao nascer no ano de 2015 era de 75,5 anos. Significa dizer que o maior, o mais valioso e o verdadeiro capital de toda pessoa, que por meio de escolhas livres e voluntárias pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, são esses 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida do brasileiro. Por tudo isso está equivocada a jurisprudência que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento”, e não um dano extrapatrimonial ressarcível. DESSAUNE, Marcos. Resumo sistematizado e conclusão da teoria do desvio produtivo do consumidor. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. Disponível em: <<https://revistadireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1203/1133>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



PRETENDER A SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO POR OUTRO DA MESMA ESPÉCIE, EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO. NÃO OBSTANTE OS DIVERSOS PROTOCOLOS DE RECLAMAÇÃO, BEM COMO A CONTRATAÇÃO DE GARANTIA ESTENDIDA NO ATO DA COMPRA, A EMPRESA RÉ, ORA RECORRENTE, NÃO PROVIDENCIOU ASSISTÊNCIA TÉCNICA PARA O FOGÃO ADQUIRIDO PELA AUTORA, TENDO SE LIMITADO A ENVIAR UM TÉCNICO NA RESIDÊNCIA DA CONSUMIDORA, O QUAL IDENTIFICOU OS DEFEITOS, TODAVIA, NÃO MAIS RETORNOU. EMPRESA ORA RECORRENTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS QUE LHE CABIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 373, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSUMIDORA, ORA RECORRIDA, QUE TEVE SUAS EXPECTATIVAS FRUSTRADAS. VÍCIO QUE NÃO FOI SANADO NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, IMPONDO O ÔNUS DE AJUIZAR À PRESENTE DEMANDA PARA VER ATENDIDO UM DIREITO GARANTIDO PELA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR PELA JURISPRUDÊNCIA DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO *IN RE IPSA*. VERBA REPARATÓRIA A TÍTULO DE DANO MORAL FIXADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO NA QUANTIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS), EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, QUE MERECE SER MANTIDA EM SEDE RECURSAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº343 DESTA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA TAL COMO PROFERIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Rel. Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 21/01/2020 - OITAVA CÂMARA CÍVEL do TJ/RJ. Apelação nº 0138506-51.2011.8.19.0038). (Grifos nossos).

A pergunta que se faz é o porquê da proteção dos problemas circunstanciais e inerentes da relação de consumo? O Código de Proteção e Defesa do Consumidor vigora em nosso país há cerca de trinta anos.

No âmbito internacional, notório e impactante foi o discurso de John Kennedy<sup>415</sup>, perante o Congresso dos EUA em 1962, quando ele declarou o direito do consumidor como um direito fundamental.

---

<sup>415</sup>No cenário internacional, foi reconhecida a necessidade de proteção desses sujeitos – os consumidores – a exemplo da declaração do presidente norte-americano John Kennedy, em 15 de março de 1962, que perante o Congresso daquele país enunciou a existência de direitos fundamentais do consumidor. Posteriormente, esta data do ano foi consagrada como Dia Internacional do Consumidor. Adiante, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 16 de abril de 1985, editou a Resolução nº 39/248 fixando regras gerais a serem adotadas e observadas por todos seus países membros, reconhecendo que o consumidor é um sujeito vulnerável (frágil) no mercado em termos econômicos, de informação e quanto ao seu poder de negociação, merecendo, então, um tratamento especial. WADA, Ricardo Morishita, BESSA, Leonardo Roscoe e FAIAD, Walter José. Escola Nacional de Defesa do Consumidor: Manual do Direito do Consumidor. 3ª Edição. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p.17-18.

Um fato interessante é que na sua gênese a Lei Federal nº 8.078/90 defende o equilíbrio das forças atuantes no mercado de consumo. Os *players* estão definidos, ou seja, o fornecedor visa o lucro de seu negócio, mas dentro de uma ótica sustentável e social.

O consumidor por sua vez espera que o seu produto e/ou serviço adquirido não decepcione a sua expectativa.

Decisivamente, o mercado não existiria sem esses *players*, o consumidor está cada vez mais exigente, assim como o mercado muda na velocidade da luz, haja vista o período pandêmico, que as empresas tiveram que se reformular, pois a dinâmica anterior, agora, se mostrou inviável.

Daí surge à necessidade do diálogo mais franco e direto. O SAC foi uma tentativa, assim como as Ouvidorias, bem como os Órgãos e Entidades Administrativas do Poder Público também são instrumentos capazes de evitar a judicialização de conflitos.

Segundo, o sociólogo Zygmunt Bauman<sup>416</sup>, vivemos numa sociedade líquida, ou seja, volátil de constante modificação na pós-modernidade. O mercado é sem dúvida alguma o ponto mais sensível dessa afirmação sociológica, ademais o direito está sempre um passo atrás das mudanças.

Desse modo, no âmbito da microeconomia e no estudo de suas variáveis, nota-se, por exemplo, a lei da oferta versus demanda. Onde, há oscilação de preço, em virtude da escassez e/ou aumento de procura de determinado produto/serviço.

Notável é a lição do professor Bruno Miragem<sup>417</sup> sobre a pandemia e os preços de produto e serviços:

A formação de preços de mercado, para produtos e serviços, submete-se à racionalidade expressa pela conhecida lei econômica da relação entre oferta e demanda. Com o devido cuidado, entretanto, para assegurar a intervenção constitucionalmente definida para a proteção do consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V, da Constituição), e da livre concorrência (artigos 170, IV, e 173 da Constituição).

Uma das repercussões da instabilidade social causada pela pandemia do coronavírus pode ser a elevação de preços de produtos em razão do aumento da demanda. O Código de Defesa do Consumidor relaciona entre as práticas abusivas, vedadas ao fornecedor, a elevação sem justa causa de

---

<sup>416</sup>“O ‘derretimento dos sólidos’, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi à dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo nesse momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.12.

<sup>417</sup>MIRAGEM, Bruno. A pandemia e os preços de produtos e serviços. GENJURÍDICO, 27 março 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

preços (art. 39, X), regra cuja origem tem sede nas normas de proteção à livre concorrência. Todavia, não se confunde com a de aumento arbitrário de lucros previsto na legislação concorrencial, nem pressupõe a existência de abuso de posição dominante.

Conforme sustenta a doutrina “em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação gera uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa”. Em um regime de livre-iniciativa, contudo, a ausência de controle direto de preços não permite que se impeça o fornecedor de readequar os preços de seus produtos e serviços, inclusive para – se entender correto – aumentar sua margem de lucro. Há abuso quando ao lado do aumento excessivo (elemento quantitativo) isso se dê de forma dissimulada (elemento qualitativo), de modo a evidenciar o aproveitamento da posição dominante frente ao consumidor (desigualdade de posição contratual), caracterizando-se deslealdade negocial que deve ser investigada e demonstrada caso a caso.

Quando exercemos o “diálogo das fontes<sup>418</sup>” e analisamos o direito canônico, observamos o magistério profícuo de Jesus Cristo, que durou aproximadamente três anos e seis meses junto ao colégio apostólico aqui na Terra, mas vive até hoje, assim, segundo o mestre dos mestres, quando ELE diz: “Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu entendimento; bem como amarás o teu próximo como a ti mesmo”, de acordo com São Mateus<sup>419</sup>, capítulo 22, versículos 37 e 39.

ELE nos ensina o amor, em primeiro lugar a Deus, depois ao próximo, como a si próprio. Em suma, é preciso também amar o outro<sup>420</sup>, seja ele quem for, por isso, a conciliação célere é um exercício de ágape, de tal forma, que seja constante o amor fraternal<sup>421</sup>.

## CONCLUSÃO

<sup>418</sup>Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Três são os diálogos: i. o diálogo sistemático de coerência; ii. o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias (reais ou aparentes) e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática. MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004, p.44 e 54. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>419</sup> ALMEIDA, João Ferreira De. A Bíblia Sagrada. Revista e Atualizada no Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. *O Novo Testamento*, p.32.

<sup>420</sup>Se vós, contudo, observais a lei régia segundo a Escritura: Amarás o teu próximo como a ti mesmo, fazeis bem; se, todavia, fazeis acepção de pessoas, cometeis pecado, sendo arguidos pela lei como transgressores (Tiago 2.8-9). Porque toda a lei se cumpre em um só preceito, a saber: Amarás o teu próximo como a ti mesmo (Gálatas 5.14). Vejamos também os seguintes textos: Êxodo 22.26; Levítico 19.18; Marcos 12.31; Marcos 12.33; Lucas 10.27; Romanos 13.9; João 15.17 e Efésios 5.28. ALMEIDA, op. cit.

<sup>421</sup>Seja constante o amor fraternal. Mas, seguindo a verdade em amor, cresçamos em tudo naquele que é a cabeça, Cristo, de quem todo o corpo, bem ajustado e consolidado pelo auxílio de toda junta, segundo a justa cooperação de cada parte, efetua o seu próprio aumento para a edificação de si mesmo em amor (Hebreus 13.1 c/c Efésios 4.15-16). ALMEIDA, op. cit.

Em última análise, vivemos numa sociedade complexa e pendida<sup>422</sup>, à luz da sociologia e, respectivamente, segundo a cosmovisão<sup>423</sup>, <sup>424</sup>teológica, histórica<sup>425</sup>, gramatical

<sup>422</sup>Pelágio teria proposto adaptar o cristianismo ao mundo, enquanto a proposta agostiniana seria adaptar o mundo ao cristianismo. É discutível, à luz de *Cidade de Deus*, se Agostinho pensa em adaptação ou separação. De qualquer forma, como aliás já dissemos acima, Kierkegaard viria mais tarde a acusar o hegelianismo de neopelagianismo. Pelágio e Hegel teriam tentado, cada um à sua maneira, a partir de uma perspectiva kierkegaardiana, encontrar um lugar cômodo para a fé cristã na sua cosmovisão, adaptando o cristianismo à realidade humana. Kierkegaard era por demais dialético para aprovar tais projetos, entendendo sempre o cristianismo como antitético à realidade humana, ao “mundo”, como diz o Novo Testamento. E como Agostinho em *Cidade de Deus*, Kierkegaard vê que o reino de Deus e a cidade humana são dois mundos distintos em um conflito que perdurará por toda a temporalidade. GOUVÊA, Ricardo Quadros. Revista Fides Reformata do Centro Presbiteriano de Pós-Graduação Andrew Jumper. Kierkegaard Lendo Agostinho: Introdução a um Diálogo Filosófico-Teológico. Disponível em: <[https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2019/04/2\\_Kierkegaard\\_Lendo\\_Agostinho\\_Ricardo\\_Gouvea.pdf](https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2019/04/2_Kierkegaard_Lendo_Agostinho_Ricardo_Gouvea.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>423</sup>Na visão antropológica as cosmovisões “surgem de nossa interação com o mundo, tanto individual quanto coletivamente” (HIEBERT, 2016, p. 35). Cosmovisão, em termos gerais, significa “visão de mundo”. São os óculos que usamos para observar a realidade. Esse termo é utilizado com frequência de modo corriqueiro na igreja e na academia. Mas, será que esse conceito está correto? O termo “visão de mundo” é a melhor síntese do conceito? Isso se aplica a todos contextos humanos? Ou, o problema da tradução limita a palavra a conceitos filosóficos e distantes de uma prática efetiva? Qual é o sentido da vida? O que significa ser humano? Qual é o sentido da história? Por que as coisas deram tão errado? Existe vida ou propósito após a morte? Essas perguntas não são respondidas como um questionário de internet ou como uma prova escolar. Diariamente, respondemos essas perguntas através das nossas ações, intenções, e do que transborda, do que ocupa nosso coração (Mt. 12.34). Nem sempre as questões últimas da vida são respondidas de forma cartesiana, pragmática e lógica. Quando comemos, quando conversamos, quando tomamos uma decisão importante, ou quando agimos de má fé, o fazemos com base em determinada cosmovisão. Essas perguntas e outras mais fazem parte de um todo que chamamos de cosmovisão. São pressupostos cognitivos, afetivos e avaliadores pelo qual, conscientemente ou não, aplicamos ou adequamos todas as coisas com base no que cremos, interpretamos e julgamos como verdade, que efetivamente dá sentido à vida real. Francis Shaeffer entendia que a cosmovisão cristã era mais do que um caminho para a salvação pessoal e para vida eclesial, era uma nova interpretação da realidade. Como apologista e evangelista, a preocupação do teólogo era quanto à cultura moderna e seu relativismo. Para ele, o secularismo devorou a graça e se enraizou em todos os aspectos da vida social, cultural e política. Outro aspecto sobre a função de cosmovisões, é que elas permitem que avaliemos as experiências e ações em termos de justiça, pecado, transgressão, obediência/desobediência (HIEBERT, 2016, p. 35). O mundo ocidental é pautado numa cosmovisão humanista que destrona Deus da natureza e que coloca o homem no nível dos ratos — o humanismo destituiu a peculiaridade e particularidade do homem como *imago dei* e coloca-o para ser analisado *in vitro*, como objeto de estudo dentro das categorias meramente racionais. O estudo de cosmovisão possibilita uma melhor compreensão do campo missionário seja ele na nossa casa, igreja, bairro ou nação. A mudança de cosmovisão leva a um verdadeiro entendimento do que significa Deus, criação, homem, cultura, economia e outras esferas. A cosmovisão Bíblica transforma outras cosmovisões, pois é a cosmovisão da vida humana verdadeira, da visão de mundo verdadeira, da verdadeira doação em favor dos outros, assim como Deus o fez. Cosmovisões são pressupostos cognitivos, afetivos e avaliadores que nos faz compreender que Deus está conduzindo a história de toda a criação no palco do mundo. E que podemos participar de forma relevante e transformadora essa história. NICKEL JUNIOR, Cristiano e DÜCK, Arthur Wesley. Revista Cognito v.2 n.1 (2020). Artigo: *Uma Análise Filosófica, Teológica e Antropológica do conceito de Cosmovisão*. P. 4, 5, 10, 25 – 28. Disponível em: <<https://revista.fidelis.edu.br/index.php/cognito/issue/view/3>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>424</sup>A relação entre antropologia e cristologia. Há uma relação muito estreita entre a doutrina do homem e a de Cristo. A primeira trata do homem, criado à imagem de Deus e dotado de verdadeiro conhecimento, justiça e santidade, mas que, pela voluntária transgressão da lei de Deus, despojou-se da sua verdadeira humanidade e se transformou em pecador. Ela mostra o homem como uma criatura de Deus altamente privilegiada, trazendo ainda alguns traços da sua glória original, mas, todavia, uma criatura que perdeu os seus direitos de nascimento, sua verdadeira liberdade e justiça originais. Significa que a doutrina dirige a atenção não apenas, nem primeiramente, à condição do homem como criatura, mas, sim, à sua pecaminosidade. Salienta a distância ética que há entre Deus e o homem, distância resultante da queda do homem e que, nem o homem nem os anjos podem cobrir, e, como tal, é virtualmente um grito pelo socorro divino. A cristologia é em parte a resposta a esse grito. Ela nos põe a par da obra objetiva de Deus em Cristo construindo um ponto sobre o abismo e eliminando a distância. A doutrina nos mostra Deus vindo ao homem para afastar as barreiras entre Deus e o homem pela satisfação das condições da lei

em Cristo, e para restabelecer o homem em Sua bendita comunhão. A antropologia já dirige a atenção à provisão da graça de Deus para uma aliança de companheirismo com o homem que provê uma vida de bem-aventurada comunhão com Deus; mas a aliança só é eficiente em Cristo e por meio de Cristo. E, portanto, a doutrina de Cristo como Mediador da aliança deve vir necessariamente em seguida. Cristo, tipificado e prenunciado no Velho Testamento como o Redentor do homem, veio na plenitude do tempo, para tabernacular entre os homens e levar a efeito uma reconciliação eterna. BERKHOF, Louis. Teologia Sistemática. Editora Cultura Cristã, p. 296. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/v5e8n0>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>425</sup>Quanto ao livre arbítrio, cremos que, se o primeiro homem, criado à imagem de Deus, teve liberdade e vontade, tanto para bem como para mal, só ele conheceu o que era livre arbítrio, estando em sua integridade. Ora, ele nem apenas guardou este dom de Deus, assim como dele foi privado por pecado, e todos os que descendem dele, de sorte que nenhum da semente de Adão tem uma centelha do bem. Guanabara, Brasil (1523). Confissão de Fé de Guanabara. Jean Du Bourdel, Matthieu Verneuil, Pierre Bourdon e André La Fon. Por essa transgressão, geralmente conhecida como pecado original, a imagem de Deus foi totalmente deformada no homem, e ele e seus filhos se tornaram, por natureza, inimigos de Deus escravos de Satanás e servos do pecado, de modo que a morte eterna tem tido e terá poder e domínio sobre todos os que não foram, não são e não forem regenerados do alto. Essa regeneração se realiza pelo poder do Espírito Santo, que cria nos corações dos escolhidos de Deus uma fé firme na promessa de Deus a nós revelada pela sua Palavra; por essa fé aprendemos Jesus Cristo com os seus dons gratuitos e com as bênçãos nele prometidas. Confissão Escocesa, Escócia (1560), Capítulo 3, Do Pecado Original. Cremos que, pela desobediência de Adão, o pecado original se estendeu por todo o gênero humano. Este pecado é uma depravação de toda a natureza humana e um mal hereditário, com que até as crianças no ventre de suas mães estão contaminadas. É a raiz que produz no homem todo tipo de pecado. Por isso, é tão repugnante e abominável diante de Deus que é suficiente para condenar o gênero humano. Nem pelo batismo o pecado original é totalmente anulado ou destruído, porque o pecado sempre jorra desta depravação como água corrente de uma fonte contaminada. O pecado original, porém, não é atribuído aos filhos de Deus para condená-los, mas é perdoado pela graça e misericórdia de Deus. Isto não quer dizer que eles podem continuar descuidadamente numa vida pecaminosa. Pelo contrário, os fiéis, conscientes desta depravação, devem aspirar a livrar-se do corpo dominado pela morte (Romanos 7.24). Neste ponto rejeitamos o erro do pelagianismo, que diz que o pecado é somente uma questão de imitação. Confissão Belga, Holanda (1561). *Artigo 15: O Pecado Original*. (...) Pecado. Por pecado entendemos a corrupção inata do homem, que se comunicou ou propagou de nossos primeiros pais, a todos nós, pela qual nós mergulhamos em más concupiscências, avessos a todo o bem, inclinados a todo o mal, cheios de toda impiedade, de descrenças, de desprezo e de ódio a Deus, nada de bom podemos fazer, e, até, nem ao menos podemos pensar por nós mesmos. Além disso, à medida que passam os anos, por pensamentos, palavras e obras más, contrárias à lei de Deus, produzimos frutos corrompidos, dignos de uma árvore má (Mat. 12, 33 ss). Por essa razão, sujeitos a ira de Deus, por nossas próprias culpas, estamos expostos ao justo castigo, de modo que todos nós teríamos sido por Deus lançados fora, se Cristo, o Libertador, não nos tivesse reconduzido (...). Segunda Confissão Helvética, Inglaterra (1566), Capítulo 8, Da Queda do Homem, Do Pecado e Sua Causa. (...) Depois da queda, o homem corrompido gerou filhos corrompidos. Então a corrupção, de acordo com o justo julgamento de Deus, passou de Adão até todos os seus descendentes, com exceção de Cristo somente. Não passou por imitação, como os antigos pelagianos afirmavam, mas por procriação da natureza corrompida (...). Cânones de Dort, Holanda (1619). *Capítulos 3 e 4: A corrupção do Homem, a sua conversão a Deus e o modo dela*. (...) Desta corrupção original pela qual ficamos totalmente indispostos, adversos a todo o bem e inteiramente inclinados a todo o mal, é que procedem todas as transgressões atuais (Romanos 3.10-12, 5.6, 7.18 e 5.7; Colossenses 1.21; Gênesis 6.5 e 8:21; Tiago 1:14-15; Efésios 2:2-3; Mat.15:19). Confissão de Westminster, Inglaterra (1647). *Capítulo VI: Da queda do homem, do pecado e do seu castigo, item IV*. (...) Por esse pecado, nossos primeiros pais decaíram de sua condição original de retidão e comunhão com Deus. No pecado deles nós também pecamos, e por isso a morte veio sobre todos; todos se tornaram mortos no pecado e totalmente corrompidos, em todas as faculdades e partes do corpo e da alma (Romanos 3.23, 5.12, 3.10-19; Tito 1.15; Gênesis 6.5, Jeremias 17.9). Confissão de Fé Batista, Inglaterra (1689). *Capítulo 6: A queda do homem, o pecado e sua punição, item 2*. Afirmamos a nossa crença no único Deus eterno, Criador e Senhor do mundo, Pai, Filho e Espírito Santo, que governa todas as coisas segundo o propósito da sua vontade. Ele tem chamado do mundo um povo para si, enviando-o novamente ao mundo como seus servos e testemunhas, para estender o seu reino, edificar o corpo de Cristo, e também para a glória do seu nome. Confessamos, envergonhados, que muitas vezes negamos o nosso chamado e falhamos em nossa missão, em razão de nos termos conformado ao mundo ou nos termos isolado demasiadamente. Contudo, regozijamo-nos com o fato de que, mesmo transportado em vasos de barro, o evangelho continua sendo um tesouro precioso. À tarefa de tornar esse tesouro conhecido, no poder do Espírito Santo, desejamos dedicar-nos novamente. Pacto de Lausanne, Suíça (1974). *Capítulo 1: O propósito de Deus*. Em Adão todos morreram e a morte se espalhou a todos porque todos pecaram. A raça humana inteira está comprometida com a queda e suas consequências: pecado, alienação, violência, guerra, doenças, sofrimento e morte. Espiritualmente falando, todos os seres humanos estão mortos porque estão em rebelião contra Deus e apartados de suas bênçãos. Embora os seres humanos sejam capazes

<sup>426</sup>e sistemática<sup>427</sup>, de tal maneira, que o presente artigo jurídico não tem a pretensão de esgotar o assunto dos meios eficazes para a solução pacífica de conflitos, o mais rápido e efetivo

---

de descobrir muitas verdades, falta-lhes a estrutura necessária para entendê-las como aspectos da verdade de Deus. Como pecadores, recusam-se a aceitar as consequências da verdade que de fato possuem e em vez disso suprimem-na pelas suas perversidades. A morte física também está atuando neles até que voltem ao pó de onde foram tirados. A menos que Deus interfira graciosamente, a morte espiritual se converterá em morte eterna. Declaração de Fé da Fraternidade Mundial, Estados Unidos (2011). Capítulo 2: O mal e o pecado, *item 4. A universalidade do pecado e suas consequências*. AQUINO, Anthony. O aplicativo CONFÉ para Android © 2016.

<sup>426</sup>Ao confiarmos que a autoridade das Escrituras envolve a verdade total da Bíblia, estamos conscientemente nos posicionando ao lado de Cristo e de Seus apóstolos, aliás, ao lado da Bíblia inteira e da principal vertente da história da igreja, desde os primeiros dias até bem recentemente. Estamos preocupados com a maneira casual, inadvertida e aparentemente impensada como uma crença de importância e alcance tão vastos foi por tantas pessoas abandonada em nossos dias. Também estamos cientes de que uma grande e grave confusão é resultado de parar de afirmar a total veracidade da Bíblia, cuja autoridade as pessoas professam conhecer. O resultado de dar esse passo é que a Bíblia que Deus entregou perde sua autoridade e, no lugar disso, o que tem autoridade é uma Bíblia com o conteúdo reduzido de acordo com as exigências do raciocínio crítico das pessoas, sendo que, a partir do momento em que a pessoa deu início a essa redução, esse conteúdo pode em princípio ser reduzido mais e mais. Isto significa que, no fundo, a razão independente possui atualmente a autoridade, em oposição ao ensino das Escrituras. Se isso não é visto e se, por enquanto, ainda são sustentadas as doutrinas evangélicas fundamentais, as pessoas que negam a total veracidade das Escrituras podem reivindicar uma identidade com os evangélicos, ao mesmo tempo em que, metodologicamente, se afastaram da posição evangélica acerca do conhecimento para um subjetivismo instável, e não acharão difícil ir ainda mais longe. Afirmamos que aquilo que as Escrituras dizem, Deus diz. Que Ele seja glorificado. Amém e amém. Declaração de Chicago – Inerrância – Estados Unidos (1988). *Inerrância e autoridade*. AQUINO, op. cit.

<sup>427</sup>As igrejas evangélicas de hoje estão cada vez mais dominadas pelo espírito deste século em vez de pelo Espírito de Cristo. Como evangélicos, nós convocamos a nos arrepender desse pecado e a recuperar a fé cristã histórica. No decurso da História, as palavras mudam. Na época atual isso aconteceu com a palavra evangélico. No passado, ela serviu como elo de união entre cristãos de uma diversidade ampla de tradições eclesiais. O evangelicalismo histórico era confessional. Acolhia as verdades essenciais do Cristianismo conforme definidas pelos grandes concílios ecumênicos da Igreja. Além disso, os evangélicos também compartilhavam uma herança comum nos “solos” da Reforma Protestante do século 16 (*Sola Scriptura, Solo Christus, Sola Gratia, Sola Fide e Soli Deo Gloria*). Hoje, a luz da Reforma já foi sensivelmente obscurecida. A consequência foi a palavra evangélico se tornar tão abrangente a ponto de perder o sentido. Enfrentamos o perigo de perder a unidade que levou séculos para ser alcançada. Por causa dessa crise e por causa do nosso amor a Cristo, seu evangelho e sua igreja, nós procuramos afirmar novamente nosso compromisso com as verdades centrais da reforma e do evangelicalismo histórico. Nós afirmamos essas verdades e não pelo seu papel em nossas tradições, mas porque cremos que são centrais para a Bíblia. Deus não existe para satisfazer as ambições humanas, os desejos, os apetites de consumo, ou nossos interesses espirituais particulares. Precisamos nos focalizar em Deus em nossa adoração, e não em satisfazer nossas próprias necessidades. Deus é soberano no culto, não nós. Nossa preocupação precisa estar no reino de Deus, não em nossos próprios impérios, popularidade ou êxito. Declaração de Cambridge, Estados Unidos (1996). *Introdução e a erosão do culto centrado em Deus*. AQUINO, op. cit. A título de exemplo, a Palavra explica a própria Palavra, então, sob o aspecto da queda do homem, destaca-se: “Sl 51.5; Rm 5.10; Rm 7.5; 2Tm 2.26; Ef 2.1-3; Rm 5.20-21; Rm 6.23; Jo 3.5; Rm 5.1; Fp 1.29; Rm 5.12-14; Rm 3.10-18; Jó 14.4; Jo 3.6; Rm 7.18-19; Ef 2.4-5; Rm 7.24; Mat 12.33ss; Mc 3.29; I Jo 5.16; Mt 10.14ss; Mat 11.20ss; Sl 5.4ss; Jo 8.44; Rm 3.19; Rm 3.23; Gn 3.12-13; II Co 11.3; Rm 11.32; Gn 3.6-8; Gn 2.17; Gn 6.5; Jr 17.9; Tt 1.15; At 17.26; Rm 5.17; Rm 5.15-19; Gn 5.3; I Co 15.21-22, 45, 49; Rm 5.6; Cl 1.21; Tg 1.14-15; Mt 15.19; Rm 7.14, 17, 21-23; Tg 3.2; I Jo 1.8-10; Pv 20.9; Ec 7.20; Gl 5.17; I Jo 3.4; Rm 2.15; Rm 3.9, 19; Gl 3.10; Ef 6.18; Lm 3.39; Mt 25.41; Hb 2.14-15; I Ts 1.10; Jo 16.9-12 e Jo 16.33”. ALMEIDA, op. cit. A Bíblia é um sistema teológico não mais que a natureza é um sistema químico ou mecânico. Encontramos na natureza os fatos que o químico ou o filósofo mecânico tem a examinar, e à luz deles poder verificar as leis pelas quais são determinados. E assim a Bíblia contém as verdades que o teólogo precisa coligir, autenticar, organizar e demonstrar em sua relação natural umas com as outras. Isso constitui a diferença entre a teologia bíblica e a teologia sistemática. A função da primeira é asseverar e declarar os fatos da Escritura. A função da segunda é tomar esses fatos, determinar sua relação entre si e com as outras verdades cognatas, bem como vindicá-las e mostrar sua harmonia e consistência. Essa não é uma tarefa fácil, nem de somenos importância. HODGE, Charles. *Teologia Sistemática* / Charles Hodge; tradução Valter Martins. São Paulo: Hagnos, 2001, p.1. Disponível em: <<https://fbnovas.edu.br/site/wp-content/uploads/2019/04/Teologia%20Sistemática%20-%20Charles%20Hodge.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

possível, no âmbito administrativo interno das empresas ou no segundo momento, por meio dos Órgãos e Entidades Administrativas do Estado, assim, valorizando o campo extrajudicial e evitando a judicialização de conflitos, mas sendo um direito potestativo do consumidor, cujo escopo é evitar o desgaste físico, emocional e financeiro.

## REFERÊNCIAS

- A Constituição e o Supremo. *Pesquisa por artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 20 mar. 2021;
- ALMEIDA, João Ferreira De. *A Bíblia Sagrada. Revista e Atualizada no Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993;
- AQUINO, Anthony. *O aplicativo CONFÉ para Android* © 2016;
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p.12;
- BERKHOF, Louis. *Teologia Sistemática*. Editora Cultura Cristã. P. 296. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/v5e8n0>. Acesso em: 13 mar. 2021;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563-569;
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 mar. 2021;
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Diário Oficial da União de 12/09/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2021;
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União de 17/03/2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 mar. 2021;
- BRASIL. TJ/RJ. *Apelação nº 0138506-51.2011.8.19.0038*, Rel. Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 21/01/2020 - OITAVA CÂMARA CÍVEL;
- BRASILCON. Disponível em: <https://www.brasilcon.org/>. Acesso em: 31 mar. 2021;
-

- BRASILCON. Disponível em: <<https://www.brasilcon.org/assinantes-manifesto>>. Acesso em: 31 mar. 2021;
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Enquete sobre o PL n° 3.515/2015 na Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<https://forms.camara.leg.br/ex/enquetes/2052490/resultado>>. Acesso em: 31 mar. 2021;
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Planos de ação vão fomentar a desjudicialização nos tribunais*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/planos-de-acao-vaio-fomentar-a-desjudicializacao-nos-tribunais/>>. Acesso em: 31 mar. 2021;
- CODECON/ALERJ. Disponível em: <<http://www2.alerj.rj.gov.br/cdc/CadastroReclamacao.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2021;
- COTRIM, Gilberto e FERNANDES, Mirna. *Filosofia Conecte: caderno de revisão*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.118-119;
- DESSAUNE, Marcos. *Resumo sistematizado e conclusão da teoria do desvio produtivo do consumidor. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed., Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. Disponível em: <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1203/1133>>. Acesso em: 06 abr. 2021;
- FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Decisões econômicas: você já parou para pensar?* 2ª Edição, São Paulo: Editora Évora, 2011, p. 116-117;
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*, 3. ed.– Niterói, RJ: Impetus, 2007, p.47;
- GOUVÊA, Ricardo Quadros. *Revista Fides Reformata do Centro Presbiteriano de Pós-Graduação Andrew Jumper. Kierkegaard Lendo Agostinho: Introdução a um Diálogo Filosófico-Teológico*. Disponível em: <[https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2019/04/2\\_Kierkegaard\\_Lendo\\_Agostinho\\_Ricardo\\_Gouvea.pdf](https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2019/04/2_Kierkegaard_Lendo_Agostinho_Ricardo_Gouvea.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2021;
- HIEBERT, Paul G. *Transformando cosmovisões: uma análise antropológica de como as pessoas mudam*. São Paulo: Vida Nova, 2016, p. 35;
- HODGE, Charles. *Teologia Sistemática / Charles Hodge; tradução Valter Martins*. São Paulo: Hagnos, 2001, p.1. Disponível em: <<https://fbnovas.edu.br/site/wp-content/uploads/2019/04/Teologia%20Sistemática%20-%20Charles%20Hodge.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2021;



- Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=EN>>. Acesso em: 30 mar. 2021;
- JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. *Centro de Estudos Judiciários: I Jornada de Direito Processual Civil*, Enunciados Aprovados, Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 06 abr. 2021;
- MARQUES, Claudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004, p.44 e 54. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021;
- MARQUES, Claudia Lima. Palestra: Atualização do Código de Defesa do Consumidor e a Covid. Aula inaugural da disciplina do curso de doutorado em direito, instituições e negócios – PPGDIN da UFF – Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<https://meet.google.com/qas-egcn-ujq>>, às 10h, acesso em: 11 mar. 2021;
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 181-182;
- MARTINS, Plínio Lacerda. *O mercado da advocacia consumerista*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XMHQPCQSIGs>>. Acesso em: 31 mar. 2021;
- MARTINS, Plínio Lacerda. CDC: Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/1990 / [org.] Plínio Lacerda Martins, 9ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p.37;
- MIRAGEM, Bruno. A pandemia e os preços de produtos e serviços. GENJURÍDICO, 27 março 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 01 abr. 2021;
- NICKEL JUNIOR, Cristiano e DÜCK, Arthur Wesley. Revista Cognition v.2 n.1 (2020). *Artigo: Uma Análise Filosófica, Teológica e Antropológica do conceito de Cosmovisão*. P. 4, 5, 10, 25 – 28. Disponível em: <<https://revista.fidelis.edu.br/index.php/cognito/issue/view/3>>. Acesso em: 20 mar. 2021;
- PROCON/RJ. Disponível em: <<http://www.procononline.rj.gov.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2021;

SENACON.

Disponível

em:

<<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1617114695091>>. Acesso em: 01 abr. 2021;

SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. Revista Direito ao Ponto. Vassouras-RJ: 2008, Ano 1, Número 3, p.11;

WADA, Ricardo Morishita, BESSA, Leonardo Roscoe e FAIAD, Walter José. Escola Nacional de Defesa do Consumidor: Manual do Direito do Consumidor. 3ª Edição. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p.17-18.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGURADOR E O DIREITO DO CONSUMIDOR.

Guilherme Magalhães Martins<sup>428</sup>

### 1-Introdução

As contingências relacionadas à pessoa , como a morte, a lesão à integridade físico-corporal decorrente de acidente e a doença que torna a pessoa inválida ou com diminuição funcional de suas atividades habituais, ganharam importante tratamento no direito dos seguros, de modo que atualmente todo interesse apreciável juridicamente é passível de ser segurado, o que gerou o surgimento de diversas modalidades de seguro, do seguro de vida até o de comunicações via satélite.<sup>429</sup>

O custo da reparação de um dano futuro e incerto exerce sobre o eventual sujeito passivo uma pressão tal que o coloca, quase compulsoriamente, ante a necessidade de adotar técnicas preventivas que contribuem para impedir, total ou parcialmente, as respectivas consequências . Uma delas pode ser o seguro, cuja função reside em satisfazer a necessidade de previsão frente a todo tipo de eventos danosos, futuros e incertos, qualquer que seja a fonte que os origina.<sup>430</sup>

O artigo 757 do Código Civil , ao definir o contrato de seguro<sup>431</sup>, afastou-se da ótica patrimonialista imperante sob a égide do Código Civil de 1916, esclarecendo que o segurado recebe a garantia a um interesse legítimo relativo à pessoa ou à coisa contra riscos predeterminados. Logo, não há que se cogitar , no âmbito do seguro, muito menos do seguro de pessoa, de uma indenização, mas sim de uma contraprestação devida pelo segurador em razão do negócio jurídico celebrado.<sup>432</sup>

<sup>428</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor associado de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito-Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Professor permanente do Doutorado do PPGDIN – Universidade Federal Fluminense. Procurador de Justiça– Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>429</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, v. 93 , n.826, ago. 2004.p.15.

<sup>430</sup> STIGLITZ, Ruben S. *Derecho de seguros*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.01(tradução livre)

<sup>431</sup> Carvalho de Mendonça define o seguro como “o contrato no qual o segurador se obriga com o segurado, mediante um prêmio, a indenizá-lo de uma perda ou dano, ou a privação de um proveito esperado – perda, privação ou dano, decorrente de um acontecimento incerto”. Cf.MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de.*Contratos no Direito Civil Brasileiro*. v.2 Rio de Janeiro: Forense, 1955. p.682.

<sup>432</sup> GAMA, idem.

O contrato de seguro tem sua causa na garantia de interesses legítimos do segurado em relação a riscos determinados, aos quais visa responder.<sup>433</sup>

O seguro passa a ser concebido como a prestação de uma garantia remunerada pelo prêmio, e não mais a partir do seu eventual efeito, decorrente do sinistro, no tocante ao pagamento de uma indenização. Um tão emblemático instrumento de eliminação econômica dos riscos constitui uma resposta segura às exigências econômicas e sociais.

Securitização e responsabilidade civil deixam de ser vistos como instrumentos incompatíveis ou mesmo antagônicos, passando ambos a atuar de maneira complementar na diluição de danos, sob a inspiração do princípio da solidariedade social (art. 3º, I, Constituição da República),

“na medida em que reparte entre os diversos agentes potencialmente lesivos, por meio da cobrança dos prêmios, os custos globais advindos da indenização de todos os danos derivados daquela atividade(...)

-----  
 (...)Com efeito, a responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade subjetiva, sempre foi entendida como uma técnica de transferência do dano (*loss-shifting*), sendo a perda transferida da vítima para um agente tido como responsável, por ter agido culposa ou dolosamente. O advento dos seguros de responsabilidade civil, mesmo nos casos de responsabilização por culpa, altera o resultado final da responsabilização que, abstraindo inteiramente todos os esforços judiciais no sentido de se identificar um ‘culpado’ ou ‘causador’, deixa de transferir ao réu o dano, para difundi-lo entre diversos potenciais responsáveis (*loss-spreading*)”.<sup>434</sup>

<sup>433</sup> MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.76, p.240, out./dez. 2010. Complementa o autor: “Neste sentido, a noção de garantia de interesse legítimo em relação a riscos pré-determinados exige correta compreensão. A definição de interesse legítimo pressupõe que: (a) exista, de parte do segurado, comprometimento com a preservação do interesse segurado; (b) seja interesse dotado de relevância sócio-econômica; (c) possa ser reparado ou compensado, em caso de lesão ou perda, mediante prestação de cunho econômico. Note-se que a definição do conceito de interesse legítimo não se confunde com a contraprestação do segurador, que terá necessariamente conteúdo econômico (como regra, indenização). Embora exista inclinação visível na associação da causa do contrato de seguro a um fim econômico, este não é um elemento necessário à noção de interesse legítimo(...) Se é correto observar que na maioria dos seguros tem-se em vista a garantia de interesses patrimoniais e econômicos, não se exclui a possibilidade de garantia de interesses não patrimoniais. Interesses morais que podem ser igualmente submetidos a um risco de lesão ou perda, neste sentido, justificam a necessidade de celebração do seguro”. Mencionando a previsão expressa do art. 2419 do Código Civil de Québec, admitindo o seguro para a preservação de um interesse moral ou pecuniário, o autor admite (embora sem previsão no CC 2002) a possibilidade de tal contrato visar um interesse puramente existencial, o que se coloca em consonância com as diretivas constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III).

<sup>434</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p.219-220. Nas palavras do autor, “já se reconhece que ‘na época contemporânea, a responsabilidade civil não pode mais ser pensada fora da noção de seguro.

De fato, o desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil evidencia uma busca espontânea dos agentes potencialmente lesivos – e, em última análise, de toda a sociedade – por uma repartição de riscos, com a distribuição entre si dos danos advindos da sua atividade primordial.”

A influência do seguro sobre a responsabilidade civil não é apenas de tipo quantitativo, mas também qualitativo, não apenas no plano de fato, mas também no plano jurídico. Sempre que não seja possível neutralizar determinada atividade humana graças ao instrumento técnico do seguro os crescentes riscos da sociedade de massa, nenhum legislador poderia acentuar tanto a tutela da vítima<sup>435</sup>, mediante os mecanismos de objetivação e solidarização da responsabilidade civil.

No contrato de seguro em geral, independentemente da caracterização da relação de consumo, do que depende a verificação dos seus elementos característicos, a preocupação do ordenamento concentra-se na proteção do segurado, submetido a condições que podem comprometer seu interesse útil no objeto do contrato. Isso se dá, dentre outras situações, quanto à forma de celebração do contrato, pela adesão às respectivas condições gerais, devendo ser mencionadas, ainda, a extensão dos prazos contratuais, a limitação da liberdade de denúncia e, sobretudo, a admissão do prazo maior de prescrição, em benefício do segurado.<sup>436</sup>

O Código de Defesa do Consumidor incide sobre o contrato de seguro, por expressa previsão do seu artigo 3º., parágrafo segundo, que expressamente menciona a atividade securitária, dispositivo esse cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n.º 2591/DF.<sup>437</sup>

Em regra, o segurado será destinatário final fático(ou seja, beneficiário) da indenização devida pela seguradora na hipótese de sinistro, salvo no caso do seguro de vida.

## 2-Diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

Serão examinados diversos aspectos do contrato de seguro à luz da teoria do diálogo das fontes, que se coloca como alternativa aos critérios tradicionais de solução de antinomias(especialidade, anterioridade, superioridade), construindo as bases de uma coordenação das fontes normativas tendo em vista o traço característico de cada uma das

---

<sup>435</sup> BORGIA, Rossella Cavallo. *L'assicurazione di responsabilità civile*. In: \_\_\_. *Responsabilità e assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2004. p.05.

<sup>436</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro..., op.cit., p.243.

<sup>437</sup> Idem

relações a serem reguladas: entre iguais, a partir do Código Civil, e entre desiguais, pelas regras do CDC.<sup>438</sup>

Em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. A expressão diálogo das fontes expressa a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema:<sup>439</sup>

Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito no sistema jurídico (ou do “monólogo”) de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade” narrada” ou “comunicada” em ambas.<sup>440</sup>

Essa pluralidade de fontes e de agentes fracos a proteger aparece, nas palavras de Erik Jayme, unida ao renascimento dos direitos humanos e valoração dos direitos fundamentais, contrapondo-se à globalização e às regras de mercado.<sup>441</sup>

Em qualquer caso, cabe a aplicação conjunta das leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, e da lei geral, ou seja, o Código Civil. Na visão da professora Cláudia Lima Marques, será subsidiária a aplicação da lei geral nova, seja como base conceitual, seja como norma complementar, no que couber e não contrariar o espírito protetor da lei tutelar, seja como norma mais favorável ao consumidor (art. 7º., CDC).<sup>442</sup>

<sup>438</sup> MIRAGEM, Bruno. Mercado, direito e sociedade da informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.73.

<sup>439</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.87.

<sup>440</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.) *Doutrinas essenciais*. Responsabilidade Civil. v.IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.60.

<sup>441</sup> Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. 2.ed. Tradução Cláudia Lima Marques. Porto Alegre, v.1., n° 1, p.120, mar.2003: “O saber, a condição pós-moderna não é somente um instrumento de poder. Ele desenvolve, refina nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável, o inconciliável(...) Pensado é aqui não só a pequena autonomia dos indivíduos, mas sim significa a convivência, lado a lado, ao mesmo tempo, dos diferentes, do estrangeiro(...), é a adaptação dos contrapostos. Comparação pós-moderna significa então estudar a posição dos vários sistemas jurídicos nestas questões”.

<sup>442</sup> Diálogo..., op.cit., p.90

São três os diálogos ou espécies de interação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, o *diálogo de coerência* se caracteriza pelo fato de uma lei poder servir de base conceitual para outra.<sup>443</sup> O Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos do contrato de seguro, permitindo a interpretação e aplicação do direito do consumidor. Ocorre a aplicação simultânea de ambas as leis, geral(Código Civil) e especial(Código de Defesa do Consumidor).

A partir da segunda espécie, o chamado *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, uma lei pode complementar a atuação da outra, no caso concreto, de maneira complementar<sup>444</sup>. Não se afasta simplesmente a aplicação de uma das leis, mas, sim, de utiliza a principiologia que se encontra expressa em uma delas, inclusive às relações reguladas pela outra lei, à medida que adequada aos fundamentos de cada sistema.<sup>445</sup>

Como exemplo desta modalidade de diálogo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado por outro diploma legal, conforme ressalvado, em matéria de seguro, pelo artigo 777 do Código Civil: “o disposto no presente capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”. Poderia ser ainda o caso do reconhecimento e aplicação da função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, também no tocante às relações de consumo reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>446</sup>

É o caso do art.798 do Código Civil, que, caso inteprutado literal e isoladamente, fora da sistemática do Código de Defesa do Consumidor, excluiria simplesmente a indenização em qualquer caso de suicídio do segurado, premeditado ou não, cometido nos dois primeiros anos da vigência do contrato. Qualquer cláusula nesse sentido seria eivada de abusividade, por ofensa ao disposto no art. 51, IV da Lei n o. 8078/90.

Já o *diálogo de coordenação e aplicação sistemática* pressupõe a possível redefinição no campo de aplicação de uma lei<sup>447</sup>, admitindo-se, em situações concretas, a transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da *praxis* do direito do consumidor para

---

<sup>443</sup> \_\_\_\_\_ ; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.28.

<sup>444</sup> Idem

<sup>445</sup> MIRAGEM, Ibid.

<sup>446</sup> Idem

<sup>447</sup> MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op.cit., p.29.

a interpretação e aplicação do Código Civil, seja na aplicação construtiva da boa-fé objetiva, ou no âmbito da responsabilidade civil.

Em virtude do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, mostra-se de fundamental importância a norma do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, que, ao delimitar o dever de informação do fornecedor no capítulo relativo à proteção contratual, assim determina:

Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance.

Se o consumidor, portanto, não tem a compreensão das condições gerais do contrato, estas não o vinculam; a sanção do descumprimento do dever imposto ao fornecedor é “ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado”.<sup>448</sup>

O artigo 759 do Código Civil faz uma referência à fase da proposta no contrato de seguro, preparada anteriormente pelo segurador, contendo a maioria dos seus dizeres impressos, lado a lado com espaços em branco<sup>449</sup> a serem preenchidos pelo consumidor, sob a forma de um formulário.

A proposta conterá todos os elementos de importância para a caracterização do risco a ser coberto, com base nos quais o segurador formará seu juízo sobre a álea envolvida<sup>450</sup>, ficando desde já definidos os limites contratuais da sua responsabilidade. Ambas as partes devem agir nos ditames da boa-fé, referida nos artigos 765 e 766 do Código Civil.

Em caso de divergência entre a proposta e a apólice, a partir do diálogo de coordenação e aplicação sistemática entre o artigo 759 do Código Civil e os artigos 30 e 47 da Lei n.º 8078/90, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor, embora ilustrada doutrina já tenha se pronunciado em sentido contrário.<sup>451</sup>

---

<sup>448</sup> Ibid., p.566.

<sup>449</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa *Curso de Direito Civil*. v.IV. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996.p.382.

<sup>450</sup> ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.137.

<sup>451</sup> ALVIM, op.cit., p.148: “Embora a proposta seja preenchida em geral pelo corretor em impresso do segurador com as condições gerais do contrato, seu teor coincide sempre com o da apólice. Se houver alguma divergência entre os dois documentos, deverá prevalecer a apólice para vincular a responsabilidade do segurador. Não poderá sua obrigação ir além da vontade manifestada neste instrumento”.



A relevância do acima exposto se manifesta especialmente na fase da cobertura provisória, estipulada enquanto não se ultima o seguro definitivo, considerando que, nos termos do artigo 30 do Código do Consumidor,

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Os riscos devem ser declarados na apólice de modo preciso, especificando-se sua natureza e extensão, além dos termos final e inicial, haja vista se tratar de elemento essencial do contrato(art. 760, Código Civil).

Embora a doutrina mais tradicional, com base naquele dispositivo defenda a compreensão e interpretação estritas do contrato de seguro, não sendo admitido o alargamento dos riscos, nem a extensão dos seus termos<sup>452</sup>, verifica-se a importância do papel construtivo da jurisprudência, em prol do princípio da solidariedade social, a temperar os rigores da regra.

A construção pretoriana que culminou na edição da súmula n o . 402 do Superior Tribunal de Justiça(“o contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão”) bem espelha essa tendência.

Trata-se de diretriz de interpretação do contrato de seguro através da boa-fé objetiva(CC, art. 113), recorrendo-se à compreensão mais favorável ao consumidor(art. 47, CDC). Não é possível exigir do segurado-consumidor que realize, por ocasião da prestação das informações constantes da cláusula-perfil, uma distinção técnica entre danos pessoais e morais, sobretudo porque ambos se enquadram numa categoria mais ampla, a saber, o dano à pessoa.

Há situações que não podem ser resolvidas, portanto, pela interpretação literal e restritiva do contrato do seguro acerca dos riscos cobertos.

Num primeiro momento, as seguradoras inseriam nas condições gerais dos contratos cláusulas restringindo sua responsabilidade aos danos pessoais, de modo a excluir a compensação pelos danos morais. Em reação à abusividade de tais estipulações, a jurisprudência passou a assentar que “se inclui no dano pessoal – que desenganadamente se encontra no contrato de seguro – tanto o de natureza patrimonial como o extrapatrimonial, ou

---

<sup>452</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil; contratos em espécie*. v. III. 9.ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p.352.

moral. Tudo é dano pessoal e por ele se responsabilizou a seguradora”(STJ, REsp.106326-PR, rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4ª t., j.25.03.97).<sup>453</sup>

Num segundo momento, as seguradoras passaram a restringir sua responsabilidade aos danos corporais, em mais uma tentativa de ver excluída a cobertura por danos morais. Tais cláusulas de exclusão de responsabilidade contrariam a hierarquia constitucional do direito do consumidor(art. 5º., XXXII e art. 170, V, CR), observado o disposto nos artigos 25 e 51, I da Lei n o 8078/90.

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre essa limitação de responsabilidade em diversas oportunidades, destacando-se o julgamento do Ag RG no Ag 935821-MG, relatado pelo Min.Aldir Passarinho Jr, publicado no Diário da Justiça de 17.3.2008:

“a saúde corporal deve ser entendida como o estado do indivíduo em que as funções físicas e mentais se acham em situação de normalidade e equilíbrio, não se podendo apartar do dano corporal tal como do dano pessoal, aquele decorrente do sofrimento mental e da angústia da vítima”<sup>454</sup>

Igualmente contrariando, em prol da interpretação mais favorável ao consumidor(CDC, art. 47), a compreensão restritiva da apólice, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação cível n o. 2003.005.00174, julgada em 23.09.2003, tendo como relator o Desembargador Fernando Cabral, desconsiderou a cláusula de exclusão de responsabilidade que previa cobertura apenas para o caso de furto simples, deixando de fora o furto qualificado em apartamento.

A ementa é a seguinte:

Negativa da seguradora em pagar a indenização. Alegação de risco não coberto. Distinção entre furto qualificado e furto simples. Contrato que prevê cobertura apenas para a primeira hipótese. Ausência de esclarecimentos suficientes e adequados,constantes da apólice ou das cláusulas gerais, por parte da seguradora, quanto às limitações dos riscos, em relação ao contrato de seguro firmado entre as partes. *Omissa a apólice, bem assim, o documento com as condições gerais do seguro, quanto ao conceito de furto qualificado, a interpretação deve ser feita de forma ampla e abrangente, e em benefício*

<sup>453</sup> No mesmo sentido, o voto do Min.Barros Monteiro no REsp.209531-MG, 4ª t., j.6.4.2004. Contra, em visão que terminou superada naquela corte: REsp. 661421-CE, 3ª t,rel.Min.Carlos Alberto Menezes Direito, j.21.6.2005.

<sup>454</sup> No mesmo sentido, o REsp. 293.934-RJ, rel.Min.Ruy Rosado, DJ 2.4.2001 , e o AgRg no AI 1.042.450-SC, rel.Min.Massayami Uyeda, D.J. 17.6.2009.

*do segurado, que é a parte mais fraca na relação.* Havendo forte prova indiciária, no sentido de que o furto se deu mediante escalada, que configura a modalidade qualificada do delito, pelos conceitos penais, transfere-se o ônus da prova para a seguradora, a quem caberá elidir a presunção de boa-fé do segurado, ou ainda provar que o mesmo, de algum modo, contribuiu para o agravamento do risco, a ponto de eximi-la da sua obrigação, considerando a verossimilhança das alegações do autor(g.n.)

Sequer constava das condições gerais do contrato a distinção entre o furto simples e o furto qualificado, não se podendo exigir do consumidor, em face da sua vulnerabilidade técnica, o conhecimento de tais conceitos jurídicos. Ademais, nos grandes centros urbanos, cada vez mais rara se torna a modalidade de furtos em apartamentos que não seja acompanhada de pelo menos uma das qualificadoras previstas no Código Penal (rompimento de obstáculo, destreza).

Em nome do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, o artigo 763 do Código Civil (“não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes da sua purgação”) deve ser interpretado à luz do artigo 51, IV e XI do Código de Defesa do Consumidor.

Embora aquela regra decorra da exceção de contrato não cumprido (CC, 476), pela qual nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua, pode exigir a prestação do outro, a falta de pagamento do prêmio pelo segurado não autoriza o cancelamento automático do contrato, sendo necessária a interpelação.

Nesse sentido, decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 316.552, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Jr., julgado em 09.10.2002, que considerou abusiva a cláusula de cancelamento automático do contrato de seguro, por atraso no pagamento do prêmio, visto que incompatível com a boa-fé e equidade, colocando o segurado em desvantagem exagerada, fazendo-se necessária a interpelação do segurado, por não se tratar de mora *ex re*.

Esse dever de notificação do segurado, portanto, surge como imposição da boa-fé objetiva, moderando, especialmente nos contratos de consumo, a eficácia da disposição que determina a perda do direito à indenização.<sup>455</sup>

---

<sup>455</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro..., op.cit., p.274.

Como observa Adalberto Pasqualotto, frequentemente as seguradoras eram tolerantes com os atrasos, mas se recusavam a prestar cobertura se ocorresse um sinistro no período de mora. Nesse caso, a jurisprudência mais uma vez interveio em favor do segurado, estabelecendo que a seguradora não pode agir de modo contrário ao seu próprio padrão de comportamento, admitindo-se inclusive o adimplemento substancial como forma de obstar o cancelamento abusivo do contrato.<sup>456</sup>

Em virtude do diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, admite-se, especificamente no caso do seguro de vida para o caso de morte (CC, 797), a estipulação de um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Tendo em vista o princípio da mutualidade – que pressupõe a prévia reunião de recursos para posterior distribuição de benefícios entre os participantes –, além da circunstância de não ser o seguro de pessoas, ao contrário do seguro de dano, limitado pelo valor objeto do interesse, torna-se necessária a formação prévia de uma provisão capaz de suportar os pagamentos correspondentes aos riscos assumidos pela seguradora.<sup>457</sup>

Isso justifica muitas vezes a instituição de um prazo contratual de carência, período no qual fica parcialmente suspensa a eficácia do contrato, desobrigando-se a seguradora de pagar o valor da apólice se, naquele prazo, ocorrer a morte do segurado.<sup>458</sup>

Nesse caso, ocorrendo a morte do segurado na vigência da carência prevista no contrato, a seguradora deverá repassar o valor dos prêmios arrecadados aos beneficiários, consoante a previsão do artigo 797, parágrafo único do Código Civil.

---

<sup>456</sup> *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.101. Nas palavras do autor: “com efeito, o atraso de pagamento não aniquila o interesse na continuidade do contrato. É compatível com a boa-fé todo esforço cooperativo entre as partes no sentido da preservação do vínculo contratual. Daí ser razoável a notificação do segurado em mora para que se ponha em dia em prazo curto, sendo alertado para a drástica consequência do art. 763, inclusive porque é prática de mercado o incentivo das seguradoras ao parcelamento, com a estipulação do prêmio em valor igual para pagamento à vista ou em frações – o que escamoteia juros de financiamento”. Vale citar o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do Recurso Especial n o. 76.362-MT (STJ, 4at., j. 11.12.1995): “Seguro. Inadimplemento da seguradora. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido”.

<sup>457</sup> PASQUALOTTO, op.cit., p.167.

<sup>458</sup> Idem

Prevê tal dispositivo que o segurador é obrigado a devolver ao segurado o montante da reserva técnica já formada.

A reserva técnica consiste num capital garantidor de todas as obrigações do segurador, de conformidade com os critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, de sorte que os bens garantidores são registrados na SUSEP, não podendo ser alienados ou gravados sem prévia e expressa autorização. O segurado e o beneficiário, nessa esteira, gozam de privilégio especial sobre os bens garantidores.

Discute-se atualmente acerca da natureza aleatória ou comutativa do contrato de seguro, o que possui importantes reflexos do ponto de vista da contraprestação do segurador, consistente na garantia de um interesse legítimo.

Para Bruno Miragem,

“A razão de ser desta discussão, quer parecer, situa-se na possibilidade de – indicando o contrato como comutativo – construir argumento que sustente a pretensão de reajuste ou revisão do prêmio pago pelo segurado à seguradora em situações distintas daquelas autorizadas em lei, como, por exemplo, nas hipóteses de aumento da sinistralidade, ou seja, do número ou volume de indenizações pagas pelo segurador, invocando em favor deste a necessidade de preservação do equilíbrio do contrato. Essa circunstância tem especial interesse nos contratos que se projetam no tempo, às vezes por décadas, como é o caso do contrato de seguro de vida, de acidentes pessoais, ou mesmo os seguros de danos patrimoniais, em que o segurado, muitas vezes sem que tenha reclamado indenização a qualquer tempo, é obrigado a suportar aumentos significativos no valor do prêmio devido ao segurador, sob o argumento genérico de aumento do risco e necessidade de preservação do equilíbrio do contrato”.<sup>459</sup>

No entanto, tendo em vista o significado econômico correspondente entre as prestações das partes, o seguro deixa de ser um contrato aleatório, como defendia a doutrina tradicional<sup>460</sup>, passando à categoria dos contratos comutativos. A proibição a pretensão de

---

<sup>459</sup> MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro..., op.cit., p.248. Para o mesmo autor, “os que sustentam alterar-se a tradicional natureza aleatória do seguro invocam vários argumentos: (a) de que, na atual contratação em massa dos contratos de seguro, não admite que se fale na incerteza quanto à desvantagem do segurador, porquanto a ocorrência do sinistro e obrigação de indenizar em certos contratos seria compensada pela sua não ocorrência em outros tantos contratos, razão pela qual a exploração econômica dos seguros seria feita mediante cálculos precisos sobre sua viabilidade econômica; (b) de que, enquanto o Código Civil de 1916 definia, em seu art. 1432, o contrato de seguro como ‘aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato’, o Código Civil de 2002 prevê a obrigação da seguradora de garantia do interesse do segurado em relação a um risco”.

<sup>460</sup> Como defende Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de um contrato aleatório, “na medida em que o segurador assume os riscos sem co-respectividade entre as prestações recíprocas, ainda que se conheça o valor global das

reajuste ou revisão do prêmio pago pelo segurado à seguradora em situações distintas daquelas autorizadas em lei decorre da função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva.

Embora se trata de conduta que não deva ser tolerada, por ofender inclusive a principiologia que rege as relações de consumo, o contrato de seguro não pode ser qualificado apenas com base na sua patologia.

Vale transcrever a doutrina de Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B.Cavalcanti e Ayrton Pimentel acerca da natureza comutativa do contrato de seguro:

(...)ainda que os intérpretes sejam tradicionalmente inclinados a definir o contrato de seguro como contrato aleatório, categoria de contratos esta diferenciada pela incerteza(*Alea*), no momento da estipulação, sobre qual das partes virá a suportar o maior sacrifício entre as prestações, na realidade, esta configuração não parece completamente satisfatória no que diz respeito à operação securitária. Não se pode falar, com efeito, de *alea* na perspectiva do segurador, pois, para este último, a ocorrência do sinistro, e a conseqüente obrigação de pagamento da indenização, constitui evento amplamente previsto e precisamente calculado com instrumentos atuariais. O que não se pode prever é 'qual' entre os riscos assegurados se realizará em sinistro a ser indenizado; mas a circunstância é absolutamente indiferente para o segurador. Não se pode falar de *alea* para o segurado, pois o eventual pagamento da indenização não significa uma vantagem, mas a simples reparação econômica de um dano inesperado(...)Em conclusão, a colocação do contrato de seguro no âmbito dos contratos aleatórios somente tem significado se se considerar o contrato um contrato isolado e em relação a uma componente da prestação do segurador(pagamento da indenização, da renda ou do capital). *Entretanto, uma vez que se identifique a função do contrato na neutralização do risco e se considere a operação isolada inserida numa massa de riscos homogêneos, o conceito da aleatoriedade perde grande parte de seu significado(g.n.).*<sup>461</sup>

---

obrigações do segurado. Por tal motivo, o risco é um elemento essencial do contrato de seguro, como acontecimento incerto, independentemente da vontade das partes". Porém, admite o ilustre civilista que "Não obstante ser tão importante, que falta objeto ao seguro se a coisa não estiver sujeita a risco(...), trata-se de um fator relativo, eis que a sua intensidade pode oscilar ao sabor de circunstâncias várias". Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 13.ed. Atualização de Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.391.

<sup>461</sup> *O contrato de seguro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31.

### 3-Ação direta da vítima em face do segurador. Intervenção do ressegurador.

Questão altamente debatida na doutrina e na jurisprudência reside na possibilidade de ação direta da vítima em face do segurador contratado pelo autor do dano.

Para uma corrente, a jurisprudência tem se inclinado pela negativa, ao argumento de que não constitui o seguro de responsabilidade civil uma estipulação em favor de terceiro, mas o segurado o contrata em benefício próprio, para se resguardar das consequências do dano que venha a causar a outrem.

Segundo tal orientação, baseada no princípio da relatividade dos contratos, a vítima não poderia exigir nada do segurador, por não manter com este qualquer relação jurídica; aquela ação regressiva caberá apenas ao segurado, para ser ressarcido, nos limites do contrato, por aquilo que tiver indenizado o prejudicado.<sup>462</sup>

A única exceção, em se tratando de relação de consumo, seria o caso de falência do fornecedor, tendo ele seguro de responsabilidade civil, caso em que o artigo 101, II do Código de Defesa do Consumidor permite que a ação de ressarcimento seja proposta diretamente em face do segurador.<sup>463</sup>

Segundo Sergio Cavalieri Filho,

“O Código Civil, ao tratar do seguro de responsabilidade civil, no seu art. 787 e parágrafos, em nada facilitou a questão. Antes, pelo contrário, criou obstáculos, na medida em que vedou ao segurado(causador do dano) reconhecer sua responsabilidade, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. Apenas nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios(art. 788) autoriza ao segurador pagar a indenização diretamente ao terceiro prejudicado”.

Ressalta, porém, o mesmo autor:

“Na prática, todavia, o segurador paga, com frequência, a indenização diretamente ao terceiro(vítima), ou conserta o seu automóvel danificado em oficinas com as quais tem convênio, o que é louvável, na medida em que previne um grande número de conflitos e evita as respectivas

---

<sup>462</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.449.

<sup>463</sup> Idem.

ações judiciais. O Código Civil de 2002 manteve essa disciplina(art.787)”.<sup>464</sup>

Já para uma segunda corrente, a nosso ver mais condizente com o princípio constitucional da solidariedade social(art. 3º., I, CR) e com o princípio da função social do contrato, admite-se a ação direta da vítima inclusive no seguro facultativo de responsabilidade civil.<sup>465</sup>

Visto o seguro facultativo de responsabilidade civil como uma estipulação em favor de terceiro, a normativa do artigo 436, parágrafo único do Código Civil estabelece que o terceiro beneficiário também pode exigir o cumprimento da obrigação. Aquele dispositivo, enquanto norma geral, se compatibiliza com a especialidade do regulamento legal do contrato de seguro, não se podendo inferir um tratamento diferenciado do seguro obrigatório somente pelo fato de ter o artigo 788 do Código Civil ter contemplado expressamente aquela hipótese.

Parte da doutrina defende que a redação do art. 787 do Código Civil, acerca do seguro de responsabilidade civil, permite a ação direta da vítima contra a seguradora, referindo-se ainda à experiência latino-americana, encontrando-se aquela legitimidade ativa incorporada ao ordenamento do México, Bolívia, Colômbia, Peru, Honduras e Guatemala, além de ser reconhecida pacificamente pelos tribunais no Panamá e Venezuela, mesmo na ausência de previsão legal específica.<sup>466</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se um tanto dividida acerca da matéria, sendo que diversos arestos daquela Corte já admitiram a ação direta da vítima, justamente por se tratar de uma estipulação em favor de terceiro.

---

<sup>464</sup> Idem

<sup>465</sup> Para Adalberto Pasqualotto, a favor da segunda corrente, “*Data venia*, a participação do segurado pode ser promovida pela seguradora mediante chamamento ao processo, não obstante este seja facultativo. É que, de outro modo, fica cerceada a função social do contrato de seguro nos casos em que, ainda que o seguro seja facultativo, é prevista a indenização a ser paga em favor das vítimas”. PASQUALOTTO, op.cit., p.149

<sup>466</sup> RUIZ, Urbano. Seguro de responsabilidade civil. Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora. Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade(org.)*Doutrinas essenciais*. Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.1000. Segundo Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B.Cavalcanti e Ayrton Pimentel, “as leis, de uma forma geral, orientadas pela constatação da importância pública da matéria e pela impossibilidade de os patrimônios individuais atenderem às indenizações, implicaram mecanismos como a ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil”. TZIKULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, op.cit., p.134.



Vale transcrever um trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. no julgamento do Recurso Especial n.º 294057-DF(4ª turma, j.28.6.91):

“Ocorre que o contrato de seguro pode caracterizar uma situação em que a avença celebrada entre duas partes tenha estipulação em favor de um terceiro, não figurante da relação e mesmo ainda não identificado, embora identificável, que seria o beneficiário, com direito de recebimento do valor segurado”.

No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial n.º 228840-RS(3ª t., j.26.06.2000), que teve como relator para o acórdão o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e como relator o Ministro Ari Pargendler: “Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro”.

Mais enfática ainda foi a manifestação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no Recurso Especial n.º 401.718-PR(4ª t., j.03.09.2002) :

“I – As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. II – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro”.

Posteriormente, a mudança na composição da 4ª turma alterou a orientação daquela Corte, passando a constituir-se maioria no sentido de que a ação direta somente é admissível no seguro obrigatório.<sup>467</sup>

Nesse sentido, o Recurso Especial n.º 256.424-SE(4ª turma, relator para o acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., vencido o relator, Min. Fernando Gonçalves, j.29.11.2005):

“CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO DIRETA MOVIDA POR VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA SEM A PRESENÇA DO SEGURADO NA LIDE. IMPOSSIBILIDADE.

I. Diversamente do DPVAT, o seguro voluntário é contratado em favor do segurado, não de terceiro, de sorte que sem a sua presença concomitante no

---

<sup>467</sup> PASQUALOTTO, Idem.

pólo passivo da lide, não se afigura possível a demanda intentada diretamente pela vítima contra a seguradora.

II. A condenação da seguradora somente surgirá se comprovado que o segurado agiu com culpa ou dolo no acidente, daí a necessidade de integração do contratante, sob pena, inclusive, de cerceamento de defesa”.

Outro problema que no passado recente dividiu os doutrinadores e os tribunais reside na legalidade da intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil, que, nos termos do artigo 68 do Decreto-lei n.º 73/66, “será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro sempre que tiver responsabilidade no pedido”.<sup>468</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, no âmbito da sua aplicabilidade, dispensou a intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil, seja como litisconsorte necessário, seja como denunciado ou assistente litisconsorcial. O contrato de resseguro, na visão do CDC, é estranho ao beneficiário (*res inter alios acta*), o que inspirou a redação do artigo 101, II da Lei n.º 8078/90:

Art. 101 – Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, serão observadas as seguintes normas:

.....  
II – o réu que houver contratado seguro de responsabilidade civil poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração ao contraditório do Instituto de Resseguros do Brasil.

A disciplina da matéria ganhou novos contornos após a edição da Emenda Constitucional n.º 13/96, que alterou o artigo 192, II da Constituição da República, rompendo

<sup>468</sup> O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 45.914-1, da 3ª Turma, julgado em 10.5.1994, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, manteve a posição de que o IRB, nas ações de seguro, não obstante o instituto da denunciação da lide, atua como litisconsorte necessário, respondendo diretamente perante o segurado. Posteriormente, tal entendimento seria revisto por aquele Tribunal, como se verifica do julgamento do Recurso Especial n.º 647377-RS, (3ª T., j.13.4.2006), relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi: “Processo civil. Ação proposta visando ao recebimento de cobertura securitária. Propositura da ação quando ainda era exigida a presença do IRB, na qualidade de litisconsorte necessário. Desaparecimento da exigência antes do oferecimento da contestação por esse órgão, do que decorre sua exclusão do pólo passivo do processo.

Responsabilidade pelos honorários advocatícios. - Se desaparece a exigência legal de formação de litisconsórcio necessário entre a Companhia Seguradora e o IRB, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios se define mediante a aplicação do princípio da causalidade. - Hipótese em que, tendo em vista o julgamento de improcedência do pedido, seria do autor a referida responsabilidade. - Não havendo, porém, pedido do recorrente nesse sentido, mas apenas de exclusão da responsabilidade atribuída ao IRB para o pagamento dessas verbas à Companhia Seguradora que atuou como co-ré no processo, reforma-se o acórdão apenas para o fim de manter cada parte responsável pelos honorários a serem pagos aos respectivos advogados. Recurso especial provido”.

o monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil, que passou a ser referido naquele dispositivo como o órgão oficial fiscalizador.

A Lei Complementar n.º 126/2007, que regulamentou a abertura do mercado de resseguros no Brasil, estabeleceu, em seu art. 14, que os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando os cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los.

4- A boa-fé objetiva e sua aplicação específica no contrato de seguro. Transferência do seguro de dano em virtude da alienação do bem. Prescrição. Seguros em grupo.

A boa-fé do segurado e segurador é contemplada no artigo 765 do Código Civil, que, igualmente em nome do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, se relaciona com os artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual.<sup>469</sup>

Os deveres de informação, cooperação e cuidado decorrentes da boa-fé objetiva devem ser impostos aos fornecedores tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão.<sup>470</sup>

O dever de informação a cargo do segurador(CDC, arts. 30 e 31) relaciona-se a todos os aspectos essenciais do contrato, como é o caso do valor da cobertura aos diferentes riscos previstos na apólice, das cláusulas de exclusão de responsabilidade e de eventuais procedimentos a cargo do segurado, como é o caso do preenchimento de formulários de perfil, além do fornecimento de documentação ou outras declarações.<sup>471</sup>

Diz-se que o seguro, na expressão de Clóvis Beviláqua, é um contrato de boa-fé; porém, embora se trate de princípio imanente a todos os contratos, segundo o mestre, “no seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes

---

<sup>469</sup> Já dizia Clóvis Beviláqua que o seguro é um contrato de boa-fé, mas, embora se trata de princípio imanente a todos os contratos, “no seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo no seguro o dever comum de dizer-se a verdade”BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v.2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.p.573.

<sup>470</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.395.

<sup>471</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro....op.cit., p.245

confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo no seguro o dever comum de dizer-se a verdade”.<sup>472</sup>

Impõe-se a ambas as partes, conforme os arts. 765 e 766 do Código Civil, um dever de veracidade, tanto em relação ao segurado – nas declarações que fizer ao segurador para que este faça a correta avaliação do risco – como também ao segurador, nas informações quanto ao valor e extensão da cobertura e cláusulas de extensão ou limitação da sua responsabilidade.<sup>473</sup>

É comum a dispensa de declarações por parte das companhias seguradoras, em seguros como os de saúde e de vida. Nesse caso, a seguradora assume o risco da declaração dispensada, não podendo depois, ocorrido o sinistro, recusar-se a indenizar.<sup>474</sup>

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n o. 300.215, que teve como relator o Ministro Aldir Passarinho Jr.(4ª t., j.29.05.2001), se a seguradora não exigiu exames médicos previamente à aceitação da proposta, presume-se a boa-fé subjetiva do segurado:

“CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ÓBITO. DOENÇA PREEXISTENTE. OMISSÃO. LONGEVIDADE DO SEGURADO APÓS A CONTRATAÇÃO. ELEVAÇÃO DA COBERTURA. VALOR ANTERIOR ÍNFIMO. RAZOABILIDADE NO AUMENTO DA COBERTURA PRETENDIDA. MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CC, ARTS. 1443 E 1444.

I-Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de ‘diabetes melittus’ quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável

<sup>472</sup> Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. v. IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p.573.

<sup>473</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro..., op.cit., p.253. Acrescenta o autor que “o descumprimento deste dever de informar do segurador-fornecedor dá causa a uma série de sanções ao fornecedor, dentre as quais: (a) inexigibilidade de obrigações não informadas adequadamente ao segurado-consumidor(art.46, CDC);(b)se for o caso, o cumprimento da oferta na forma compreendida pelo segurado-consumidor, sem prejuízo de indenização por descumprimento(art. 35, CDC); (c) sanções administrativas aplicadas pelos Procons e/ou pela Susep, que neste particular podem atuar concomitantemente, nas respectivas áreas de competência”.

<sup>474</sup> PASQUALOTTO, op.cit, p.110. Tal prática do mercado securitário é justificada por Pedro Alvim: “o contrato de seguro não é apenas um contrato de *bonae fidei*, mas de *ubérrimae fidei*; a celeridade da atividade econômica, incrementada pela rede de comunicações introduzidas pela tecnologia, não pode ficar à mercê de morosos processos de fiscalização ou pesquisa por parte das seguradoras, às quais são demandadas coberturas imediatas para vultosos e sofisticados riscos industriais e comerciais. Logo, ou confiam nas declarações do segurado, ou tornam difícil e impraticável sua atividade” cf. ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*, op.cit, p.132.

estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes.

II-Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual.

III-Recurso conhecido e provido”.<sup>475</sup>

O aspecto mais controvertido da cláusula-perfil refere-se ao fato de que a mesma visa obrigar o segurado a comportar-se de acordo com as declarações prestadas quando do preenchimento do questionário. Isso significa que, se o segurado declara que um imóvel é destinado a uso residencial, deve continuar a utilizá-lo como tal. Da mesma forma, se outra

---

<sup>475</sup> Segundo um trecho da fundamentação do voto do relator, “(...)o *de cuius* vinha, desde 1982, contratando o seguro, o que fez, sucessivamente, por quatorze anos, a demonstrar que inobstante omitido padecer de diabetes, ele ainda possuía higidez bastante, o que retira a presunção de fraude, normalmente ocorrente quando, à vista de um quadro emergencial, a pessoa faz seguro com a nítida intenção de repassar as despesas médicas e hospitalares que ocorrerão em tempo quase que imediato, não revelando, propositalmente, a realidade sobre seu estado”.No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial n o. 116.024(STJ, 4ª t., rel.Min.Aldir Passarinho Jr., j.20.05.2003): “Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de cardiopatia quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobrevive por manter vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes”.

Igualmente significativo, apontando a interpretação mais favorável ao consumidor, sob o prisma da sua boa-fé, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. CONDIÇÕES GERAIS. ROUBO DO VEÍCULO. EVENTO ACONTECIDO COM O SEGURADO, CLÁUSULA INDICANDO OUTRA PESSOA COMO PRINCIPAL CONDUTOR. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA DISPOSIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONFIGURADORA DE INFRAÇÃO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE AGRAVAÇÃO DOS RISCOS. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. DANOS MORAIS. ADMISSIBILIDADE NA HIPÓTESE. SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO DO RECURSO. No contrato de seguro de automóvel, a declaração, por parte do segurado, ao preencher o questionário padrão fornecido pela seguradora, que passa a integrar as condições gerais, informando que outra pessoa utilizaria o veículo, 85% do tempo da semana, sem dizer, contudo, a quem caberia usá-lo nos 15% restantes desse tempo, dito aspecto, em si mesmo, se não gerou influência decisiva na aceitação da proposta e produziu o correto enquadramento tarifário do risco, significa que inexistente vício na contratação desse modo formalizada, como também mencionada particularização, ou limitação, igualmente não revela que a cobertura securitária somente poderia ser exigida no caso de o sinistro acontecer quando o carro estivesse sendo conduzido por aquele que o utilizava em período maior, nada cobrindo em relação ao menor período, ainda que utilizado pelo segurado, já que traduziria um contrato incompleto, considerando que o alvo do seguro é obviar a incerteza e preservar o patrimônio. Assim, tratando-se de ação de cobrança proposta pelo segurado em face da seguradora, objetivando o recebimento de indenização pactuada no contrato de seguro de automóvel celebrado entre as partes, em virtude de roubo do veículo praticado com emprego de arma de fogo, cujo evento ocorreu quando o mesmo era conduzido pelo próprio segurado, a cláusula que indica outra pessoa de sua família como principal condutor durante o maior período de tempo de circulação(85%), silenciando-se, porém, acerca do condutor no menor período de tempo(15%) não impõe exclusividade e nem poderia impedir que ele, o segurado-contratante, desde que habilitado e acima da faixa superior de limitação da idade, conduzisse o veículo de sua propriedade em qualquer desses períodos, circunstância que não configura falta de boa-fé e veracidade, tampouco infração contratual, bem como não implica em agravação dos riscos, daí resultando, via de consequência, que devida é a indenização securitária reclamada”.

pessoa declara ser o condutor principal de um veículo, não poderá depois deixá-lo aos cuidados do seu filho de apenas 18 anos.<sup>476</sup>

A jurisprudência tem considerado abusiva a previsão do perfil, por restringir, de certa forma, os usos que o declarante poderá fazer do bem durante a vigência do contrato. Por mais que se vislumbre a boa-fé como “via de mão dupla”, obrigando ambos os contratantes a atuarem de forma leal e refletida, o fato de se tratar de relação de consumo impõe uma boa-fé mais qualificada. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AGInst n ° 69.537-RS ( 4ª Turma, Rel.Min.Barros Monteiro, RSTJ 93/308 ) : “Seguro. Assassinato da segurada pelo próprio marido. Direito dos filhos à indenização. Art. 1436 do Código Civil. Se há dois ou mais beneficiários e somente um foi o responsável pelo assassinato, o outro nomeado ou outros nomeados fazem jus ao recebimento da prestação

Com relação ao beneficiário do seguro, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, reconhecida a sua boa-fé, o ato ilícito cometido pelo segurado, ao agravar o risco, para os efeitos do art.762 do Código Civil, não o atinge, permanecendo válido o contrato em relação àquele terceiro(REsp.464.426-SP, rel.Min.Barros Monteiro, DJ. 01.08.05).

A mesma solução aplica-se ao caso do beneficiário de seguro de vida que assassina ou manda assassinar o segurado para receber a correspondente indenização.<sup>477</sup>

Caso haja mais de um beneficiário do seguro, sendo apenas um deles o responsável pelo ato ilícito, o contrato não se nulifica, devendo a exclusão do benefício do seguro cingir-se tão-somente ao autor do ato criminoso , garantida a indenização aos beneficiários inocentes.<sup>478</sup>

<sup>476</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. Notas sobre as declarações do segurado na fase pré-contratual: os efeitos da boa-fé objetiva sobre a cláusula perfil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.23, p.88, jul./set. 2005. A autora menciona o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “A cláusula que condiciona o estacionamento em garagens deve ser tida como abusiva, na forma do art. 51, IV do CODECON, por se tratar de dispositivo iníquo, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada e incompatível com a boa-fé e com o direito de propriedade, que permite o uso e gozo do bem em domínio. Aplicação do CDC, art. 3º., parágrafos 2º. e 6º., inciso VIII. Como foi dito na sentença, o preenchimento de questionário de perfil não pode servir de base para imputação de má-fé, sempre que o veículo for furtado fora do estacionamento indicado, pois há inúmeras circunstâncias que obrigarão o segurado a deixar o veículo estacionado na rua. O alegado perfil não pode ser visto com a rigidez pretendida pela seguradora. O risco é inerente ao contrato e o que a primeira apelante pretende é escapar do dever de indenizar”(TJ-RJ, ap.cível 2004.001.19421, 11ª CC, rel.Des.Otávio Rodrigues, j.29.9.94”.

<sup>477</sup> CAVALIERI FILHO, op.cit., p.445.

<sup>478</sup> Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AGInst n ° 69.537-RS ( 4ª Turma, Rel.Min.Barros Monteiro, RSTJ 93/308 ) : “Seguro. Assassinato da segurada pelo próprio marido. Direito dos filhos à indenização. Art. 1436 do Código Civil. Se há dois ou mais beneficiários e somente um foi o responsável pelo assassinato, o outro nomeado ou outros nomeados fazem jus ao recebimento da prestação”.

Outra importante questão refere-se à admissibilidade ou não da transferência do seguro de dano como consequência necessária da alienação do bem.

A regra, consoante o artigo 785 do Código Civil, é a transmissibilidade do contrato, mas nem sempre é indiferente ao segurador a pessoa do titular do bem segurado. Mesmo no seguro de dano, levam-se em conta, muitas vezes, fatores como profissão, sexo, local de residência, o cuidado que se tem com o bem segurado e outras peculiaridades, que podem ser afetadas pela alienação do bem.<sup>479</sup>

Porém, tem prevalecido na jurisprudência o reconhecimento do direito à indenização por parte do adquirente do bem, salvo prova de insuportável aumento do risco, mesmo que haja cláusula na apólice condicionando a transferência à prévia anuência do segurador. Tal entendimento terminou consagrado na recente edição da Súmula 465 do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto excetua a obrigação apenas se a transferência significar aumento real do risco envolvido no seguro: “Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação”.

Em matéria de prescrição<sup>480</sup>, embora hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo ânno previsto no art. 206, parágrafo primeiro, II do

---

<sup>479</sup> CAVALIERI FILHO, op.cit, p.447

<sup>480</sup> O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores(seguro DPVAT) tem o caráter de seguro de responsabilidade civil, razão pela qual se lhe aplica o prazo prescricional de três anos previsto no artigo 206, parágrafo terceiro, IX do Código Civil, consoante decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Extraordinário 1.071.861-SP, julgado pela Segunda Seção daquela corte no dia 27.05.2009. O voto do relator para o acórdão, Min.Fernando Gonçalves, buscou descaracterizar o seguro DPVAT como seguros de dano, os quais “recaem sobre um bem, ou sobre um direito de cuja eventual perda ou deterioração o titular quer se ver ressarcido. Nesse passo, é a partir do valor do bem, ou do crédito, que se calcula o valor do prêmio. Assim, o seguro contra incêndio de uma mansão situada em um bairro nobre é mais oneroso, em condições normais, do que o de um pequeno imóvel na periferia.

O DPVAT, a seu turno, possui um prêmio de valor fixo, isto é, dentro da mesma categoria de veículos, o valor a ser pago é idêntico. Assim no caso de veículos de passeio, por exemplo, pouco importa se para um automóvel de luxo, zero, ou para um modelo popular, usado, o valor do prêmio anual em abril de 2009 corresponde a R\$ 93,87(informação colhida no site oficial do seguro obrigatório – <http://www.depvatseguro.com.br>)

Isso se explica justamente porque o risco coberto é o da atividade exercida pelo instituidor, qual seja, conduzir veículo automotor, potencialmente lesiva, não havendo qualquer relação com o valor do bem, como no caso dos seguros de dano”

Houve divergência no julgado acima mencionado, pois, segundo o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, o DPVAT teria finalidade eminentemente social, de garantia de compensação pelos danos pessoais de vítimas de acidentes com veículos automotores. Por isso, diferentemente dos seguros de responsabilidade civil, protegeria o acidentado, e não o segurado. A prescrição a ser aplicada seria, portanto, a da regra geral do Código Civil, de dez anos.

No mesmo sentido, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n o. 1057098/SP, rel.Min.Massayami Uyeda, 3ª t., j.14.10.08, adotando o prazo de três anos previsto no art. 206, parágrafo terceiro, IX do Código Civil.

Código Civil prevalece sobre o disposto no artigo 27 da Lei n.º 8078/90, consoante o voto do Recurso Especial n.º 207.789-RJ, julgado pela Segunda Seção daquela corte em 24.09.2001:

CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. RECUSA. PRESCRIÇÃO ANUAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, PARÁGRAFO SEXTO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 27.

I. Em caso de recusa da empresa seguradora ao pagamento da indenização contratada, o prazo prescricional da ação que a reclama é o de 1(um) ano, nos termos do art. 178, parágrafo 6º., inciso II, do Código Civil.

II. Inaplicabilidade do lapso prescricional quinquenal, por não se enquadrar a hipótese do conceito de 'danos causados por fato do produto ou do serviço', na exegese dada pela 2ª Seção do STJ, uniformizadora da matéria, ao art. 27 c/c os arts. 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

III. Recurso especial conhecido e provido.

Em matéria de seguros coletivos, o artigo 801, parágrafo segundo do Código Civil introduziu um complicador, que certamente contribuiu para dificultar as relações entre estipulante, segurador e segurados, ao dispor que as condições da apólice somente poderão ser modificadas com a anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

O mencionado parágrafo único inclusive vai de encontro ao respectivo *caput*, que prevê a desnecessidade de manifestação dos segurados por ocasião da celebração do contrato, sendo que, embora vise, em tese, estabelecer uma garantia em favor dos beneficiários, torna-se de execução praticamente inviável, sobretudo nos seguros em grupo que abrangem mais de um município.<sup>481</sup>

A interpretação restritiva de tal dispositivo é a solução que melhor se impõe, consoante o enunciado n.º 375 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “no seguro em grupo de pessoas, exige-se o *quorum* qualificado de  $\frac{3}{4}$  do grupo,

<sup>481</sup> Em sentido contrário, a doutrina de Adalberto Pasqualotto, op.cit., p.173: “os segurados constituem uma coletividade perante o estipulante e, especialmente, perante o segurador. São titulares de direitos e interesses individuais homogêneos, derivados da mesma origem: o contrato de seguro coletivo. Uma vez que o contrato foi estipulado no interesse deles e a eles foi atribuída a titularidade de direitos subjetivos, eventuais modificações da apólice dependerão de expressa manifestação de vontade da coletividade dos segurados. A manifestação de vontade deve resultar do concurso de três quartos do total dos membros do grupo. Trata-se de pressuposto de validade, sendo nula, portanto, decisão com índice inferior. Note-se que não se trata de *quorum* (presença em assembléia), mas de votos, levando em conta a totalidade dos segurados”.



*previsto no CC 801, parágrafo segundo, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor”.*

### 5-Cláusulas abusivas nos contratos de seguro

Abusiva, na definição de Rubén S. Stiglitz, é aquela cláusula que desnatura o vínculo obrigacional, seja ao limitar ou suprimir a obrigação do proponente, alterando a equivalência entre as partes, seja ao favorecer excessiva ou desproporcional a posição contratual do fornecedor ou mostrar-se incompatível com os princípios gerais tidos como essenciais em cada ordenamento.<sup>482</sup>

Em regra, a tipologia das cláusulas abusivas nos contratos de seguro associa-se à imposição de limites ou exclusões da responsabilidade do segurador, de modo a restringir ou afastar a garantia contratual, além de estabelecer em face do segurado-consumidor condições substancialmente onerosas de contratação.<sup>483</sup>

As cláusulas limitativas da obrigação de indenizar são admitidas, salvo aquelas qualificadas como abusivas pelo art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor, até mesmo porque não é possível imaginar contratos de seguro em relação a riscos universais, o que iria de encontro ao princípio da mutualidade, associado à causa e ao equilíbrio econômico do contrato.<sup>484</sup>

Logo, é perfeitamente aceitável, como consagrado na praxe securitária, a delimitação da obrigação de indenizar do segurador, desde que isso não ameace a garantia de interesse legítimo do segurado em relação a riscos predeterminados.

<sup>482</sup> *Clausulas abusivas em el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.p.69. Defende o autor que “como contrato caracterizado tradicionalmente como formado por adesão a condições gerais, podemos afirmar que o seguro, ou melhor seu instrumento, a apólice, é o modelo que geralmente se subministra como exemplo do negócio que concentra quantitativamente maior quantidade(*sic*)de cláusulas abusivas. Na busca das razões de tal afirmação, podemos assinalar que são plurais:

a) Em primeiro lugar, se trata do contrato de adesão mais antigo, o que pressupõe que o tempo serviu para que se desenvolvesse como tal, para que o mercado que opera com o mesmo o conheça, unifique seus textos, se prerredija seu conteúdo, se sirva do mesmo para futuros contratos sobre os mesmos riscos etc.

b)Em segundo lugar, se trata de um contrato que se instrumenta em apólices cujo conteúdo se encontra integrado por uma extensa enunciação de condições gerais(sua aparência adota a forma de um pequeno caderno), o que facilita dissimular entre elas as abusivas;

c)Em terceiro lugar, se encontram redigidas e impressas de tal maneira que aparecem como de difícil legibilidade e, quando se remove o obstáculo e se alcança(em ocasiões com meios mecânicos) a possibilidade de lê-las, aparece outro impedimento: poder compreendê-las”(tradução livre).

<sup>483</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro..., op.cit., p.257.

<sup>484</sup> Idem

A seguradora deve prestar ampla informação das cláusulas limitativas do seguro no momento da proposta, e não apenas após a celebração do contrato, quando envia para a residência do consumidor o manual do segurado. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, enfatizando a ofensa ao disposto nos arts. 46 e 54, parágrafo quarto, ambos do Código do Consumidor, estabeleceu que o esclarecimento posterior das cláusulas restritivas viola a boa-fé, tornando ilegal a exclusão do benefício com o argumento de agravamento do risco.<sup>485</sup>

A noção de interesse legítimo encontra-se umbilicalmente ligada à idéia de expectativa legítima, informada pelo princípio da boa-fé objetiva, ou seja,

da compreensão razoável do segurado-consumidor, mediante a ausência de qualquer óbice expresso ou informado pelo segurador-fornecedor, acerca da garantia a determinados interesses que considera abrangidos pela apólice, e em relação aos quais não se admite que seja surpreendido após a ocorrência do evento danoso, com a negativa de pagamento da indenização, em face de exclusão que não tenha sido adequadamente informada ou comprometa a própria causa do contrato.<sup>486</sup>

Nessa linha, defende Bruno Miragem que não pode ser razão para resolução do contrato, ou ainda da sua alteração unilateral, a verificação do aumento do risco ou da sinistralidade ao longo da vigência contratual:

A recomposição eventual do prêmio e da indenização contratada em relação ao aumento do risco verificado deve ser, obrigatoriamente, objeto de novo ajuste entre o segurado e o segurador, sob pena de invalidade de qualquer alteração unilateral, tanto em face do disposto no art. 51, XI do CDC, quanto do art. 13 do Decreto-lei n.º 73/66, que expressamente prevê: “art. 13 – As apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos

<sup>485</sup> A ementa é a seguinte: “RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SEGURO DE VIDA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMBRIAGUEZ. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA AO QUAL NÃO FOI DADO O PERFEITO CONHECIMENTO AO SEGURADO. ABUSIVIDADE. INFRIGÊNCIA AO ARTIGO 54, PARÁGRAFO QUARTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1-Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, parágrafo quarto do CODECON, e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2-No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do “manual do segurado”, enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, parágrafo quarto do CDC”(STJ, 4ª t. RESP. 1.219.406-MG, rel.Min.Luis Felipe Salomão, j.15.02.11).

<sup>486</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro....op.cit., p.258.

contratos de seguro ou por qualquer outro modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em lei”.<sup>487</sup>

Em seguida, examinaremos algumas situações que ensejarão a aplicação concreta do princípio da boa-fé, em contraposição a certas práticas tidas como consagradas no mercado securitário.

Na hipótese de sinistro provocado pelas forças da natureza, como enchente ou terremoto, configurando hipótese de caso fortuito ou força maior, a seguradora não se exime da obrigação de indenizar, revelando-se abusiva eventual cláusula de exclusão de responsabilidade, a menos que comprovado o agravamento intencional do risco pelo segurado, consoante o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

[0004017-18.2005.8.19.0061](#)

DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 09/01/2007 - OITAVA CAMARA CIVEL

Apelação cível. Ação ordinária indenizatória. Seguro de automóvel. Relação de consumo. Incidência do artigo 14 do CODECON. Cobrança de indenização devida pela perda total de automóvel decorrente de danos sofridos por enchente de via de rolamento. Do que consta dos autos, está comprovado que o autor não afrontou a cláusula 6, L do contrato de seguro litigioso, que declara não indenizáveis os danos decorrentes da tentativa deliberada de transpor locais alagados por água de chuva, uma vez que ficou claramente demonstrado que foi surpreendido por uma tempestade forte e imprevista, como é comum no verão em Teresópolis. Agravo de instrumento retido de que não se conhece em razão do descumprimento da norma contida no artigo 523, caput e parágrafo primeiro do CPC. Desprovimento do recurso.<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> Ibid., p.259

<sup>488</sup> No mesmo sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (12ª C.Cível, rel.Des.Antonio Iloizio Bastos, apelação cível n o. [0030200-46.2004.8.19.0001](#), j.16.11.2010): “INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE SEGURO. PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. FRANQUIA. INDENIZAÇÃO. EVENTUAIS PREJUÍZOS GERADOS PELA INDEVIDA IMOBILIZAÇÃO DO BEM. DANO MORAL. IPVA. DEPRECIÇÃO. Pedido indenizatório em razão de descumprimento de obrigação contratual da seguradora. A prova pericial foi categórica ao apontar o calço hidráulico como causa do evento danoso e este fenômeno tem por fato gerador a inundação do motor, sendo de todo verossímil a hipótese de alagamento por água das chuvas, vez que a entrada de ar do motor encontra-se em posição de fácil acesso, sendo certo que essa hipótese é contemplada na órbita de proteção do seguro contratado. Frise-se que não cabe argumento no sentido de que a hipótese restringe-se aos casos de colisões, mesmo porque não há prova de que a segunda Apelante tenha de fato entendido eventual intenção da primeira Apelante posta em cláusula de todo ambígua, que merece interpretação conforme a boa-fé e em favor daquele que adere. Também não há incidência no caso concreto da excludente contratual invocada, pois o evento danoso, a rigor, não foi gerado por peças do veículo, mas sim foi fruto de inundação no motor, fato este que desencadeou todo o processo danoso. Ainda que incida a franquia a ser subtraída da indenização securitária, o que depende da espécie do contrato, os juros

Da mesma forma, tendo em vista a expectativa legítima do segurado, mostra-se abusiva a cláusula que, em caso de sinistro envolvendo veículo objeto de aquisição garantida por propriedade fiduciária ou arrendamento mercantil, determina que os valores referentes ao financiamento serão pagos diretamente à empresa de arrendamento mercantil, visando assegurar a quitação e liberação do bem, além de garantir o seu direito de sub-rogação. Nesse sentido, o seguinte acórdão (TJ-RJ, apelação cível n. o. 2008.001.27370, TJ-RJ, 6ª CC, j.12.11.2008, rel. Des. Francisco de Assis Pessanha):

“ No contrato de arrendamento mercantil exige-se o seguro do bem arrendado em favor da arrendadora, mas, no caso concreto, o que de fato se tem é que no respectivo contrato de seguro a beneficiária é a apelante Alessandra.

Então, não poderia a seguradora opor empecilhos ao pagamento da indenização, inquirindo os motivos da dicotomia subjetiva nas contratações, porque seu dever era verificar previamente tal situação, aceitando-a ou não.

O que se torna inaceitável é o fato de que, na ocorrência do sinistro, no momento de cumprir o contrato e efetuar o respectivo pagamento, a seguradora vir com teses dissociadas do contrato e da lei, sob a denominação de ‘política interna’ para pretender nele inserir cláusula inexistente e, ainda,

---

moratórios pleiteados são indevidos, pena de ferir a regra do art. 396 do CC. O valor de R\$ 7.631,83 apontado na sentença, e que se refere ao orçamento feito à época do evento danoso para o conserto do motor, está inserido na indenização securitária a que faz jus a segunda Apelante, sendo certo que não se trata de valor estanque que não possa ser atualizado para o presente momento. A indenização em razão de eventuais prejuízos havidos da imobilização do veículo, suscitados pelo perito e encampados pela julgadora, justifica-se pelo fato de que não se guarda relação com o seguro contratado, sendo fruto da conduta reprovável da primeira Apelante, não havendo que se falar, por assim dizer, em ausência de cobertura; também não se aproveita o argumento de que não houve pedido nesse sentido, pois a possibilidade de novos danos foi apontada em sede pericial, necessitando por isso de conhecimento técnico inexigível da segunda Apelante. Quanto ao dano moral, dada principalmente a gravidade da conduta, levada a efeito à revelia dos valores mais caros na formação de uma sociedade justa e solidária, afigura-se totalmente razoável e proporcional o valor de R\$ 10.000,00 fixados na origem. Quanto ao pedido de indenização pelo pagamento do IPVA, dada a causa de pedir, o pedido afigura-se juridicamente impossível, o imposto pago não se enquadra no conceito de prejuízos havidos da imobilização injusta do automóvel, não se paga o imposto para se ter disponível o uso do carro, mas sim porque se é proprietário do mesmo. Quanto ao pedido de indenização em razão da depreciação do bem, em respeito ao princípio da coerência, deve ser acolhido, pois tem o mesmo fato gerador e também não está expressamente coberto pelo contrato assim como acontece com os aludidos prejuízos eventuais apontados pelo perito, encampados pela julgadora, e que serão apurados em sede de liquidação; de toda sorte, indeniza-se neste caso a perda da chance de fruir um bem de determinado valor, pelo que o valor da depreciação expressa o valor da indenização; dizer o contrário chancela o enriquecimento sem causa e privilegia quem se vale da própria torpeza. Nestes termos, dá-se parcial provimento a ambos os apelos para deduzir da indenização o valor da franquia e condenar a Seguradora ao pagamento de indenização pela depreciação do bem imobilizado.

com a interpretação que mais lhe convém, sob o argumento, também, do exercício da sub-rogação.

*É evidente que no contrato de seguro de dano, verificado o sinistro decorrente de roubo do veículo, a indenização deve ser paga diretamente ao segurado, independentemente de haver ou não pendência relacionada à alienação fiduciária ou arrendamento mercantil.*

Ademais, o direito de sub-rogação está condicionado ao prévio pagamento da indenização ao segurado, na forma do artigo 786 do Código de Processo Civil(...).

Não há amparo legal para a inversão procedimental pretendida pela seguradora, ainda mais quando baseado em medida de política interna oriunda da crença em suposta impossibilidade do segurado em quitar o saldo pendente do financiamento do veículo segurado”(g.n.).

Em nome do princípio da boa-fé objetiva, mereceu a condenação da jurisprudência a cláusula de rateio, prevista no art. 783 do Código Civil em relação ao sinistro parcial.

A cláusula de rateio, também conhecida como regra proporcional, nasceu no seguro marítimo, tendo sido posteriormente estendida aos seguros terrestres, baseando-se, segundo Pedro Alvim, no pressuposto de que “a importância do seguro resulta numa cobertura parcial, em que a importância declarada no contrato representa o limite de responsabilidade do segurador. Sua obrigação não vai além desse valor, embora o segurado venha a sofrer danos superiores”<sup>489</sup>

Caso o valor real do bem seja menor do que a importância segurada, o segurado, consoante a cláusula de rateio, é considerado responsável pela diferença, ficando sujeito, proporcionalmente, ao mesmo risco que a seguradora.<sup>490</sup>

Para minorar os riscos da cláusula de rateio, os seguradores, mediante um prêmio adicional, normalmente oferecem uma outra modalidade de cobertura, denominada seguro a primeiro risco, que pode ser absoluto ou relativo. No seguro a primeiro risco absoluto, o

<sup>489</sup> *O contrato de seguro*, op.cit., p.312-313.

<sup>490</sup> Ensina Pedro Alvim: “o segurado, segundo esta cláusula, é considerado responsável pela diferença entre o valor dos bens e a importância garantida, como se fosse segurador de si mesmo. Se os bens valem cem e o seguro é de setenta, o segurado é considerado segurador da diferença de trinta. Nenhuma dúvida terá o segurado sobre sua aplicação se o sinistro for total. A importância segurada era, por exemplo, de cinquenta mil e o valor do bem, de cem mil reais. A seguradora só pagará cinquenta mil e o segurado perderá cinquenta mil. Em outras palavras, o seguro era de 50% do valor dos bens e a indenização foi também de 50% desse valor. “. Cf. ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*, op.cit., p.314.

segurador se obriga ao pagamento integral da indenização, mesmo diante da insuficiência de cobertura, independentemente do valor do sinistro, até o limite da importância segurada. Já no seguro a primeiro risco relativo, fica excluída parcialmente a cláusula de rateio, sob a forma de um percentual sobre a quantia segurada.

A tendência atual do mercado de seguros orienta-se no sentido de estimular a contratação de seguros a primeiro risco absoluto, mediante taxas mais elevadas do que a de uma apólice a risco proporcional.<sup>491</sup>

A justificativa dada pelas seguradoras à aplicação da cláusula de rateio obedece a uma motivação utilitarista, baseada na análise econômica do direito, visto que

a fixação de importância segurada menor do que o valor em risco implica menor pagamento do prêmio por parte de alguns segurados, que se beneficiariam em detrimento de outros, já que estariam pagando diferentes prêmios na transferência dos mesmos riscos à seguradora. Resulta daí a cláusula de rateio, visando corrigir a distorção

O Supremo Tribunal Federal já considerou legítima tal cláusula, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 60.013-SP, relatado pelo Ministro Amaral Santos e publicado no Diário da Justiça de 21.8.70.

Porém, a jurisprudência mais moderna tem se inclinado no sentido da abusividade da regra proporcional, por infração ao princípio da boa-fé objetiva (CDC, art. 4º., III e 51, IV), como se verifica das seguintes ementas:

“SEGURO.DANOS PARCIAIS. CLÁUSULA DE RATEIO. NULIDADE.Tendo a seguradora concordado com o valor atribuído ao bem quando da contratação, que era inferior ao de mercado, não pode alegar, em seu benefício,a cláusula de rateio,considerada nula, por infringir o disposto no art. 1434 do CC de 1916, então vigente, bem como o princípio da boa-fé contratual”(TJ-RS, 5ª CC, apelação cível n.º.70009019902, rel.Des.Leo Lima, j.12.8.2004)

“SEGURO INCÊNDIO. PERDA TOTAL. CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO.CLÁUSULA DE RATEIO DO RISCO.ABUSIVIDADE. A hipótese dos autos não se enquadra em nenhuma das previsões de prejuízos não indenizáveis ou de bens não compreendidos no seguro, razão por que a

<sup>491</sup> MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.51

negativa securitária, por estes fundamentos, mostra-se descabida. A cláusula 101-rateio, na qual se baseou a seguradora para indenizar parte do valor, a teor do art. 51 do CDC, é abusiva, pois se mostra confusa, ambígua e contraditória, além de exonerar ou atenuar a responsabilidade da seguradora, imputando ao segurado a assunção de parte do risco. */O fato de ter sido segurado o bem em valor menor do que efetivamente vale não sujeita o segurado ao mesmo risco da companhia.*” (TJ-RS, 5ª CC, apelação cível n. o. 70009483868, rel.Des.Umberto Guaspari Sudbrack, j. 23.09.2004)

“APELAÇÃO CÍVEL. O não pagamento integral do segurado, pela seguradora, constitui locupletamento. Cláusula de rateio abusiva, em testilha com o Código de Defesa do Consumidor, sendo, pois, nula e ineficaz, por permitir a redução do valor do seguro em inteira boa-fé do segurado.” (TJ-RJ, 12ª CC, apelação cível n. o. 1998.001.05527, rel.Des.Celso Guedes, j.21.7.1998”.

Afora o comportamento contraditório da seguradora, que frequentemente concorda com o valor atribuído ao bem por ocasião da contratação, ainda que inferior ao de mercado, a cláusula de rateio afronta o disposto no artigo 46 da Lei n. o. 8078/90, não obrigando o consumidor, haja vista a dificuldade de compreensão do seu sentido e alcance.

Nas palavras da professora Cláudia Lima Marques, “o valor pago pelo seguro deve ser aquele especificado na oferta, o qual despertou a confiança do consumidor e sobre o qual pagou suas contribuições”.<sup>492</sup>

A hipótese de suicídio do segurado é contemplada no artigo 798 do Código Civil:

“ art. 798 O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros 2(dois) anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado”.

Considerando as múltiplas causas que levam ao suicídio, que não exclusivamente a explícita má-fé do segurado, a justificar o agravamento do risco, a

---

<sup>492</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op.cit., p.395-396.

jurisprudência passou a diferenciar as hipóteses de suicídio premeditado e não premeditado<sup>493</sup>, firmando o entendimento de que os beneficiários só não teriam direito a receber o capital segurado se o suicídio tivesse sido premeditado.

No entanto, em maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 610: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Tal enunciado modifica a orientação anterior daquela Corte, expressa na Súmula 61, que acompanhava a Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal.<sup>494</sup>

A nova súmula segue a tendência já manifestada sobretudo no julgamento do Recurso Especial 1.334.005-GO(2ª Seção, rel.Min.Paulo de Tarso Sanseverino, rel. para o acórdão Min.Isabel Gallotti, j.08.04.2015), onde foi reconhecido que

1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único).
2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação.

No mesmo sentido, a posição já manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.076.942-PR(4ª turma, j.12.04.2011, rel.Min.João Otávio de Noronha), de modo que

1. Com o advento do Código Civil de 2002, artigo 798, ficou

<sup>493</sup> Como já ensinava BEVILÁQUA, op.cit., p.571, “o suicídio para anular o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contrato. Se, porém, o suicídio resultar de grave, ainda que subtanea, perturbação da inteligência, não anulará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntária; será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis”.

<sup>494</sup> Nos termos da Súmula n° 105 do Supremo Tribunal Federal : “*Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual da carência não exige o segurador do pagamento do seguro*”. Outrossim, na forma da Súmula n° 61 do Superior Tribunal de Justiça, “*o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado*”.



derrogado o entendimento jurisprudencial corroborado pelo enunciado da Súmula n. 61 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, "salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

2. O legislador estabeleceu critério objetivo acerca da cláusula de incontestabilidade, de forma que a seguradora fica isenta do pagamento de indenização se, nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, ocorrer morte por suicídio, não importando se premeditado ou não.

A seguradora será obrigada a indenizar depois do período de carência de dois anos, "mesmo diante da prova mais cabal de premeditação" (REsp 1.334.005), inclusive porque é "irrelevante a discussão a respeito da premeditação da morte, de modo a conferir maior segurança jurídica à relação havida entre os contratantes" (AgRg nos EDcl nos EREsp 1.076.942).

A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça (REsp.194/PR, rel.Min.Barros Monteiro, DJ 2.10.89) atribuía ao segurador a prova de que o segurado estava fria e conscientemente no gozo de suas faculdades mentais no momento em que praticou o deslucado gesto e assim procedeu com premeditação.<sup>495</sup>

Nas palavras de Adalberto Pasqualotto,

a expressão "suicídio premeditado" não é feliz, pois todo suicídio é previamente deliberado. O que se quer expressar é que, para haver cobertura securitária, é preciso que, ao tempo em que contratou o seguro, o segurado ainda não tivesse tomado a decisão fatídica. Portanto, trata-se de negar efeito ao contrato em que o segurado está pré-ordenado ao suicídio. Não resta dúvida de que, nesta hipótese, não há risco, pois ao contratar o segurado estaria apenas cumprindo uma etapa de seu plano autodestrutivo, cuidando previamente de prover de meios econômicos imediatos pessoas de sua estima.<sup>496</sup>

<sup>495</sup> DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XI. t.I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.791. Em sentido contrário, a posição defendida por Pedro Alvim, op.cit, p.239-241, e Silvio de Salvo Venosa, no sentido de que incumbe ao beneficiário comprovar a não premeditação, diante do que se defende caber à seguradora provar em contrário, por ser o suicídio um ato de inconsciência. Cf. VENOSA, op.cit., p. 370.

<sup>496</sup> PASQUALOTTO, op.cit., p.169.

Premeditado, portanto, é o suicídio cometido pelo segurado que celebra o seguro já com o ânimo de por fim à própria vida, de modo a contemplar financeiramente seus beneficiários. Já não premeditado é o suicídio em que o ânimo do segurado não está presente na celebração do seguro, porém se manifesta depois, encontrando-se geralmente ligado a enfermidade ou desequilíbrio mental.<sup>497</sup>

Ao estabelecer que o suicídio não gera indenização, caso ocorrido nos dois primeiros anos do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, o art. 798 do Código Civil<sup>498</sup> não impede que se continue a distinguir o suicídio premeditado do não-premeditado dentro do período de dois anos, não obstante aquela guinada jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça.

Essa é a visão espelhada pelo Enunciado n.º 187, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que o prazo de dois anos tem apenas o condão de inverter o ônus da prova<sup>499</sup>, presunção essa desfeita após o seu decurso:

187- No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da

<sup>497</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro..., op.cit, p.260. Nesse sentido, o voto da Ministra Fátima Nancy Andriahi no julgamento do Recurso Especial n.º 472236-RS(STJ, 3ª t., j.15.5.2003): “ para que o seguro de vida cubra suicídio, é necessário que ele não seja premeditado. No entanto, tal premeditação, regulada pela STJ 61, é aquela existente no momento da contratação do seguro e não a da concretização do ato”.

<sup>498</sup> Idem, p.261: “Trata-se, aqui, de hipótese que, em nosso entendimento, não prescinde da aplicação da técnica do diálogo das fontes e, por consequência, do exame da legitimidade do interesse do segurado, garantido por intermédio do contrato. Excluir-se simplesmente a indenização, a teor do disposto no art. 798, remete a um critério temporal arbitrário para impor presunção absoluta de má-fé do segurado(eis a ideia: ‘ quem comete suicídio nos primeiros dois anos do contrato, presume-se que tenha premeditado o ato’). Não nos parece adequado este entendimento, seja pela gravidade do interesse em questão, ou mesmo em face do tempo excessivo em que vigora a presunção. Em outros termos: não é razoável que alguém que planeja por fim à própria vida mantenha este desiderato pelo prazo de dois anos. Por outro lado, eis período mais do que suficiente para que o suicídio do segurado, que não o tenha premeditado, decorra de outras causas; como por exemplo, toda a sorte de enfermidades que podem afetar seu equilíbrio mental e emocional.

<sup>499</sup> No entanto, parte da jurisprudência, considerando a presunção de boa-fé do segurado, sequer tem admitido essa inversão do ônus da prova da premeditação nos dois primeiros anos, como se verifica do julgamento do Recurso Especial , 1.188.091-MG, julgado em 26 de abril de 2011, que teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andriahi: “Trata-se, na origem, de ação de cobrança objetivando receber indenização pelo suicídio de filho, que havia contratado seguro de vida com a recorrida. A questão consiste em saber se, nos termos do art. 798 do CC/2002, o cometimento de suicídio no período de até dois anos após a contratação de seguro de vida isenta a seguradora do pagamento da respectiva indenização. A Turma deu provimento ao recurso por entender que as regras concernentes aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios de boa-fé e da lealdade contratual. A presunção de boa-fé deverá prevalecer sobre a exegese literal do referido artigo. Assim, lastreada naquele dispositivo legal, entendeu que, ultrapassados os dois anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá necessidade de a seguradora provar a premeditação. O planejamento do ato suicida, para efeito de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se ao caso o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre presumida, enquanto a má-fé deve ser comprovada. Logo, permanecem aplicáveis as Súmulas ns. 105-STF e 61-STJ. Daí, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente o pedido e condenar a seguradora ao pagamento da indenização prevista no contrato firmado entre as partes, acrescido de correção monetária e juros legais a contar da citação(g.n.).

cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado ‘suicídio involuntário’.

Outra questão que se coloca, e que não pode deixar de ser levada em conta, é a seguinte: admitido o cabimento da indenização em face do suicídio não premeditado, o segurado tem o direito a receber o adicional por morte acidental?

A afirmativa foi reconhecida no voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial n.º 304.286-SP(STJ, 4ª t., j.13.2.2002), baseando-se no argumento de que

(...)Em resumo, todo suicídio é premeditado, diz Pontes de Miranda. A morte involuntária não é suicídio. O suicídio que não é premeditado, mas é voluntário, dá direito à indenização. Neste caso, equipara-se ao fato acidental, porque é causado normalmente por uma soma de fatores, não apenas internos mas também externos, assimiláveis a acidente. E, em contrato de adesão, não há que se admitir a exclusão do risco que é da essência do contrato de seguro.<sup>500</sup>

Em sentido contrário, a nosso ver mais acertada, sob pena de descaracterizar a mutualidade e o sinalagma do contrato de seguro, a posição doutrinária defendida por Pedro Alvim, negando aquele adicional relativo a acidentes pessoais, haja vista que

O suicídio involuntário encontra sua etiologia numa anormalidade psíquica do segurado, como ficou esclarecido antes. Provém de uma causa interna, isto é, de uma predisposição hereditária, de uma doença ou de uma perturbação, ainda que momentânea(...)

A exclusão da cobertura do seguro de acidentes pessoais, com relação ao suicídio, é uma decorrência lógica da própria concepção do plano técnico. Se

---

<sup>500</sup> Citando Pontes de Miranda, defende o relator que todo suicídio é voluntário, pois a morte involuntária não é suicídio: “ O suicídio premeditado exclui a indenização(Tratado, 46/18).O suicídio que não é premeditado, mas é voluntário, dá direito à indenização. Nesse caso, equipara-se ao fato acidental, porque é causado normalmente por uma soma de fatores, não apenas internos mas também externos, assimiláveis a acidente. E, em contrato de adesão, não há que se admitir a exclusão do risco que é da essência do contrato de seguro”.

A mesma linha foi seguida, também no STJ, pelo voto do Min.Eduardo Ribeiro, no julgamento do Resp.6729-MS. No mesmo sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:” SEGURO DE VIDA. COBERTURA ADICIONAL POR ACIDENTE. SUICÍDIO INVOLUNTÁRIO. MORTE ACIDENTAL. O suicídio não premeditado equipara-se ao acidente, tendo a seguradora a obrigação de pagar a indenização aos beneficiários, correspondente à morte acidental”(ap.cível 70004446209, 5ª Câmara Cível, rel.Leo Lima, j.12.12.2002).

não cobre as doenças e moléstias, não poderia abranger o suicídio involuntário que é necessariamente causado por moléstia psíquica do segurado.<sup>501</sup>

Outra cláusula de exclusão de responsabilidade refere-se ao seguro de vida ou acidentes pessoais envolvendo acidente automobilístico no qual o segurado ou terceiro na posse do automóvel objeto do seguro encontra-se embriagado.

O comportamento do condutor do veículo, ao dirigir sob o efeito de bebida alcoólica, caracteriza agravamento do risco, para os fins do art. 768 do Código Civil: “ o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

Embora o ônus da prova da embriaguez caiba à seguradora, não há como reconhecer o direito do segurado à indenização, em tempos de Lei Seca (Lei n.º 11.105, de 19 de junho de 2008). No entanto, conforme diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o fato exclusivo de preposto na ocorrência de acidente de trânsito, ainda que este dirija embriagado, não é causa de perda do direito ao seguro, por não configurar agravamento do risco, na forma deste dispositivo, situação essa que deve ser imputada à conduta direta do próprio segurado.<sup>502</sup>

A prova do agravamento do risco, portanto, incumbe sempre ao segurador, valendo mencionar interessante precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relatado pelo Des. Sergio Cavalieri Filho (apelação cível n.º 2000.001.06857, 2ª Câmara Cível, j.27.2.2000):

em nada aproveita ao apelante o fato de ter a apelada emprestado o seu veículo a um amigo porque disso não resultou intencional agravamento do risco(...)Ademais, era imprevisível a conduta do lanterneiro de utilizar-se do veículo sem autorização de quem de direito, pelo que nem em culpa é possível falar. Se a cada vez que levarmos o nosso carro à oficina tivermos que ficar de vigia para não perdermos o direito ao seguro, data venia, de que adiantará o seguro? à luz desses princípios tornam-se irrelevantes a eventual embriaguez do condutor do veículo segurado e até mesmo a alegada apropriação indébita. A apelada, repita-se, não contribuiu intencionalmente para esse agravamento do risco.

---

<sup>501</sup> Op.cit., p.249

<sup>502</sup> STJ- 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 231995/RS, D.J. 06-11-2000, p.200 e RT 786/241. No mesmo sentido, Resp 180411, 4ª Turma, Rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar, D.J. 07-12-98, p. 89, e Resp 189009, Rel.Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, D.J. 14-12-2000, p.037 ).

Pode ainda ocorrer que a majoração significativa do valor do prêmio em uma certa renovação contratual implique a impossibilidade de o segurado-consumidor manter a contratação, hipótese em que a verificação da onerosidade excessiva depende da identificação da causa do mencionado aumento.<sup>503</sup>

Caso inexista a causa justificadora do aumento, o que pressupõe uma intensificação do risco em relação à garantia do interesse contratado, poderá ser reconhecida a abusividade da respectiva cláusula, a impor sua nulidade(CDC, art. 51, IV).<sup>504</sup>

## Conclusão

Os deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva encontram especial relevo no contrato de seguro, vínculo obrigacional duradouro cujas bases são definidas pelas declarações prestadas pelas partes na fase da proposta.

Ocorre que, em se tratando de relação de consumo, deve ser reconhecida a incidência de uma boa-fé mais qualificada , tendo em vista o sujeito que se visa proteger, a partir do diálogo das fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. A origem constitucional do direito do consumidor deve ser a guia da sua aplicação e interpretação.

Revela-se de grande importância na concretização da boa-fé no contrato de seguro o papel construtivo da jurisprudência, delimitando as hipóteses de abusividade, especialmente em face das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade.

O objetivo é, à luz da principiologia civil-constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, preservar o equilíbrio econômico entre as partes, haja vista a função preventiva do seguro em relação à responsabilidade civil.

## Bibliografia

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986

---

<sup>503</sup> MIRAGEM, O contrato de seguro...,op.cit, p.266.

<sup>504</sup> Idem

- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v.IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979
- BITTAR, Carlos Alberto . O seguro em grupo na jurisprudência. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.47, março 1996, p.16-18.
- BOJUNGA, Luiz. *Contratos de resseguro; comentários à lei do resseguro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BORGIA, Rossella Cavallo. L'assicurazione di responsabilità civile. In: \_\_\_\_\_ . *Responsabilità e assicurazione*. Milano: Giuffré, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Sergio Cavalieri Filho, Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.47, p.07-13, mar. 1996.
- \_\_\_\_\_. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CORDEIRO, Antonio Menezes . *Manual de Direito Comercial*. v. I. Coimbra : Almedina, 2001.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XI. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz ; GULLÓN, Antonio *Sistema de Derecho Civil*. v.II. 8. ed. Madrid : Tecnos, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. v. 4. São Paulo : Saraiva, 1993.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1966
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93 , n.826,p. 11-24, ago. 2004
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GROUDEL, Hubert; BERR, Claude-J. *Droit des assurances*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. 2.ed. Tradução Claudia Lima Marques. Porto Alegre, v.1., n° 1, mar.2003

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v.IV. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Notas sobre as declarações do segurado na fase pré-contratual: os efeitos da boa-fé objetiva sobre a cláusula perfil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.23, p.77-104, jul./set.2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.33, p.79-122, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*. Porto Alegre, v.64, p.34-77, jul. 1995.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas essenciais; responsabilidade civil*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.57-90.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro; responsabilidade civil das seguradoras*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MENDONÇA, M.I. Carvalho. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. v.2 Rio de Janeiro: Forense, 1955

MIRANDA, Pontes de. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. v.45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

MIRAGEM, Bruno. Mercado, direito e sociedade da informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

\_\_\_\_\_. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.76, p.239-276, out./dez. 2010.

MONTEIRO, Washignton de Barros. *Curso de Direito Civil; Direito das Obrigações – 2ª parte*. 34.ed. Atualização de Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa Moreira, O Código de Defesa do Consumidor e o contrato de seguro. *Revista da EMERJ*, n°02. . Rio de Janeiro, p.20-31, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 13. ed. Atualização de Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1997

PUIG, Jordi Carbonell. *Los contratos de seguro de vida; normativa interna e comunitária*. Barcelona: Bosch, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*.v.3. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de *Instituições de Direito Civil*. v.III. 6.ed. Trad.Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1999

RUIZ, Urbano. Seguro de responsabilidade civil. Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora. Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade.*Doutrinas essenciais*. Responsabilidade civil. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, J.M. Carvalho . *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v.XIX. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. In: *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Coord.Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

STIGLITZ, Rubén S. *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

\_\_\_\_\_. *Derecho de seguros*. 5v. 5.ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

\_\_\_\_\_. O seguro de responsabilidade civil. In:*Seguros : uma questão atual*. Coord.IBDS(Instituto Brasileiro de Direito do Seguro ) e Escola Paulista da Magistratura. São Paulo:Max Limonad, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova : CEDAM, 1977.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil; contratos em espécie*. v. III. 9.ed.. São Paulo:

## ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NA ALIMENTAÇÃO E A PERDA DA IDENTIDADE DO CONSUMIDOR: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À INFORMAÇÃO À LUZ DE BAUMAN.

*Fabiola Vianna Morais*<sup>505</sup>

### Introdução

O Brasil certamente é um país de múltiplas regiões e diversidade na produção alimentícia, constituindo, portanto, o agronegócio o pilar da economia brasileira.

A expansão de monocultivos no país, nomeadamente milho, soja e cana-de-açúcar, se deve sobretudo à utilização de organismos geneticamente modificados, conduzindo o Brasil à destacada posição mundial nesse setor.

O Brasil é o segundo país que mais planta transgênico<sup>506</sup> no mundo, com aproximadamente 49 milhões de hectares.<sup>507</sup>

Ao mesmo tempo em que cresce esse tipo de produção, o consumidor se torna cada vez menos informado a respeito do alimento que consome: se contém ou não organismo geneticamente modificado.

Os organismos geneticamente modificados (OGM) caracterizam-se por terem material genético modificado de uma forma que não ocorre naturalmente por meio de cruzamentos e/ou de recombinação natural, com exceção do ser humano.

A informação referida é importante, não apenas porque constitui um direito fundamental geral previsto no Código de Defesa do Consumidor (art.6º, III), no sentido de permitir uma escolha consciente do que se consome, como também porque trata de assunto afeto à saúde da população, da sua qualidade de vida, e de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desta forma é que o art. 225 da Constituição Federal, nos seus incisos IV e V, prevê implicitamente o princípio da precaução, exigindo estudo prévio de impacto ambiental de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

O princípio da precaução determina, portanto, que sejam tomadas todas as medidas adequadas para evitar os efeitos negativos para a saúde humana e para o ambiente que possam

---

<sup>505</sup> Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. [fabiolavianna@id.uff.br](mailto:fabiolavianna@id.uff.br).

<sup>506</sup> Os transgênicos são espécie dos organismos geneticamente modificados, vez que nos transgênicos ocorre a transferência de genes de um organismo para outro.

<sup>507</sup> <https://www.foodchainid.com/br/analises/ogms/mercados-de-exportacao/>

resultar da libertação deliberada de organismos geneticamente modificados ou da sua colocação no mercado.

O Decreto 4.680/2003 veio regulamentar o direito à informação, assegurado pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. O referido diploma estabelece um percentual mínimo de rastreabilidade de OGM a partir do qual se justifica a rotulagem no produto final.

Salienta-se ainda o Projeto de Lei nº 34 de 2015 (original 4.148/2008, da Câmara dos Deputados), que se encontra atualmente em tramitação no Senado Federal<sup>508</sup>, visa à alteração da Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005- para estabelecer o critério da detectabilidade e restringir a informação do consumidor por meio da eliminação do símbolo na embalagem dos alimentos transgênicos, da dispensa da menção à espécie doadora do gene e de que o alimento é produzido a partir de animais e que consomem ração transgênica.

Considera-se ainda que a referência, ao longo da exposição, à União Europeia se faz com o propósito de trazer um paradigma em âmbito internacional tendo em vista os impactos que os sistemas jurídicos podem ter – ou têm- nas relações comerciais.

Por fim, a análise e reflexão de todo arcabouço legislativo brasileiro conduz à interpretação do direito à informação do consumidor de alimentos que contêm OGM de modo que, ao contrário de perder sua identidade, ele a recupere. Para tanto, reflete-se sobre uma das obras de Bauman.

## 1. Organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução

Os organismos geneticamente modificados caracterizam-se pela sua produção baseada em organismos que tenham sofrido alterações específicas no seu DNA através das técnicas da engenharia genética.

Surgiram como potencial para aumentar a produção de alimentos dado o crescimento populacional, acabar com a fome no mundo, reduzir o uso de agrotóxicos e resistir às pragas.

Embora haja incertezas sobre os riscos dos alimentos decorrentes de organismos geneticamente modificados, estudos científicos já são capazes de identificar, para além da perda

---

<sup>508</sup>Desde 02/12/2019, aguardando inclusão na ordem do dia do requerimento:  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996>

da biodiversidade, problemas para a saúde humana como alergias, alterações metabólicas, aumento da resistência a antibióticos e tumores.

Desta forma, porque não se pode estabelecer a segurança total dos alimentos que contêm organismos geneticamente modificados, o princípio da precaução vem priorizar o direito à informação do consumidor para que possa fazer uma escolha consciente a respeito de eventuais consequências de uma alimentação que contenha os organismos geneticamente modificados.

Neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais (STF, Plenário. RE 627189/SP, Rel. Min. Dias Toffoli. Julg. 8/6/2016, repercussão geral, Info 829)

No Brasil, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, pertencente ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, é o órgão responsável pela análise técnica do risco que envolvam a pesquisa e o uso comercial de Organismos Geneticamente Modificados, nos termos do art. 10 da Lei 11.105/2005.<sup>509</sup>

Portanto, é imprescindível o gerenciamento acerca do impacto que o uso de OGM traz ao meio ambiente e à saúde humana, haja vista que introduz um elemento exógeno na natureza, alterando de forma adversa a característica do meio ambiente.

## 2. O direito à informação dos alimentos que contêm OGM no direito vigente e no Projeto de Lei 34/2015

A Lei Consumerista exige que o fornecedor de bens e serviços preste ao consumidor informação adequada e clara a respeito do contrato que celebra. Esse dever perpassa desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual. Isso porque o fornecedor sendo, ou devendo ser (a lei parte desse pressuposto objetivo) o detentor da informação técnica, por estar na cadeia de

---

<sup>509</sup> <http://ctnbio.mctic.gov.br/a-ctnbio>

produção ou distribuição, possui um poder que não pode ser usado contra o consumidor, parte mais fraca (e menos informada) da relação jurídica.

No intuito de equilibrar a relação contratual, em prestígio ao princípio da igualdade e visando a um contrato justo, o legislador estabeleceu que a informação sobre o bem ou serviço de consumo, desde sua fase prévia à efetiva celebração do contrato, deve conter a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço, riscos que oferecem à saúde ou segurança dos consumidores, garantia, prazo de validade, origem.

Tão somente com o preenchimento preciso dos requisitos impostos pela lei de defesa e proteção do consumidor, estará cumprido pelo fornecedor o dever de informação. Mas não apenas. Principalmente a finalidade do sistema jurídico é resguardar a liberdade de escolha do consumidor, nos termos previstos no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Tanto assim que, seguindo a mesma orientação, a publicidade enganosa e abusiva, os métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra as práticas e cláusulas abusivas são punidas.

No que tange aos alimentos, especificamente, é preciso ponderar que não se tratam de bens quaisquer, vez que o seu consumo diz respeito à saúde do consumidor e, portanto, diretamente à sua vida ou qualidade de vida.

É necessário, então, que toda interpretação jurídica se faça tendo em consideração que o assunto diz respeito à dignidade da pessoa humana, na esfera de sua saúde e vida, como direitos fundamentais contemplados pela Lei Fundamental, garantidas a sua eficácia vertical (perante o Estado) e horizontal (perante outro particular).

Tecidas essas premissas decorrentes da lei ordinária do consumidor, ressalta-se que o Decreto Federal nº 4.680/2003 veio regulamentar nomeadamente o direito à informação do consumidor quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.

O referido Decreto garante ao consumidor a informação, em todas as etapas da cadeia produtiva, sobre a presença superior a 1% de organismos geneticamente modificados em produto ou ingrediente.<sup>510 511</sup>

Nesse caso, o rótulo da embalagem ou do recipiente dos produtos, sejam eles embalados, vendidos a granel ou *in natura*, deve conter, em destaque e em conjunto com o símbolo indicador da transgenia, expressões que identifiquem o nome do produto, do ingrediente, ou a partir de que elemento transgênico provém o resultado que se expõe no mercado.

Igualmente, o consumidor deve ser informado, no caso dos produtos transgênicos, sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

Também os alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos devem trazer a informação que conste o nome do animal ou o nome do ingrediente produzido a partir de animal.

Antes de avançar para a análise do Projeto de Lei modificador da Lei de Biossegurança, mister analisar se o Decreto mencionado e a Lei 8.078/90 garantem um alto grau de proteção ao consumidor, tal como necessário especialmente no assunto em questão, e ainda se se vislumbra algum conflito que possa ser sanado pelos métodos de interpretação.

Antes de mais, ainda, importante verificar como a jurisprudência nacional vem se posicionando a respeito do direito de informação do consumidor nomeadamente no âmbito da defesa de sua saúde.

Acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 20/9/2017, em Embargos de Divergência em Recurso Especial, em Ação Coletiva,<sup>512</sup> que a informação-conteúdo deve ser complementada pela informação-advertência no caso de alimento *in casu* que possui glúten. Desta forma, entendeu que a informação de que o alimento “ contém glúten” é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta à saúde dos doentes celíacos, tornando-se necessária a integração com a

---

<sup>510</sup> O Brasil, por meio do Decreto 4.6800/2003, adotou no seu art. 2º, §3º, o critério da rastreabilidade. Conforme seu art. 2º, “ Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto...”

§ 3o A informação determinada no § 1o deste artigo também deverá constar do documento fiscal, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva.”

<sup>511</sup> A rastreabilidade consiste na capacidade de rastrear os produtos que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados em todas as fases das cadeias de produção e distribuição.

<sup>512</sup> A divergência dizia respeito a acórdão embargado, da Terceira Turma, que entendeu ser suficiente a informação “contém glúten” ou “não contém glúten”, para alertar os consumidores afetados pela referida proteína; e – o paradigma, da Segunda Turma, que entendeu não ser suficiente a informação “contém glúten”, pois a informação deve ser complementada pela advertência sobre a prejudicialidade do glúten à saúde dos doentes celíacos.

informação-advertência correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo: "CONTÉM GLÚTEN: O GLÚTEN É PREJUDICIAL À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS".<sup>513</sup>

No referido acórdão, esclarece-se que a superveniência da Lei do Glúten, que estabelece apenas a informação-conteúdo não esvazia o comando do Código de Defesa do Consumidor, especialmente quanto aos riscos que o produto apresenta à saúde do consumidor (art.31), configurando a informação-advertência.

O Superior Tribunal de Justiça integrou a lei especial à lei geral, preconizando a informação clara, plena e precisa aos consumidores, ressaltando o standard máximo e não mínimo que deve ser observado em se tratando de alimentos e medicamentos sobretudo a consumidores hipervulneráveis.

Verifica-se que o STJ, buscou dentro do sistema jurídico a unidade e ordem preconizadas por Canaris<sup>514</sup>, estabeleceu uma verdadeira ponte entre a lei especial e geral e conferiu interpretação mais favorável ao consumidor.

Em outra oportunidade, o Ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, em trecho do seu voto no Recurso Especial nº 586.316 – MG, discorreu sobre a plena informação do consumidor e sua livre escolha<sup>515</sup>, *in verbis*:

A informação é irmã-gêmea – “inseparável”, diz Jorge Mosset Iturraspe (Defensa Del Consumidor, 2ª ed., Santa fé, Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 29) – dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o ‘livre mercado’ e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor. Segundo, é a informação que confere ao consumidor “a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses” (Gabriel A. Stilitz, Protección Jurídica Del Consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 45). Só o consumidor bem informado consegue de fato usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. Por esse último aspecto (proteção contra riscos), a obrigação de informar deriva da obrigação de segurança, que modernamente, por força de lei ou da razão, se põe como pressuposto para o exercício de qualquer atividade no mercado de consumo.

<sup>513</sup> Parte da ementa do Acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência nº 1.515.895 - MS (2015/0035424-0), Relator Ministro Humberto Martins, que por unanimidade deu provimento aos Embargos de Divergência. Julgado em 20/9/2017.

<sup>514</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1989.

<sup>515</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 586.316-MG, Rel. Min. Herman Benjamin Julgado em 17/4/2007

De fato, a informação que não seja clara, precisa e plena induz – ou pode induzir- o consumidor a erro, configurando informação enganosa porque parcialmente falsa ou omissa, o que impede a livre escolha do consumidor.

Finalmente, sobre a incidência do percentual previsto no Decreto Federal 4.860/2003, cabe destacar a decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, em Maio de 2016, em sede de Reclamação Constitucional decorrente de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. Na ocasião, o Ministro Edson Fachin julgou improcedente a Reclamação nº 14.873, ajuizada pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assinalando que "Verifica-se, portanto, que o afastamento da incidência do ato normativo se deu com base na sua incompatibilidade com a legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), de tal forma que a não aplicação da norma não teve como fundamento, explícito ou implícito, a incompatibilidade em relação à Constituição. Esse é o cerne que motiva o afastamento da aplicação do dispositivo legal, ainda que as normas e princípios previstos nessa legislação infraconstitucional também tenham assento constitucional".

Esclarecendo, neste processo, o *Parquet* pleiteava que a União passasse a exigir, na comercialização de alimentos que contêm organismos geneticamente modificados que essa informação se apresentasse independentemente do percentual exigido no Decreto 4.830/2003. Os pedidos foram julgados procedentes na primeira instância, cuja decisão se manteve no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e cuja ementa se passa a transcrever:

DIREITO DO CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS DO CONSUMIDOR. AGRAVO RETIDO SOBRE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NÃO CONHECIDO. NORMAS SOBRE ROTULAGEM DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS CONTENDO OGM. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE /INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 2º DO DECRETO 4.680/03 SOBRE ROTULAGEM. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PARA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS DO CONSUMIDOR, MÉRITO. DIREITO À INFORMAÇÃO NA EMBALAGEM/ROTULO DOS PRODUTOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO ALIMENTO. LEI 11.105/02 SOBRE FISCALIZAÇÃO DE ATIVIDADES COM OGM'S E ROTULAGEM COMPULSÓRIA. ILEGALIDADE DO ART. 2º DO DECRETO 4.680/03 EFICÁCIA SUBJETIVA ERGA OMNES DA SENTENÇA. 1. Agravo de instrumento contra decisão do juízo a quo que indeferiu produção de prova pericial convertido em agravo retido. Não se conhece agravo retido que não foi reiterado em recurso de Apelação. 2. O



autor ministerial não discute inconstitucionalidade de norma jurídica em tese. O Parquet federal busca, em sede de ação coletiva, defender os interesses e direitos definidos no art.81, 1, do Código de Defesa do Consumidor, que garante aos consumidores de alimentos o direito às informações dos produtos alimentícios contendo OGM'S. 3. Sendo o pedido autoral condenação de obrigação de fazer (para a Bungue, obrigação de colocar no rótulo/embalagem dos alimentos informação que os produtos alimentícios contém ou são produzidos a partir de OGM'S e para a União a obrigação de fiscalizar a comercialização de produtos contendo OGM com rótulo/embalagem informativa), não se fala em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois é possível em ação civil pública se discutir inconstitucionalidade de norma enquanto causa de pedir (STJ, REsp.798.523/DF, Rel.Min. Castro Meira, DT de 07.03.2007) 4. Merece ser mantida por seus próprios fundamentos a r.sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que a) Bungue Alimentos S/A proceda à rotulagem de todos os produtos que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, contendo informação acerca de sua existência, independente do percentual; (b) que a União, por meio de seus órgãos de fiscalização e controle, exija que, na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ao animal que contenham ou sejam 12/08/2019 produzidos a partir de GMS conste informação clara ao consumidor, no rótulo/embalagem do produto, sobre a existência de elemento transgênico, em observância ao disposto no art. 6º. III, e art. 37, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor acima do limite de impor certo do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto. 5. As regras de rotulagem de alimentos e ingredientes com OGM estão a cargo do Decreto 4.680/02 que estabelece no seu art. 2º que "Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de impor certo produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto. 6. O art. 2º, caput, do Decreto 4.680/23 é ilegal em face do art. 40 da Lei 11.105/05 que regulamenta os incisos II, IV e V, do art. 225, § 1º, Da CF/88 e estabelece normas e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados. 7. O art. 40 da Lei 11.105/05 estabelece a rotulagem compulsória de produtos transgênicos e seus derivados e ao art 3º, VI, conceitue OGM como aquele cujo material genético ADNAR tenha sido modificado por técnica de engenharia genética e o inciso, VI, define organismos derivados de OCM como o produto que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OCM. 8. Produtos alimentares em porcentual de transgenia abaixo de 1% (um por cento), não sendo rotulados como OGM's, induzem o consumidor em erro, pois é omitida informação quanto à origem propriedade e características, impossibilitando aos consumidores a escolha de alimentos provenientes de modificação genética e outros sem essa peculiaridade. 9. Agravo retido não

conhecido. 10. Apelações improvidas. (AC 0000471-35.2007.4.01.4000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 07/11/2012 PAG 340.)

Observa-se que, de acordo com os precedentes judiciais, a informação ao consumidor deve ser clara, precisa e plena, de tal forma que consiga escolher conscientemente a respeito do produto que adquire. A informação deve ser bastante a assegurar ao consumidor o mais alto nível de proteção, nomeadamente para a defesa de sua saúde, vida e qualidade de vida.

Na União Europeia, a Diretiva 2001/18/CE, de 12 de Março<sup>516</sup>, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados, estabelece que os produtos que contenham e/ou sejam constituídos por organismos geneticamente modificados não poderão ser importados para a Comunidade se não cumprirem o disposto na diretiva.

Para aquele bloco econômico, a rotulagem do produto é necessária se culturas ou ingredientes geneticamente modificados foram usados na fabricação do produto, independentemente de o produto final conter ou não material geneticamente modificado detectável.

A referida Diretiva Europeia exige que os Estados-Membros adotem medidas para garantir a rastreabilidade e rotulagem dos organismos geneticamente modificados autorizados, em todas as fases da sua colocação no mercado.

Mister ressaltar que as regras de rastreabilidade para os organismos geneticamente modificados facilitam, por um lado, a retirada dos produtos do mercado caso se observem efeitos prejudiciais para a saúde humana, dos animais ou para o ambiente, incluindo os ecossistemas e, por outro, a verificação especificamente destinada a examinar os efeitos potenciais, em especial no ambiente. A rastreabilidade também facilita a aplicação de medidas de controle de risco, de acordo com o princípio da precaução.

Para além da rastreabilidade, a Diretiva Europeia 2001/18/CE estabelece que nos produtos pré-embalados que contenham ou sejam constituídos por organismos geneticamente modificados, seja incluída no rótulo a menção "Este produto contém organismos geneticamente

---

<sup>516</sup> DIRECTIVA 2001/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados e que revoga a Directiva 90/220/CEE do Conselho.

modificados" ou "Este produto contém [nome do(s) organismo(s)] geneticamente modificados".

O Projeto de Lei nº 35/2015 (original PL4.148/2008, da Câmara), que se encontra em tramitação no Senado Federal, visa à alteração da Lei de Biossegurança – Lei 11.105/2005- retirando quase todos os aspectos do dever de informação sobre os organismos geneticamente modificados contidos nos alimentos.

O mencionado Projeto de Lei exclui o símbolo indicativo de transgenia dos produtos e a informação sobre a espécie doadora do gene, mantém o percentual de 1% de organismos geneticamente modificados presentes no alimento, mas adota o critério da detectabilidade, deixando, portanto, para o final do produto a fiscalização em torno dos OGM.

A justificativa é que a informação ao consumidor deve ser útil e clara, não devendo causar medo nele ou trazer-lhe informação que não entende, como acontece com o símbolo indicativo da transgenia e a informação do gene doador, e que rastreabilidade provoca custos altos que acabam por repercutir no consumidor.

No entanto, como se teve oportunidade de discorrer, a rastreabilidade garante a verdade a respeito do alimento que o consumidor vai ingerir, vez que a fiscalização está presente em todo o processo produtivo. A rastreabilidade consiste na capacidade de rastrear os produtos que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados em todas as fases das cadeias de produção e distribuição. Tem por objetivo facilitar o controle e a verificação das declarações inscritas no rótulo; a monitorização específica dos potenciais efeitos para o ambiente, se necessário; e a retirada do mercado dos produtos que contenham ou sejam constituídos por organismos geneticamente modificados caso se constatem riscos inesperados para a saúde humana ou para o ambiente.

Já o critério da detectabilidade, entretanto, não é capaz de garantir a verdade sobre a existência de OGM no alimento e seu percentual, pois ao longo da cadeia produtiva até o seu final, quebram-se várias de suas partículas, o que não impede que o alimento que vai para o corpo do consumidor lhe faça mal.

Verifica-se que o Projeto de Lei nº 35/2015 representa uma ameaça aos direitos do consumidor, cujos graus de infração vão desde a violação do dever do fornecedor de prestar informação clara, precisa e plena nos termos do Código de Defesa do Consumidor até a ofensa à sua saúde, à sua qualidade de vida e quiçá à sua vida.

### 3. A tese de Bauman sobre a transformação da pessoa em mercadoria como reforço à garantia jurídica de um direito à informação mais adequado

O sociólogo Zygmunt Bauman, em sua obra *Vida para o Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadoria*<sup>517</sup>, apresenta a distinção entre consumo e consumismo, bem como os fenômenos que conduziram ao segundo estado e suas consequências.

Nesta esteira, as pessoas estão submetidas ao fetiche do consumismo, em que consumir é um processo de satisfação e descarte permanentes. Além disso, é uma busca pela acumulação de bens, valorizados pelo conforto que proporcionam ou pelo respeito que outorgam aos seus donos.

Bauman ressalta ainda que o marketing tem o poder de dar novo significado aos produtos, aos termos, alterando a realidade (hiperralidade).

Os aspectos citados de sua obra, mas amplamente desenvolvidos e fundamentados pelo autor, traz à reflexão o problema da perda da identidade do consumidor, que se vê envolvido pelo consumismo e à mercê do mercado de consumo.

Disso pode-se dizer que decorre que quanto mais produtos são postos no mercado de consumo, mais rapidamente girará a bola do descarte e aquisição, o que não permite que o consumidor reflita sobre a escolha que faz.

Esse fenômeno tem implicação direta com o dever de informação. Isso porque, sendo já o consumidor pessoa vulnerável, a sua fragilidade é agravada quando falta os meios adequados para se informar e exercer uma escolha consciente.

As normas jurídicas, com o caráter que têm da coercibilidade, são dotadas do poder de garantir a liberdade e a igualdade, dois princípios fundamentais sem os quais não há dignidade da pessoa humana.

Destarte, a tese de Bauman reforça os argumentos aqui traçados para oferecer ao consumidor um conjunto normativo que promova à informação adequada, ainda mais no caso

---

<sup>517</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o Consumo- A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

dos alimentos que contêm organismos geneticamente modificados, pois assunto atinente à saúde, qualidade de vida e vida do mesmo.

### **Considerações Finais**

O Brasil, sendo um país de forte setor agrícola, tem o dever de não apenas garantir aos seus cidadãos que os alimentos que ingerem são seguros à sua saúde, vida e qualidade de vida, como também de se posicionar alinhadamente ao mercado internacional.

As exigências da União Europeia, por exemplo aqui trazidas, quanto à importação de alimentos com organismos geneticamente modificados possuem o mais alto grau de proteção aos seus consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor e os precedentes judiciais indicam que deve ser prestada ao consumidor informação plena, clara e precisa, especialmente a respeito dos alimentos com organismos geneticamente modificados de modo a garantir-lhe uma escolha consciente sobre os impactos na sua saúde, qualidade de vida e vida.

O Decreto Federal nº 4.860/2003, em vigor, não se apresenta suficiente para os fins colimados pela Lei 8.078/90.

A jurisprudência pátria tem se ocupado em aprimorar, por meio de interpretações, o dever de informação diante dos desafios dos casos concretos decorrentes da sociedade contemporânea, e cita a informação-conteúdo e a informação -advertência como formas de promover uma escolha consciente por parte do consumidor sobre os alimentos que adquire.

Finalmente destaca-se a relevância que teve obra de Bauman referida neste trabalho para concluir que a maneira mais eficaz de se devolver a identidade ao consumidor é torná-lo mais esclarecido.

.Destarte, necessário garantir a informação completa e fiável dos consumidores no que respeita aos OGM, aos produtos, gêneros alimentícios e alimentos para animais produzidos a partir de OGM, de modo a permitir uma opção esclarecida.

## Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1989.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências Da Modernidade*. Editora Unesp Fundação.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Martins Fontes São Paulo 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno e BENJAMIN, Antonio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Guilherme Magalhaes. *Temas do Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense.

