



## EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM  
Centro Universitário Eurípides de Marília  
UNIVEM, mantido pela Fundação de  
Ensino "Eurípides Soares da Rocha"

**Luiz Carlos de Macedo Soares**  
Reitor do UNIVEM

**Prof.º Dr. Lafayette Pozzoli**  
Coordenador do Mestrado em Direito do  
UNIVEM e Pró-Reitor de Pós-Graduação,  
Pesquisa e Extensão

**Prof.º Luiz Vieira Carlos**  
Coordenador do Curso de Direito do  
UNIVEM

### Conselho Editorial

Prof.º Aduino de Almeida Tomaszewski  
(UEL)

Prof.º Carlos Aurélio Mota de Souza  
(UNIB)

Prof.º Edinilson Donisete Machado  
(UNIVEM)

Prof.º Gilberto Giacóia  
(FUNDINOPI)

Prof.º Jairo José Genova  
(UNIVEM)

Prof.º Lafayette Pozzoli  
(UNIVEM)

Prof.º Luís Henrique Barbante Franzé  
(UNIVEM)

Prof.º Jose Geraldo Alberto Bertoncini  
Poker  
(UNESP-Marília)

Prof.º Norma Sueli Padilha  
(UNIVEM)

Prof.º Olney Queiroz Assis  
(DAMÁSIO)

Prof.º Oscar Vilhena Vieira  
(FGV)

Prof.º Oswaldo Giacóia Junior  
(UNIVEM/ Unicamp)

Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón  
(ITE/ PUC-SP)

Supervisão Editorial

**Prof.º Luís Henrique Barbante  
Franzé**

Editoria Científica

**Prof.º Sérgio Luiz Cruz Aguiar**

Jornalista Responsável

**Ivan Evangelista Jr (MTB 43686/SP)**

Revisão Bibliográfica

**Sônia Regina Machado (CRB.  
8ª/6078)**

Revisão Ortográfica

**Paula Renata Bertho**

Capa e Projeto Gráfico

Alunos do Curso de Design Gráfico,  
Disciplina Computação Gráfica II - IST,  
orientados pelo Prof.º Márcio Duarte

**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA UNIVEM**  
*Mantenedora: Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" Entidade espírita sem fins lucrativos*

**Luiz Carlos de Macedo Soares**

Presidente da Mantenedora e Reitor

**Hildebrando Tenório Gomes**

Tesoureiro

**Prof.º Lafayette Pozzoli**

Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

**Prof.ª Raquel Cristina Ferraroni Sanches**

Pró-Reitora de Graduação

**Prof.ª Marlene de Fátima Campos Souza**

Pró-Reitora Administrativa e Coordenadora do Curso de Ciências Contábeis

**Prof.º Reginaldo Arthus**

Pró-Reitor de Desenvolvimento Institucional e Novos Negócios e Coordenador do Centro de Educação Continuada

**Ivan Evangelista Júnior**

Chefe de Gabinete e Gerente de Marketing

**Prof.º Luiz Vieira Carlos**

Coordenador do Curso de Direito

**Prof.º Elvis Fusco**

Coordenador dos Cursos de Ciência da Computação e Sistemas de Informação

**Prof.ª Paula Renata Bertho**

Coordenadora do Curso de Licenciatura em Letras

**Prof.ª Maria Christina A. de Almeida**

Coordenadora do Curso de Licenciatura em Matemática

**Prof.º Eduardo Rino**

Coordenador do Curso de Administração

**Prof.º Sérgio Sartori**

Coordenador do Curso de Engenharia de Produção

**Prof.º Fernando Netto**

Coordenador do Instituto Superior de Tecnologia IST

**Prof.º Sérgio Luiz Cruz Aguiar**

Chefe do Núcleo de Apoio a Pesquisa e Extensão

**Joviro Gati Magnani**

Secretário de Cursos

**Sônia Regina Machado**

Bibliotecária

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529

CEP: 17.525-901 Marília-SP

Tel: (14) 2105-0833 Fax: (14) 2105-0890

Home: <http://www.univem.edu.br>

e-mail: [emtempo@univem.edu.br](mailto:emtempo@univem.edu.br)

### Permuta:

Aceita-se permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior

**Citação da Fonte:** Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista Em Tempo.

**Em Tempo / Centro Universitário Eurípides de Marília  
UNIVEM . Revista da área de Direito do UNIVEM**

**-v.8, n.8 (Set. 09) - . Marília: Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", 2009.**

**Anual**

**ISSN 1516-8964**

**1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Justiça 4. Internet 5.  
Meio Ambiente I. Centro Universitário Eurípides de Marília  
- UNIVEM**

ISSN 1516-8964

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília  
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

# Em Tempo

Revista da área de Direito do UNIVEM

Editoria Científica  
Sérgio Luiz Cruz Aguilar

Em Tempo	Marilia	v.8	P. 1-99	2009
----------	---------	-----	---------	------

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

---

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, Reitor do UNIVEM ..... 06

## PARTE I

---

### • Artigos

CRIMES INFORMÁTICOS E SUA PERPETRAÇÃO CONTRA A HONRA PRATICADOS COM O USO DO COMPUTADOR.

Caio Fernando Yamamoto Moral ..... 11

DO SIGILO DOS DADOS CADASTRAIS DE CLIENTES DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA DE UM CRIME EM UM CONTEXTO DIGITAL.

Mário Furlaneto Neto/ José Eduardo Lourenço dos Santos ..... 30

ACESSO À JUSTIÇA: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA PARTICIPATIVA.

Caio Henrique Lopes Ramiro ..... 47

AUTONOMIA DA VONTADE: A FICÇÃO DA REALIDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E NA CONCEPÇÃO MODERNA DA TEORIA CONTRATUAL.

Aline Storer ..... 55

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO CLIMA E DA BIODIVERSIDADE E O BRASIL

Sérgio Luiz Cruz Aguilar ..... 69

A CENTRALIDADE DA INTERDISCIPLINARIDADE NOS ESTUDOS SOBRE AMBIENTE E SOCIEDADE.

Leila da Costa Ferreira ..... 76

CONTRADIÇÕES E EMANCIPAÇÃO NA PREOCUPAÇÃO ECOLÓGICA. José Geraldo Alberto Bertoncini Poker .....	81
---	----

## *PARTE II*

---

- **Resumo de Dissertação**

REFLEXÕES CRÍTICAS AO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL (TRIBUTÁRIO) Bruno Milenkovich Caixeiro .....	91
DESCENTRALIZAÇÃO E DEMOCRACIA. O MUNICÍPIO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Rosangela Vecchia .....	93
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO MECANISMO DO CÁLCULO ESTATAL DO PODER SOBERANO. André Luiz Depes Zanoti .....	95

## *PARTE III*

---

NORMAS GERAIS PARA PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS .....	98
DISPOSIÇÕES GERAIS .....	98

# APRESENTAÇÃO

A *Revista Em Tempo* chega ao seu volume número 8. O Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) reconhece na revista uma forma de levar para a comunidade o que se produz internamente e, com artigos externos, proporcionar uma integração com outras instituições de ensino superior. O intercâmbio com outras bibliotecas enriquece o acervo cultural do UNIVEM e auxilia no desenvolvimento e na disseminação da ciência no país. É, assim, que a *Revista Em Tempo* serve de instrumento para que se possa suceder a efetividade do princípio constitucional da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Aliás, encontra-se exatamente neste sentido a Missão do UNIVEM, *in verbis*:

Promover o desenvolvimento integral de cidadãos, por meio de formação humanista, científica e tecnológica, com visão reflexiva e crítica, capacitando-os a atuar profissionalmente na construção de uma sociedade qualitativamente melhor e socialmente justa.

A revista traz artigos produzidos por professores que ministram aulas no UNIVEM, por alunos e ex-alunos e por professores de outras instituições de ensino. São artigos que invocam uma atenção a pesquisas que apontam para temas como a Internet, o acesso à justiça, entre outros relacionados ao direito, à sociologia jurídica, educação, ao meio ambiente, bem como os resumos de dissertações defendidas no âmbito do curso de Mestrado em Direito do UNIVEM. Em todos os trabalhos, permeia uma visão humanista, enfatizando o respeito à dignidade humana.

Caio Fernando Yamamoto Moral, aluno do curso de Direito do UNIVEM, busca identificar na pesquisa os crimes informáticos, revendo a literatura pertinente para verificar como a doutrina tem classificado e conceituado tais crimes. “Conclui-se que os crimes contra a honra são classificados como crimes virtuais comuns e passíveis de serem cometidos por meio do computador, salvo na hipótese de injúria real.”

Mário Furlaneto Neto e José Eduardo Lourenço dos Santos, ambos professores do curso de Direito do UNIVEM, exercem a profissão de delegado, sendo especializados em crimes virtuais. O artigo dos professores é fruto de pesquisas aliadas às suas experiências quotidianas; além disso, apontam pistas para se preservar o sigilo de dados, identificando o crime cometido virtualmente. Ao longo de suas considerações, apresentam um caso concreto, preservando identidades respectivas, para consignar que é possível, com a legislação existente, punir quem faz mal uso da Internet ou de outro meio de comunicação virtual. Ao final, con-

cluem o artigo afirmando que “constata-se que a investigação criminal nos crimes digitais requer profissionais especializados e em constante interface com os avanços tecnológicos”.

Caio Henrique Lopes Ramiro, aluno do curso de Direito do UNIVEM, trabalha o acesso à justiça a partir da necessidade de se rever o conceito de justiça cultivado na sociedade, desde Aristóteles. Considera em suas apreciações os conceitos desenvolvidos pelos gregos, mas acrescenta que, nos dias de hoje, é necessário ter como referencial também o conceito de justiça participativa. Sobre isto, leciona como uma necessidade de se ter “consciência de cidadania, a partir do conhecimento, por parte da sociedade, de seus direitos mais fundamentais (lembrando que o cidadão também tem deveres), bem como a postura combativa dos agentes do direito, ao menos tentando se livrar da conduta formalista”.

Aline Storer, mestranda em Direito pelo UNIVEM, escreve sobre a importância de se analisar a autonomia da vontade classicamente e tê-la como parâmetro para melhor entender a realidade dos dias de hoje, dentro da concepção moderna da teoria contratual. Enfim, afirma que “a realidade contratual se modificou e com ela também deverão ser modificados os pensamentos dogmáticos atrelados à concepção clássica do instituto”.

Sérgio Luiz Cruz Aguilar, professor do UNIVEM e responsável pelo NApEx (Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão), trabalhou um assunto com que tem grande afinidade, ou seja, as convenções internacionais do clima e da biodiversidade; as considerações que aponta, aliás, fruto de palestra por ele proferida anteriormente. A questão ambiental, já no século XIX, foi objeto de discussão. Várias foram as convenções elaboradas pelos organismos internacionais (uma delas, a Convenção do Clima) e que adentraram aos ordenamentos jurídicos dos Estados. Finaliza sua análise com o seguinte pensamento: “em relação à Convenção do Clima, se em um primeiro momento o país pôde se beneficiar de mecanismo como o MDL (Mecanismo de Desenvolvimento Limpo) e obter recursos para realizar projetos de desenvolvimento sustentável, nas negociações futuras do Protocolo de Quioto e, como uma das maiores economias do mundo e detentor de um dos maiores parques industriais do mundo, o Brasil poderá vir a ter que cumprir metas de redução de poluentes.”

José Geraldo Alberto Bertoncini Poker, professor da UNESP/Marília, discorreu sobre as contradições e emancipações na preocupação ecológica. O docente apresentou um trabalho a respeito da sustentabilidade “que consiste na preocupação de que uma determinada conduta não gere conseqüências que não podem ser revertidas, ou que uma determinada conduta não gere conseqüências que sejam, de fato, inviabilizadoras da vida de todos os seres do planeta”. Por fim, chamando a atenção para o ser humano emancipado para viver num clima de sustentabilidade e que possa valorizar “a condição de *deixar ser*, é aquele ser humano que consegue observar um pássaro bonito quando a observação do pássaro bonito não contenha o desejo de aprisioná-lo para fazer dele um exclusivo objeto de prazer”.

Leila da Costa Ferreira, professora da UNICAMP, analisou a centralidade da interdisciplinaridade nos estudos sobre ambiente e sociedade. Investigou a presença de “sociólogos, antropólogos e economistas problematizando esta questão. Outras vezes foram consideradas dinâmicas de pesquisa em cursos de graduação,

pós-graduação, por meio de grupos formados por professores convidados, enfim, centros literalmente de excelência e de pesquisa, problematizando a questão. E isso se dá hoje no Brasil como um todo”.

Por último, compõem o oitavo volume da *Revista Em Tempo* resumos de três dissertações defendidas no âmbito do Mestrado em Direito do UNIVEM. São elas: “Reflexões críticas ao ordenamento jurídico penal (tributário)”, de Bruno Milenkovich Caixeiro; “Descentralização e democracia. O município Brasileiro na Constituição de 1988”, de Rosângela Vecchia; e “A institucionalização do direito como mecanismo do cálculo estatal do poder soberano”, de André Luiz Depes Zanoti.

O Volume 8 da *Revista Em tempo* é, assim, um novo projeto que se faz realidade. Projeto esse em que a ciência produzida nas diversas linhas de pesquisa aqui presentes nos leva a questionar: “hoje, qual a importância de uma revista abordando vários estudos?”. Dentre as respostas, que podem ser muitas, aquela que compreendemos ser mais acertada é de que cada artigo trata de uma tarefa necessária nesse novo milênio, objetivando maior definição e difusão do pensamento humanista, que está presente no todo da vida humana.

Luiz Carlos de Macedo Soarea  
Reitor do UNIVEM



# Parte

**Parte I**

Artigos

**Artigos**

---

# CRIMES INFORMÁTICOS E SUA PERPETRAÇÃO CONTRA A HONRA PRATICADOS COM O USO DO COMPUTADOR

Caio Fernando Yamamoto Moral<sup>1</sup>

**Resumo:** Por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, faz-se uma análise dos crimes informáticos e a tutela das honras objetivas e subjetivas pelo Direito Penal pátrio. Para tanto, analisa-se a literatura sobre o assunto, com o objetivo de verificar o posicionamento da doutrina atual em relação à definição e classificação dos crimes informáticos, enfrentando questões relacionadas à prática dos crimes contra a honra por meio do computador. Conclui-se que os crimes contra a honra são classificados como crimes virtuais comuns e passíveis de serem cometidos através do computador, salvo na hipótese de injúria real.

**Palavras-chave:** honra, *Internet*, crimes informáticos, crimes digitais.

**Abstract:** Through the review of the literature and jurisprudence, we have analyzed computational crimes and the tutelage of the objective and subjective honors according to the rules of the Penal Law. In order to do that, we have analyzed the authors that have written about this subject with the objective of verifying the position of the current doctrine regarding the classification and definition of the crimes against the honor practiced with a computer. We have concluded that crimes against the honor are classified like common virtual crimes. It can be practiced with the usage of a computer, unless there is hypothesis of real injury.

**Keywords:** Honor. Internet. Computer crimes. Digital crimes.

**Resumen:** Por medio de una revisión bibliográfica y jurisprudencial, se hace un análisis de los crímenes informáticos y la tutela de las honras objetivas y subjetivas por el Derecho Penal patrio. Para ello se analiza la literatura que trata dicho tema, con el objetivo de verificar la colocación de la doctrina actual en relación a la definición y clasificación de los crímenes informáticos, confrontando cuestiones relacionadas a la práctica de los crímenes contra el honor por medio de una computadora. Se concluye que los crímenes contra el honor son clasificados como crímenes virtuales comunes y pasibles de ser cometidos por intermedio de una computadora, exceptuando los casos de injurias reales.

**Palabras-claves:** honor, Internet, crímenes informáticos, crímenes digitales.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito. Marília/ SP. E-mail: caioyamamoto.monografia@gmail.com

---

## INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica ao longo das décadas é inegável e vem aprimorando-se a cada dia. O campo da tecnologia em que se pode notar essa evolução de forma muito clara é o da informática, onde as inovações são quase diárias, porém, ao mesmo tempo surgiram preocupações em relação a este meio de comunicação, principalmente nos casos de crimes informáticos, e, neste contexto, se inserem os crimes contra a honra praticados por meio da *Internet*, meio este que acabou por potencializar os efeitos do crime.

O presente trabalho possui como objetivo verificar como a doutrina atual se posiciona em relação aos crimes informáticos, no que se refere à sua definição e classificação, bem como verificar a possibilidade da prática do crime contra a honra com o uso do computador e em caso positivo em qual classificação doutrinária tais crimes se enquadram.

O estudo será feito por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, bem como com o auxílio de artigos da *Internet*.

Para tanto, primeiramente se fará um estudo da definição e classificação dos crimes informáticos na doutrina atual.

Em um segundo momento, serão abordados os crimes contra a honra, primeiramente a tutela da honra pela Constituição Federal e Código Penal Brasileiro, passando à classificação dos crimes e suas características no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim será feita uma abordagem das possibilidades de perpetração dos crimes contra a honra através do computador, com o auxílio da *Internet*; tudo por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial.

## 1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES INFORMÁTICOS

A doutrina ainda não se pacificou quanto à denominação e conceituação do que venha a ser crimes informáticos. Como afirma Lima (2006, p. 24):

[...] não há nem mesmo consenso com relação à denominação dos delitos que venham a ofender bens jurídicos atinentes ao uso, à propriedade, à segurança ou à funcionalidade de informações computadorizadas. Os aqui chamados crimes de computador têm recebido toda espécie de denominação em diversos países do mundo, são também designados crimes de informática ou cybercrimes, delitos computacionais, crimes eletrônicos, crimes telemáticos, crimes informacionais, etc.

Os denominados crimes informáticos, virtuais ou Cybercrimes, apontados por parte da doutrina como novos delitos são definidos por Manzur (2000) como:

todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátese de hechos aislados o de una série de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la victima a través de

---

atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no sea caracter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro.

Segundo o autor, são aquelas condutas ditas como ilícitas praticadas contra pessoas físicas ou jurídicas por meio de um computador e que tenha potencial ofensivo para causar algum tipo de dano à vítima, o qual pode ser de cunho patrimonial ou não. Verifica-se que o autor dá ênfase ao computador como instrumento do crime.

Esses crimes para Corrêa (2000, p. 43), são “todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar”. Nota-se aqui uma ênfase ao computador como objeto, já que a conduta visa informações e programas nele contidos.

Assim como na definição, os crimes informáticos não possuem classificação pacífica na doutrina, tendo em vista a gama de autores com classificações das mais variadas como é o caso de Roque (2007, p. 25-26) que classificam esses delitos como:

[...] os que são cometidos mediante o uso do computador e aqueles em que os meios informáticos constituem-se no objeto material da ação delitiva.

Outra distinção importante é aquela que divide os delitos entre os come-

tidos a partir de uma estação próxima (rede interna: Windows NT etc.), dos cometidos através de uma estação remota (Internet).

Há também, autores como Pinheiro (2001) e Costa (1996) que classificam os crimes informáticos em crimes virtuais puros, mistos e comuns; classificação que será adotada neste artigo e que, particularmente, julgo como a mais adequada.

Os crimes virtuais puros são aqueles em que o sujeito ativo visa somente atentar contra o sistema de informática, seja afetando o software e seus arquivos, que são os programas contidos na máquina; seja afetando o hardware, que são os componentes físicos do computador.

São exemplos de crimes virtuais puros, segundo Rossini (2002, p.139), “os atos de vandalismo contra a integridade física do sistema em razão de acesso desautorizado – as condutas dos hackers e crackers – ainda não tipificadas no Brasil, além de algumas já previstas, como as hipóteses preconizadas na Lei n 9.609/98 (Lei de Proteção de Software)”.

Já os crimes virtuais mistos são aqueles em que o infrator utiliza-se do computador e da Internet como meio para a efetivação de sua conduta delituosa que não afeta necessariamente o sistema informático.

Conforme define Rossini (2002), os crimes virtuais mistos são aqueles em que “o computador é mera ferramenta para a ofensa a outros bens jurídicos que não exclusivamente os do sistema informático”.

Nesse sentido Gomes (2000) também aborda os crimes informáticos ora como objeto do crime, ora como ins-

trumento para a sua prática.

No entanto, Pinheiro (2001), com base em Costa (1996), aborda a questão fazendo uma distinção entre crimes virtuais mistos e comuns. Os crimes virtuais mistos caracterizam-se pela indispensável utilização da Internet no modus operandi, como nas “transferências ilícitas de valores em uma home-banking ou no chamado salami-slacing”, que ocorre quando o cracker retira de milhares de contas-corrente diariamente, pequenas quantias que correspondem a centavos; retiradas que, muitas vezes, nem são notadas pelo correntista, mas que no final somam uma quantia enorme na conta do criminoso. Já nos crimes virtuais comuns, o agente utiliza a Internet apenas como instrumento eventual de um crime já tipificado pela legislação penal.

Rossini (2002) cita como exemplos de crimes virtuais mistos “o estelionato, a ameaça e os crimes contra a honra, podendo imaginar-se, inclusive, homicídio por meio da Internet (mudança à distância de rotas de aviões, alterações à distância de medicamentos com o desautorizado uso do sistema informático de um hospital)”, condutas estas que, para Pinheiro (1999) e Costa (1996), caracterizam os crimes virtuais comuns, em cujo contexto se inserem os crimes contra a honra praticados por meio da Internet.

Superada a questão da classificação dos crimes informáticos ou virtuais, necessário se torna analisarmos como a honra objetiva e subjetiva é tutelada pelo Direito Penal.

## **2 CRIMES CONTRA A HONRA**

Para uma melhor compreensão do que são os crimes contra a honra, faz-

se necessário, primeiramente, definir o que se entende por honra no mundo jurídico, bem este tutelado pela Constituição Federal em seu Título II, os Direitos e Garantias Individuais, onde em seu capítulo I traz os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

O artigo 5º, inciso X, assim traz:

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Neste sentido Silva (2006, p. 205) comenta:

A Constituição declara invioláveis a Intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esse valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do Caput do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no Caput como reflexo ou manifestação deste.

---

Para Noronha (1988, p. 116), a honra é definida: “complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem condição social e estima própria”, enquanto para Pagliuca (2006, p. 82) “pode ser definida como o conjunto de particularidades de uma pessoa que lhe atribuem consideração, estima e dignidade, não apenas pessoal, como ainda no âmbito social”.

A honra é tratada pela doutrina sob a ótica sentimental ou subjetiva, a qual é o juízo pessoal da dignidade, atributos morais e decoro atributos físicos, sociais, materiais, etc.

Segundo Bitencourt (2006, p. 551), honra subjetiva trata-se da “pretensão de respeito à dignidade humana, representada pelo sentimento ou concepção que temos a nosso respeito”.

Damásio (2004, p. 201) a conceitua como “o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos”.

Por sua vez, a honra Ético-social ou honra objetiva trata do conceito social de uma pessoa, reputação, boa fama e estima que merece no meio social.

Para Bitencourt (2006, p. 528), a honra objetiva define-se como: “sentimento ou conceito que os demais membros da comunidade têm sobre nós sobre nossos atributos. Objetivamente, honra é um valor ideal, a consideração, a reputação, a boa fama de que gozamos perante a sociedade em que vivemos.”

Para Damásio (2004, p. 201) “é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais,

morais etc.”.

Portanto, honra subjetiva é a concepção que temos de nós mesmos; enquanto honra objetiva é a imagem que os demais membros da sociedade possuem de nós a partir de nossas características. E a honra da pessoa humana é tutelada pelo Direito Penal em três hipóteses: Calúnia, Difamação e Injúria, condutas previstas nos artigos 138 a 140 do Código Penal pátrio.

## **2.1 Calúnia**

Segundo Bitencourt (2006, p. 353) “calúnia é, em outros termos, uma espécie de ‘difamação agravada’ por imputar, falsamente, ao ofendido não apenas um fato desonroso, mas um fato definido como crime”, enquanto Pagliuca (2006, p. 83-84) a conceitua como o ato de “imputar, ou seja, determinar ou atribuir a alguém, a prática de determinado crime, sem que seja verídico. Pouco importa se o fato criminoso existiu ou não, pois o que interessa é a não-autoria pelo ofendido”.

O delito em tela, definido pelo art. 138 do Código Penal, como “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”, tutela a integridade moral da pessoa em seu aspecto objetivo, ou seja, a reputação do ofendido, que nos dizeres de Bitencourt (2006, p. 347) trata-se do “conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais”.

Por se tratar de um crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa e, enquanto sujeito passivo, pode ser qualquer pessoa física ou grupo de pessoas.

O elemento objetivo do tipo é composto pelo verbo imputar, o qual

---

tem o significado de atribuir, afirmar. O tipo exige a imputação de um fato específico, o qual deve ser definido como crime, não importando se o crime efetivamente tenha ocorrido ou não, pois o que interessa neste caso é que o ofendido não o tenha perpetrado, bem como que a imputação seja falsa.

Aquele que, conhecendo da falsa imputação, a propaga ou divulga também comete o crime de calúnia.

Tem-se o dolo direto ou eventual como elemento subjetivo do tipo, que é a vontade consciente de imputar falsamente ao ofendido o fato criminoso, sendo, portanto, “indispensável o propósito de caluniar” (BITENCOURT, 2006, p. 355).

Para caracterizar crime, a imputação deve ser falsa. A falsidade pode recair sobre o fato, ocasião em que ele é inexistente, ou sobre o autor, hipótese em que o crime existiu, porém o ofendido não é o seu autor. Portanto, a falsidade da imputação caracteriza elemento normativo. Isto implica que, se a imputação do fato criminoso for verdadeira, o crime não ocorreu.

A consumação ocorrerá com o conhecimento da falsa imputação por terceiros. Sendo a calúnia crime formal, ou seja, conduta e o resultado tipificados no ordenamento jurídico, não é necessário que se obtenha o dano para que a consumação do crime ocorra, estando mesmo efetivado independente de o agente ter consumado o dano à reputação do ofendido.

Damásio (2004, pág. 215) afirma que “a calúnia constitui crime formal, porque a definição legal descreve o comportamento e o resultado visado pelo sujeito, mas não exige sua produção. Para que exista o crime, não é necessário que o sujeito consiga obter o resultado visado, que é o dano à honra objetiva da vítima (reputação)”.

Em tese, a tentativa não é possível, porém a doutrina a tem admitido quando a conduta do agente ocorrer na forma escrita e esta não for propagada.

Tal afirmação é possível, pois, se praticada verbalmente a calúnia é crime unissubsistente, não podendo ocorrer a tentativa, pois no momento da imputação a consumação ocorre, e se não há imputação, o fato é atípico. E a calúnia é crime plurissubsistente quando praticado por escrito, porque a consumação não ocorre por forças alheias à vontade do agente, quando o que foi escrito não chega ao conhecimento do destinatário, como na hipótese de extravio do escrito.

Bitencourt (2006, pág. 534) diz que “como regra o crime de calúnia não admite a tentativa, embora, em tese, ela seja possível, dependendo do meio utilizado, mediante escrito, por exemplo, quando já não se tratará de crime unissubsistente, existindo um iter criminis que pode ser fracionado”.

O crime em espécie também é previsto no artigo 20 da Lei 5.250/1967 para incriminar a conduta daqueles que perpetrarem o delito através dos meios de informação e divulgação, em verdadeiro abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

## 2.2 Difamação

O Código penal, em seu artigo 139, tipifica a difamação como: “difamar alguém, imputando-lhe como fato ofensivo à sua reputação”.

Para Bitencourt (2006, p. 376), a difamação consiste na “imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação. Imputar tem sentido de atribuir, acusar de. O fato, ao contrário da calúnia, não precisa ser falso nem ser definido como crime”.



Segundo Pagliuca (2006, p. 86), “as considerações acerca de calúnia se amoldam à difamação, no que tangem à ofensa da honra, divergindo daquela, eis que, aqui, o fato ofensivo não é crime, mas sim ultraje da reputação do lesado”.

Assim como a calúnia, o crime em tela tutela a integridade moral da pessoa em seu aspecto objetivo, ou seja, a reputação do ofendido perante a sociedade. Diz, portanto, respeito à personalidade.

O crime de difamação pode ser praticado por qualquer pessoa. Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do delito, exigindo-se que seja determinada, incluindo menores e deficientes.

O núcleo do tipo objetivo é o verbo imputar, que tem sentido de atribuir ou acusar, fato, in caso, o fato atribuído à pessoa não precisa ser falso nem ser definido como crime. Necessário que o fato seja ofensivo à reputação, de forma a causar prejuízo à reputação da pessoa ofendida.

O crime é punível a título de dolo direto, consistente na vontade livre e consciente de causar mal à reputação da pessoa ofendida. Admite-se o dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir o resultado.

A consumação ocorre com o conhecimento da falsa imputação por terceiros, criando assim a condição necessária para a lesão à reputação do ofendido. Assim como a calúnia, a difamação é crime formal, não sendo necessário para sua consumação a lesão efetiva à honra da vítima, bastando o conhecimento do fato imputado por terceiro. Vale ressaltar que se o ofendido, e somente ele, ficar sabendo da imputação do fato não estará consumado o crime em tela.

Em tese a tentativa não é possível, porém é admissível quando ocorrer

na forma escrita e não houver a propagação do escrito, pois a exemplo da calúnia, este também é crime unissubsistente, quando praticado de forma verbal, configurando o crime com um único ato e plurissubsistente quando na forma escrita, exigindo assim mais de um ato para a sua consumação, que é o escrito e o conhecimento do conteúdo do mesmo pelo destinatário, sendo que no segundo ato, este pode não se efetivar por circunstância alheia à vontade do sujeito ativo.

A difamação também foi incriminada pelo artigo 21 da Lei 5.250/1967, com o objetivo de responsabilizar criminalmente aqueles que perpetrarem o delito através dos meios de informação e divulgação, em verdadeiro abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

### **2.3 Injúria**

Segundo dispõe o artigo 140 do Código Penal pátrio, injúria consiste em: “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

Injuriar, segundo Bitencourt (2006, p. 388-389), tem o significado de “ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre o desprezo ou menoscabo pelo injuriado”.

Para Pagliuca (2006, p. 88) “consiste também em mais um escudo à honra, sendo o delito uma manifestação de desrespeito e deboche a outrem”.

Com este crime, objetiva-se tutelar a integridade moral da pessoa, porém em seu aspecto subjetivo, caracterizado pela pretensão de respeito à dignidade humana, que pode ser representada pela concepção que temos de nós mesmos.

---

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de injúria. Quanto ao sujeito passivo, exige-se que seja pessoa que tenha capacidade e discernimento para compreender a ofensa.

No crime em tela, o tipo objetivo é composto pelo verbo injuriar, o qual tem o significado de menosprezar ou ofender a dignidade ou o decoro de alguém. Trata-se de um conceito depreciativo proferido pelo sujeito ativo em face do ofendido.

Elemento subjetivo do tipo é composto pelo dolo direto com o intuito de lesar a moral e o decoro do lesado. Admite-se o dolo eventual.

Ao contrário da difamação e da calúnia, a consumação no crime de injúria se opera com o conhecimento da imputação pelo ofendido; trata-se de crime formal, pois não é necessário que a vítima se sinta ofendida com as atribuições depreciativas que sofre, mesmo que a conduta e resultado estejam previstos em nosso ordenamento jurídico.

A tentativa, no caso da injúria, ocorre quando a ofensa é proferida, porém não chega ao conhecimento da vítima, podendo ser apreciada tal possibilidade quando a ofensa é proferida de forma escrita, tratando-se a injúria de crime plurissubsistente, sendo inadmissível, como nos casos anteriores, a tentativa de injúria verbal, pois o crime é um crime unissubsistente, ou seja, consuma-se com a efetivação a fala e esta não ocorrendo o fato se torna atípico.

A injúria também é prevista no artigo 22 da Lei 5.250/1967 para incriminar a conduta daqueles que perpetrarem o delito através dos meios de informação e divulgação, em verdadeiro abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

O § 2º do artigo 140 descreve a injúria real da seguinte forma: “se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se consideram aviltantes”.

Para Pagliuca (2006, p. 91) “trata-se o parágrafo de ofensa à dignidade ou decoro com emprego de vis, de forma aviltante, ou seja, que determine afronta à própria honradez e moral da vítima”.

Segundo Bitencourt (2007, p. 560):

injúria real é a que é praticada mediante violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, consideram-se aviltantes. Para caracterizá-la é necessário que tanto a violência quanto as vias de fato sejam, em si mesmas, aviltantes.

A injúria também possui uma peculiaridade quando perpetrada com finalidade preconceituosa. Trata-se da injúria qualificada prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal que prevê:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Essa previsão somente surgiu no Código Penal brasileiro em 1997 com a Lei nº 9.459 e segundo alguns autores, existe neste parágrafo uma proteção até exagerada da honra em relação a outros bens jurídicos como a vida.

É o que afirma Bitencourt (2007, p. 563):

Há grande despropor-

ção na proteção do bem jurídico honra, nesta modalidade, e na proteção de outros bens jurídicos, dentre os quais o bem jurídico da vida, que no homicídio culposo, recebe menor punição: a pena, isoladamente aplicada, é de detenção, de um a três anos, ao passo que, nesta modalidade de injúria, é de reclusão (a mesma quantidade) cumulada com multa. Na verdade, a própria proteção jurídica é preconceituosa.

Importa salientar que na injúria preconceituosa, o agente tem a intenção de ofender a honra subjetiva de seu desafeto e, para tanto, utiliza elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, como nas hipóteses em que a vítima é chamada de negra, turco, africano, judeu, baiano etc (BITENCOURT, 2007).

### **3 O CRIME CONTRA A HONRA PERPETRADO POR MEIO DA INTERNET: *MODUS OPERANDI***

Com a evolução tecnológica e os avanços da Internet, novas formas de se praticar crimes surgiram. Em se tratando de crimes contra a honra, pode-se citar o emprego do e-mail, listas de discussão ou fórum, salas de bate-papo ou chat, páginas gráficas ou site, blogs, Orkut e MSN.

Para se disponibilizar os recursos acima mencionados, é necessário que exista um provedor. Os provedores podem ser de dois tipos. O primeiro é o provedor de acesso, aquele que disponibiliza serviços ao usuário através

de uma assinatura, ou seja, é a porta de acesso à Internet, cuja chave é fornecida por uma empresa detentora do sinal para a conexão. Na região de Marília, pode-se citar a TCV e o Cristo Rei como provedores de acesso. O segundo é o provedor de informação, também conhecido como provedor de conteúdo ou portais. São empresas que além de fornecerem o sinal de Internet, também provêm informações as quais podem estar contidas no próprio site, em salas de bate-papo, jogos on-line, dentre outros; como é o caso dos provedores Terra e UOL.

Peck (2002 p. 52) questiona:

O que é um provedor de acesso? Resumidamente, é uma empresa prestadora de serviços de conexão à Internet e de serviços de valor adicionado como hospedagem, que detém ou utiliza uma determinada tecnologia, linhas de telefones e troncos de telecomunicação próprios ou de terceiros.

Em artigo publicado na revista on-line nº 111 da OAB/SC, Machado (2003) afirma:

Primeiramente, para melhor compreender os sujeitos desta obrigação, devemos estar cientes da definição de provedor.

Existem dois tipos de provedores, o provedor de informações, aquele que alimenta a rede com informações e o provedor de acesso, também conhecido pela sigla ISP, Internet Service Provider,

---

que são empresas que colocam à disposição de usuários de computadores o acesso à Internet por um equipamento chamado servidor.

Verifica-se, portanto, que provedor de acesso é aquele que disponibiliza, gratuitamente ou não, o sinal de Internet; o provedor de informação é aquele que tanto pode fornecer o sinal de conexão e disponibilizar serviços, como somente disponibilizar informações ou conteúdo para acesso.

### **3.1 E-mail**

O e-mail ou correio eletrônico, como o próprio nome diz, funciona, analogicamente, como a agência dos correios que já se conhece. Diferencia-se quanto ao meio de se receber as “cartas” e endereçá-las. No e-mail é criada uma conta através de um site que, como visto anteriormente, também é chamado de provedor de informações, onde, através de um cadastro em que o usuário informa seus dados pessoais como nome completo, idade, endereço, sexo e outros, há também a concordância em aderir a um termo de responsabilidade criado pelo administrador do provedor. Após todo o processo de cadastramento é disponibilizada ao usuário uma conta de correio eletrônico, protegida por uma senha de acesso criada pelo próprio usuário, espaço por meio do qual lhe será permitido enviar, receber e arquivar mensagens e até documentos digitalizados.

O que se pode observar é que, atualmente, o e-mail ganhou proporções gigantescas; seja como ferramenta de mera comunicação informal entre as pessoas, seja como ferramenta de trabalho, a ponto de considerar-se exclu-

do digitalmente aquele que não possuir uma conta.

Importa salientar a possibilidade de criação gratuita de contas de correio eletrônico por muitos sites.

No tocante à execução dos crimes contra a honra, o mesmo pode ser cometido quando há o envio de informações caluniosas, difamatórias ou injuriosas, utilizando um computador com acesso a Internet ou Intranet. E devido ao grande poder de difusão que as conexões de banda larga permitem e a facilidade em se encontrar um computador com conexão em agências dos correios, Lan Houses e outros, uma informação enviada por e-mail, em um curto espaço de tempo ganha proporção gigantesca.

Em se tratando de crime contra a honra praticado com o uso de e-mail, a 9ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre em apelação cível Nº 70015438997 em que se discutiu indenização por danos morais decorrentes da ofensa, decidiu da seguinte forma:

**APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.**

**LEGITIMIDADE PASSIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA MATÉRIA DE OFÍCIO.**

A averiguação da legitimidade da parte demandada para tomar parte na lide passa pela análise dos fundamentos nos quais baseia o demandante sua pretensão.

Figurando um dos réus

---

como mero contratante do serviço de acesso à Internet, é de ser declarada sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

ENVIO DE E-MAIL CONTENDO DADOS DA DEMANDANTE EM CONJUNTO COM INFORMAÇÃO DE QUE SERIA “GAROTA DE PROGRAMA”. REMETENTE EX-NAMORADO. recebimento de ligações interessadas nos serviços sexuais. responsabilidade subjetiva. culpa configurada. DANOS MORAIS EVIDENTES.

Existindo nos autos declaração firmada pelos provedores de acesso à Internet, no sentido de que o e-mail se originou em endereço eletrônico que pertencia ao réu, e tendo este falhado em comprovar fato que pudesse afastar sua responsabilização, é de ser julgada procedente a demanda.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO.

A indenização a título de reparação por dano moral deve levar em conta não apenas a mitigação da ofensa, devendo atender a cunho de penalidade e coerção, a fim de que funcione na repreensão do lesante. Indenização fixada em valor que não configura enriquecimento indevi-

do por parte da autora e, ao mesmo tempo, cumpre com a função repressivo-pedagógica típica dos danos morais.

JUROS LEGAIS. TERMO INICIAL.

Nas ações indenizatórias o termo inicial da contagem dos juros legais é fixado levando-se em conta a natureza do ilícito. Na responsabilidade civil por danos morais, onde a definição da extensão dos danos e do valor ressarcitório provém da análise e do prudente arbítrio do julgador, não há incorreção em fixar-se o início da incidência em qualquer momento desde a ocorrência do fato ou a contar da citação e até mesmo do trânsito em julgado da decisão.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONVALIDAÇÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA SENTENÇA. MANUTENÇÃO.

AÇÃO EXTINTA, DE OFÍCIO, EM RELAÇÃO AO CO-RÉU MAX HELLER.

Observado o exposto acima, conclui-se a possibilidade de efetivação de ofensa à honra por intermédio de e-mail.

### **3.2 Listas de discussão ou Fórum de discussões**

O Fórum de discussão é, basicamente, uma página de Internet, em que o administrador do site cria salas com

---

a função de se estipular um assunto para que o mesmo seja debatido através de mensagens deixadas na página, abertamente a qualquer pessoa que acesse o site. Após a criação de salas com temas específicos, surge a possibilidade de subdivisão temática, como por exemplo: assunto: filme X, tópicos: eu assisti o filme X, eu gostei do filme X e assim por diante. É através desta subdivisão que o usuário do site irá se localizar para enviar o seu depoimento de forma adequada.

Geralmente, as Listas de discussões ou Fóruns são criados em sites relacionados à informática, em que as pessoas utilizarão este recurso para tirar dúvidas de seu cotidiano em relação ao computador, problemas de conexão, e outros, como é o caso do site “Clube do Hardware” e “Baboo”. Também podem ser encontrados Fóruns em sites de relacionamentos como o Orkut em que são criadas comunidades, com a mesma função do assunto, contendo tópicos específicos para discussão.

O problema começa a partir do momento em que são criados assuntos e tópicos ofensivos à honra de determinada pessoa ou grupo de pessoas, configurando o crime, com o conhecimento de outras pessoas ou do (s) próprio (s) ofendido (s), ou mesmo com a inserção por usuário de mensagem que seja ofensiva à honra de alguém.

### **3.3 Salas de bate papo ou Chat**

As salas de bate papo, também conhecidas como chats, são espaços criados pelo administrador do site para que as pessoas que tenham acesso ao conteúdo da página possam, com a utilização de um pseudônimo, conversar através de troca de mensagens escritas, em tempo real.

É comum observar que essas sa-

las de bate papo são subdivididas por assuntos, opiniões, interesses, localização geográfica e idade. Essas subdivisões podem variar desde assuntos relativos à culinária, cidade de origem, opinião política ou religiosa, até opção sexual ou fantasias sexuais.

As salas de bate papo são comumente utilizadas por pessoas que estão à procura de companhia para diálogo sobre assuntos de seu interesse, ou até mesmo para encontros. Temas como amor, sexo e fantasias acabam sendo exteriorizados pelos usuários, os quais, sob o manto do anonimato, acabam exteriorizando tudo o que na realidade não teriam coragem de fazer ou dizer.

E é justamente essa sensação de anonimato que abre a porta para o cometimento de delitos contra a honra, pois ao utilizar um pseudônimo que, na maioria das vezes, não condiz com a realidade daquela pessoa perante a sociedade, o usuário da grande rede mundial de computadores acaba por se sentir à vontade para difamar, caluniar ou injuriar todos aqueles que são seus desafetos.

Como exemplo de crime contra a honra cometido por chat pode-se citar o Acórdão do Agravo regimental na AÇÃO PENAL Nº 442 - DF (2005/0199167-5):

PENAL. INJÚRIA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. SITE DA INTERNET.

APLICAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1 - Uma entrevista concedida em um chat (sala virtual de bate-papo), disponibilizada de modo “on line”, na home page de um jornal virtual, se re-

veste de publicidade bastante para se subsumir ao art. 12 da Lei nº 5.250/67 e, pois, atrair a incidência do prazo decadencial de três meses (art. 41, § 1º). Precedente da Corte Especial e da Quinta Turma-STJ.

2 - Extinção da punibilidade decretada.

3 - Agravo regimental não provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Castro Filho, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Ministro Relator. Afirmou suspeição o Ministro Ari Pargendler. Ausentes, justificadamente, os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito e, ocasionalmente, os Ministros Nilson Naves e Cesar Asfor Rocha. O Mi-

nistro Carlos Alberto Menezes Direito foi substituído pelo Ministro Castro Filho.

### 3.4 Microsoft Service Network – MSN

O MSN, a exemplo dos chats, funciona como uma sala de bate-papo, só que em vez de ser uma sala disponível a todos os que queiram acessar, funciona como uma sala particular. Através da instalação do software, o programa MSN, o usuário deverá se cadastrar e criar um e-mail no site da Hotmail ou Yahoo, os quais serão utilizados como login ou nome de acesso ao MSN.

No MSN, o usuário pode alterar as características visuais originais do programa, adequando-as ao seu perfil, o que nos chats não é possível. O sistema de comunicação é o mesmo que o apresentado nos chats, porém não é aberto ao público geral. Ele funciona através de envio de convite por parte do interessado e aceitação por parte do receptor, e a partir da aceitação, abre-se o canal de comunicação individual entre esses dois. Ao contrário das salas de bate-papo, além da comunicação escrita, a mesma pode se dar por voz e imagens geradas por uma Web Cam.

O crime contra a honra se dá através do MSN, como ocorre com as salas de bate-papo, no caso de troca de informações escritas, sendo possível no presente caso a execução do crime na forma verbal, tendo em vista a possibilidade de uso deste recurso presente no programa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posiciona-se, através de Recurso Inominado Nº 71001167139 em ação de reparação de danos em face de ofensas divulgadas no MSN, em relação a essa maneira de se cometer o

---

crime da seguinte maneira:

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ROMPIMENTO DE RELACIONAMENTO DE NAMORO. TROCA DE MENSAGENS OFENSIVAS SOBRE A AUTORA COM TERCEIRO E DIVULGAÇÃO DE FOTOS DA MESMA PRATICANDO SEXO NA INTERNET. OFENDIDA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. GRAVE VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E À HONRA. VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM QUANTIA PROPORCIONAL AO DANO PROVOCADO.

A autora, deficiente auditiva, manteve namoro com o réu, que também é portador de deficiência auditiva. Com o rompimento do namoro, o réu, além de atribuir à autora ter-lhe traído a uma amiga desta, através de mensagem enviada pelo MSN, divulgou na Internet, através de “comunidade” inserida no “Orkut”, por pelo menos uma semana fotos da autora, sem o seu consentimento, em que aparecia praticando sexo com ele, só fazendo cessar tal conduta ilícita, violadora da intimidade, imagem e honra da demandante, por exigência do pai dela. Como se trata de grave violação a atributos

de personalidade, a indenização por danos morais fixada em R\$ 6.000,00 não se mostra excessiva.

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.

Neste caso, observa-se o cometimento do crime através do MSN, bem como através do Site de relacionamento Orkut.

### **3.5 Páginas Gráficas ou Site**

As páginas gráficas ou site, também conhecidas como sítio, são locais na Internet onde administradores de servidores de informações inserem conteúdos dos mais variados. Os sites podem tratar de assuntos específicos como no caso de empresas que, por meio de um profissional, cria uma home page onde serão inseridas informações sobre determinada empresa, como representarem páginas de provedores de acesso que também são provedores de informação local em que os responsáveis pela elaboração da página inserem nela vários tópicos informativos sobre economia, esportes, lazer, dentre outros. Atualmente, os provedores funcionam como uma verdadeira empresa de comunicação, pois contam com equipes de atendimento ao público, setor de finanças, possuem equipes de jornalismo, dentre outros setores.

Além de servirem de transmissores e difusores de informações, os sites podem servir de ponte para acesso para outras páginas gráficas existentes no mundo virtual, ou até mesmo como suporte, fornecendo o espaço para inserção de informações, mediante pagamento de uma espécie de aluguel chamado hospedagem, para empresas



---

interessadas na divulgação relâmpago proporcionada pela Internet.

A execução do crime contra a honra, através desse meio de comunicação, se dá com a inserção de notícias e informações pertinentes à determinada pessoa ou grupo de pessoas e que possam de alguma forma ofender-lhes a honra objetiva ou subjetiva.

O Tribunal de Justiça de São Paulo em agravo de instrumento já decidiu da seguinte forma:

(TJSP 073708) AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Deferimento de tutela antecipada para que os réus retirem do site na Internet todas as mensagens ofensivas à honra dos autores, fixando multa diária na hipótese de descumprimento - Ao que consta dos autos, a co-ré transmite um programa de rádio e a jornalista, por si ou através da emissora, mantém uma página na Internet, divulgando o próprio programa - Ocorre que vários usuários têm feito uso dessa página para aviltar os autores, com remessa e mensagens de texto ofensivo, as quais ficam publicadas e disponíveis para consulta e leitura por outros usuários. A r. decisão merece ser mantida, mesmo porque adstrita aos textos ofensivos à honra dos autores, não atingindo as manifestações críticas, estas sim protegidas pelo direito constitucional de

liberdade de expressão e de pensamento - Consoante o art. 5º, inc.X, da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito de indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação. - Na hipótese vertente, mesmo cuidando-se de site na Internet, não se pode permitir a permanência de mensagem que denigra a imagem dos agravados, nada tendo a ver com liberdade de expressão ou de imprensa. - No que tange à multa, realmente foi arbitrada em valor excessivo diário, não se mostrando proporcional ao objeto da demanda e situação das partes, cumprindo reduzi-la. - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 283.271.4-6, 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, São Carlos, Rel. Dês. Sérgio Gomes. J. 01.04.2003, unânime).

Como se observa neste agravo de instrumento - em que pese ter sido proferido em ação de obrigação de fazer - há menção de ofensas praticadas através de página gráfica, no momento em que é permitida a permanência de mensagens ofensivas à honra de pessoas.

### **3.6 Blog**

Os blogs funcionam como pági-

---

nas gráficas em que, por meio de um cadastro no site responsável pela disponibilização do espaço para a inserção dos chamados post - os quais são informações inseridas pelo indivíduo cadastrado - o usuário cria uma espécie de diário.

Existem vários provedores que atualmente disponibilizam esse tipo de serviço. São muitos os tipos de blogs. Existem aqueles em que a pessoa simplesmente cria para contar a outras de pessoas como foi seu dia, suas frustrações e alegrias e assim por diante. Outros existem para que o criador exponha sua opinião sobre determinado assunto de seu cotidiano ou que, segundo ele, pode ser de interesse da comunidade, bem como aqueles criados por organizações não governamentais – ONGs, as quais criam seus blogs para mostrar ao mundo os resultados de suas lutas.

Nos blogs, o usuário do serviço insere textos e imagens, de acordo com a disponibilidade do fornecedor, que pode ser aumentada mediante o pagamento de mensalidades, de forma que textos e imagens ficam à disposição da comunidade virtual por ordem cronológica.

O crime contra a honra pode ocorrer a partir do momento em que são “postadas” imagens ou textos que manchem a honra objetiva ou subjetiva de outrem.

### **3.7 Orkut**

Como a própria definição do site traz, trata-se de uma comunidade online criada para tornar a sua vida social e a de seus amigos mais ativa e estimulante. A rede social do orkut pode ajudá-lo a manter contato com seus amigos atuais por meio de fotos e mensagens, e a conhecer mais pessoas.

Em outras palavras, é uma página da Internet vinculada à empresa Google, que possui como objetivo principal a interação entre pessoas através de mensagens deixadas no perfil criado pelo usuário.

A concessão do chamado perfil se dá mediante convite, onde o usuário do serviço convida o amigo para fazer parte da chamada comunidade Orkut. Após a aceitação do convite, é feito um cadastro como no e-mail e no cadastro será criado um login que vai ser o nome de acesso ao site que disponibilizará espaço à pessoa para inserir, no chamado perfil, fotos em um álbum virtual, vídeos, informações sobre o usuário e também disponibilizará um espaço para que os amigos daquele deixem mensagens ou até depoimentos sobre a pessoa detentora daquele perfil.

É exatamente na inserção de recados, depoimentos e fotos que o crime contra a honra ocorre, pois podem ser inseridas informações ou fotos que afetem a honra de outrem. Possibilita-se, inclusive, a criação de comunidades que atentem contra a honra de um grupo de pessoas.

Em notícia vinculada no Jornal do Nordeste de 09/07/2007, observa-se com clareza como esses crimes podem ser praticados:

Depois que criaram a comunidade “quem axa que a renata brasil se acha”, no Orkut, a vida da estudante Renata Brasil Machado Campos, de Limoeiro do Norte, ficou mais constrangedora. O criador da comunidade, que se esconde com o pseudônimo de “Karay Silva”, referindo-se a uma figura popular limoeiren-

---

se que nunca mexeu em computador, pegou fotos do perfil virtual da estudante, de 18 anos, e manipulou-as em caricaturas depreciativas.

A comunidade tem 39 membros e uma lista com diversos tópicos para quem quer falar mal da jovem. Os termos vão de “parece uma vaca preta”; “parece uma bola” a “se eu fosse ela me matava”. E quem ousasse defendê-la seria igualmente insultado, como aconteceu com familiares da moça. A própria mãe, Maria de Lourdes, recebeu respostas desrespeitosas quando quis defender a filha. “Eu fico muito triste com isso tudo. Minha filha é simpática com todo mundo, e se alguém não gosta dela não precisava chegar a esse ponto”, afirma Lourdes.

O Google do Brasil recentemente, em notícia vinculada ao jornal Folha de São Paulo de 12 de setembro de 2007, reconheceu a possibilidade de prática de delitos por seus clientes do Orkut, comprometendo-se a cooperar com a justiça brasileira.

## CONCLUSÃO

Depois do estudo da definição e a classificação dos crimes informáticos e o crime contra a honra perpetrado por meio da Internet, com ênfase em seu *modus operandi*, pode-se concluir que o computador pode ser utilizado como meio para a prática de crimes contra a

honra.

A consumação dos crimes de calúnia e difamação praticados pela Internet ocorre no momento em que um terceiro toma conhecimento da ofensa, enquanto no caso da injúria, a consumação se verifica no momento em que o ofendido toma conhecimento da ofensa. Assim, não há alteração quanto ao momento da consumação dos crimes contra a honra, quando perpetrados por meio da Internet. Porém, observa-se uma potencialidade ofensiva maior quando os delitos contra a honra são perpetrados por meio da grande rede mundial de computadores, devido à velocidade da transmissão da informação pela Internet, o que facilita a propagação e a difusão da ofensa, atingindo lugares até então inimagináveis, em tempo real, diversamente das hipóteses em que as ofensas são realizadas por meios tradicionais, como gestos, cartas e de forma oral.

Levando em consideração o posicionamento que adota a classificação dos crimes informáticos em puros, mistos e comuns, pode-se concluir que o crime contra a honra perpetrado por meio da Internet se insere no contexto dos crimes virtuais comuns, por já estar tipificado no ordenamento jurídico penal, sendo a grande rede mundial de computadores a responsável e o computador propriamente dito, tão somente, instrumento para a prática do crime.

Contudo, mesmo após todo o explanado, uma dúvida surge no que diz respeito à injúria real. Será possível a prática dela por meio do computador?

Levando-se em conta a necessidade de ocorrer violência ou vias de fato para haver crime, é inadmissível a prática de crime através do computador, pois não há contato físico entre ofensor e ofendido, o que impossibilita que a

conduta se amolde ao tipo penal.

Quanto à possibilidade da prática de injúria racial por meio da Internet, pode-se afirmar ser possível, desde que a injúria seja proferida contra pessoa ou determinado grupo de pessoas, com a intenção de ofender a sua honra subjetiva através de elementos relacionados à raça, cor, etnia, pessoa idosa, portadora de deficiência, origem ou religião.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tra-  
tado de direito penal (parte espe-  
cial)**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.  
v. 2, 585 p.

\_\_\_\_\_. **Código penal comenta-  
do**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva,  
2007. 1294 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal  
(parte geral)**. 10 ed. São Paulo: Sa-  
raiva, 2006. v. 1, 913p.

BRASIL. **Código penal**. 40. ed. São  
Paulo: Saraiva, 2002. 828 p. (Série Le-  
gislação Brasileira).

\_\_\_\_\_. **Constituição da Repúbli-  
ca Federativa do Brasil**: promul-  
gada em 5 de outubro de 1988. Orga-  
nização do texto por Antônio Luiz de  
Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos  
Santos Windts e Livia Céspedes. 29.  
ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 349 p.  
(Legislação Brasileira).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.250 de 09 de fe-  
vereiro de 1967**. Planalto Federal.  
Disponível em: <www.planalto.gov.  
br>. Acesso em: 21 jul. 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça.  
**Agravo Regimental, ação penal  
nº 442 - DF (2005/0199167-5)**. Re-  
curso adesivo. penal. injúria. publica-  
ção ofensiva. site da Internet. aplicação

da lei de imprensa. decadência. extin-  
ção da punibilidade. Agravante: ECV.  
Agravado: JPGT, 26 de junho de 2006.  
Disponível em: <[http://www.stj.gov.  
br](http://www.stj.gov.br)> Acesso em: 08 set. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio  
Grande do Sul. **Recurso Adesivo  
nº 70015438997**. Apelação cível e  
recurso adesivo. direito civil e pro-  
cessual civil. responsabilidade civil.  
danos morais. Legitimidade passiva.  
condições da ação. possibilidade do  
conhecimento da matéria de ofício.  
Recorrente: Bruna Rodrigues Fronza.  
Recorrido: Gunter Heller e Max Heller,  
09 de agosto de 2006. Disponível em:  
<<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em:  
08 set. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio  
Grande do Sul. **Recurso Inominado  
nº 71001167139**. Recurso inomina-  
do. reparação de danos morais. rompi-  
mento de relacionamento de namoro.  
troca de mensagens ofensivas sobre  
a autora com terceiro e divulgação de  
fotos da mesma praticando sexo na  
Internet . ofendida portadora de de-  
ficiência auditiva. grave violação do  
direito à imagem e à honra. valor da  
indenização fixado em quantia propor-  
cional ao dano provocado. Recorrente:  
Marcelo Lima Gonçalves Junior. Re-  
corrido: Anelise Bagatini de Noraes,  
14 de junho de 2007. Disponível em:  
<<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em:  
08 set. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São  
Paulo. **Agravo de instrumento nº  
283.271.4-6**. Agravo de instrumen-  
to - ação de obrigação de fazer. De-  
ferimento de tutela antecipada para  
que os réus retirem do site na Internet  
todas as mensagens ofensivas à hon-  
ra dos autores, fixando multa diária  
na hipótese de descumprimento. 05  
de outubro de 2005. Disponível em:  
<[http://www.ibdi.org.b.php?secao&id\\_  
noticia=535&acaolendo](http://www.ibdi.org.b.php?secao&id_<br/>noticia=535&acaolendo)> Acesso em:

---

08 set. 2007.

CAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. **Crimes cometidos com uso de computador**. São Paulo, 1994. 137 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues Da. **Crimes de informática**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1826>> Acessado em: 19 jan. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes informáticos**. Disponível em: <[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em: 26 nov. 2000.

GOOGLE Brasil receberá denúncias. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 set. 2007. Caderno de informática, F-17

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. 135p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, 517 p.

\_\_\_\_\_. **Código penal anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1076 p.

JUNIOR, Malaquias. **Cresce demanda judicial por crimes virtuais**. Disponível em: <[www.diario-do-nordeste.globo.com/materia.asp?codigo=450092](http://www.diario-do-nordeste.globo.com/materia.asp?codigo=450092)>. Acesso em: 05 set. 2007

LÍBANO MANZUR, Claudio. Chile: Los Delictos de Hacking en sus Diversas Manifestaciones. **Revista Electrónica de Derecho Informático**, nº 21, abr. 2000. Disponível em: <<http://publicaciones.derecho.org/redi>>. Acesso

em: 21 jul. 2007

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. Campinas: Millennium, 2005. 234 p.

LUCCA, Newton de e Simão Filho, Adalberto (Coord.) et al. **Direito e Internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000. 512 p.

MACHADO, Rosiane Ferreira. **Provedores de acesso e a tributação na Internet**: ISS X ICMS. Disponível em: <<http://www.oab-sc.com.br/oab-sc/revista/revista111/provedores.htm>> Acesso em: 23 jul. 2007.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. **Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, 526 p.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Rideel, 2006. 288 p.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. 290 p.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos. **Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, jul. 2002

ROQUE, Sérgio Marcos. **Criminalidade informática: crimes e criminosos do computador**. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007. 69 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Melheiros, 2006. 924 p.

---

# DO SIGILO DOS DADOS CADASTRAIS DE CLIENTES DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA DE UM CRIME EM UM CONTEXTO DIGITAL

Mário Furlaneto Neto<sup>1</sup>

José Eduardo Lourenço dos Santos<sup>2</sup>

**Resumo:** Quando se abordam delitos cometidos por meio da *Internet*, surge, logo de início, a preocupação sobre como se irá realizar a investigação criminal e como se produzirá a prova processual. Partindo-se da análise de hipóteses de delitos praticados por meio da *Internet*, mediante uma revisão crítica bibliográfica, busca-se nas linhas que se seguem, traçar uma idéia clara e simples, do que se pode fazer no campo da prova, com respeito à legislação penal e processual penal em vigor, bem como os Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente. Conclui-se, neste contexto, pelo papel preponderante da vítima na preservação dos indícios e vestígios eletrônicos, bem como pela necessidade de interação entre os profissionais do Direito, da Ciência da Computação e de outras Ciências afins, para o sucesso da persecução criminal.

**Palavras-chave:** Prova. Delitos informáticos. Internet.

**Abstract:** When crimes committed by means of *Internet* are approached, what causes one to worry right from the beginning is how investigation will be conducted into and how procedural evidence will be produced. From hypotheses analysis of *Internet-based* crimes, and through critical bibliographical review, the main purpose of this paper is to give a simple and clear idea of what can be done in view of producing evidence, with regard to penal and procedural legislation in force as well as to Fundamental Rights due to Constitution. In such context, conclusion is for victim's preponderant role concerning electronic signs and traces as well as in the need for interaction between professionals belonging to different fields such as Law, Computing Sciences and other sciences alike to achieve penal persecution.

**Keywords:** Evidence. Computer crimes. Internet

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciência da Informação (UNESP-Marília/SP). Delegado de Polícia. Professor do UNIVEM-Marília/SP. E-mail: [mariofur@flash.tv.br](mailto:mariofur@flash.tv.br).

<sup>2</sup> Mestre em Direito (UNIVEM-Marília/SP). Delegado de Polícia. Professor do UNIVEM-Marília/SP. E-mail: [jels@univem.edu.br](mailto:jels@univem.edu.br).

---

**Resumen:** Cuando se abordan delitos cometidos por medio de Internet, surge, de inmediato, la preocupación sobre como se realizará la investigación criminal y como se producirá la prueba procesal. Partiendo del análisis de hipótesis de delitos practicados por medio de Internet, mediante una revisión crítica bibliográfica, se busca en las líneas a continuación, trazar una idea clara y simple de lo que se puede hacer en el campo de la prueba al respecto de la legislación penal y procesal penal en vigor, así como también los Derechos Fundamentales previstos constitucionalmente. Se concluye, en este contexto, por el papel preponderante de la víctima en la preservación de los indicios y vestigios electrónicos, así como por la necesidad de interacción entre los profesionales del Derecho, de la Ciencia de la Computación y de otras Ciencias semejantes, para el éxito de la persecución criminal.

**Palabras-clave:** Prueba. Delitos informáticos. Internet.

## INTRODUÇÃO

Um cracker, morador em Brasília, mediante o emprego de um keylog<sup>34</sup>, subtrai a senha e dados da conta bancária de um internauta morador de Marília. Posteriormente, acessa-a via home banking e sem provocar suspeita, transfere eletronicamente um valor considerável em dinheiro para uma certa conta corrente, alugada de um terceiro, junto a uma instituição bancária situada em Goiânia. Na sequência, exaurindo o crime, saca parte do dinheiro depositado na conta de aluguel, de forma a deixar ali apenas o montante correspondente à locação da conta bancária.

O evento, ficticiamente criado para demonstrar o panorama do crime em um contexto digital, vem crescendo esponencialmente no cenário nacional e internacional (COELHO, 2004), a ponto de estimar-se um prejuízo, somente no primeiro semestre deste ano, em cerca de cento e setenta milhões de reais (SANTOS; FURLANETO NETO, 2004), de forma a ultrapassar o dano estipulado pelos crimes de roubo em casas bancárias.

Em um outro exemplo, um e-mail circula pela rede, enviado aos conhecidos de A, bem como a ele diretamente, chamando-o de incapaz, dentre outros adjetivos, de forma a macular a sua honra subjetiva.

Assim, neste novo cenário, em que o autor do crime não mostra o seu rosto, oculta sua identidade e deixa apenas vestígios eletrônicos para serem rastreados, a fim de se ligar a vítima ao criminoso, é que se deve desenvolver a investigação criminal.

Nesse contexto, a prova material a

<sup>3</sup> *Keylog* ou cavalo de tróia é um vírus que permite a captura de dados informáticos. Alguns cavalos de tróia permitem até a interceptação ambiente clandestina.

ser produzida para a apuração da autoria do crime merece especial destaque, mormente em decorrência do ônus da prova.

Pretende-se neste artigo, abordar algumas questões pertinentes à preservação da prova em um contexto digital, a fim de que os órgãos encarregados da investigação criminal possam chegar a tecer diligências visando a elucidar a autoria do crime digital. Não abordaremos, neste estudo, a questão da extraterritorialidade, que poderá se verificar quando ocorrer a transnacionalidade do delito praticado por meio da informática, isto é, naqueles crimes cujo agente possui uma conta de e-mail em um provedor hospedado no exterior, fora do domínio .br, de onde inicia a conduta que vem a atingir um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, por se tratar de assunto complexo e que merece abordagem específica.

Porém, antes de atingirmos o objetivo específico do artigo, faz-se necessário discutirmos a natureza jurídica do provedor de acesso à Internet, bem como o sigilo dos dados cadastrais de clientes do provedor.

### 1 NATUREZA JURÍDICA DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET

Se por um lado o provedor significa aquele que alimenta a rede com informações, por outro viabiliza a conexão de alguém à rede, sua entrada no ciberespaço. Existe, portanto, o provedor de informações e o provedor de acesso, cujas atividades podem ser ou não remuneradas.

Tanto no Brasil como no mundo, os provedores são intermediadores que oferecem o acesso à Internet mediante linha telefônica ou outro meio adequa-



do para a comunicação entre duas pessoas, tais como ondas de rádio ou cable. Utilizando uma figura de linguagem, o provedor seria apenas uma chave que destranca a porta da rede mundial, que por sua vez libera um espaço virtual.

Assim, os provedores não realizam o transporte de sinais de telecomunicações, mas tão somente utilizam o sistema de transporte de sinais já existente. Ao estabelecer a conexão do usuário com a Internet, seja via Embratel ou por qualquer outro meio disponível, os provedores de acesso utilizam-se da rede pública de telecomunicações, unicamente para permitir a conexão do usuário com a rede mundial através da linha telefônica ou por outro meio adequado.

Em outras palavras, seguindo o entendimento de Lima Júnior (2003), primeiramente temos a ação do usuário enviando dados ao seu provedor mediante um serviço de informações, explorado pela União. Posteriormente temos armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação desses dados pelo provedor de acesso, executando uma atividade meramente privada. Por derradeiro, temos a relação deste provedor de acesso com outros provedores através de um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde.

Percebe-se, assim, que todos os dados de conexões ou fluxo de informações, ou seja, o caminho percorrido na grande rede por quem a ela tem acesso, pode ser identificado pelo chamado provedor, que, para tanto, se faz valer do IP (Internet Protocol), protocolo identificador de cada máquina conectada.

Neste contexto, a atividade dos provedores de acesso à Internet é considerada como serviço de valor adicionado e não como serviço de telecomu-

nações.

Serviço de valor adicionado é aquela atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

Pela interpretação dos artigos 60 e 61 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 17 de julho de 1997, o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, razão pela qual, no entendimento de Lima Júnior (2003), o provedor se classifica como pessoa jurídica de direito privado, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

O tema abordado nesta seção é de importância ímpar para fundamentar o assunto a ser tratado na próxima, onde discutiremos a questão do sigilo dos dados cadastrais de clientes do provedor de acesso à Internet, por possuir relevância na investigação do crime praticado por meio da informática e, no caso, para o delito de pornografia infantil.

## **2 DO SIGILO DOS DADOS CADASTRAIS DE CLIENTES DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET**

Superada a fase de identificação do IP, a importância da análise dos dados cadastrais de clientes do provedor de acesso à Internet se deve ao fato de ser imprescindível para o esclarecimento da autoria do delito, pois somente o provedor poderá informar, na data e horário preciso, os dados do internauta cujo equipamento foi utilizado para a perpetração da conduta ilícita.

A questão ganha maior controvér-

sia quando se passa a analisar a redação do inciso XII do artigo 5º da CF<sup>45</sup>.

Isso porque o sigilo absoluto foi imposto como regra, sendo exceção a sua quebra, que somente poderá ser autorizada nos casos expressamente previstos na Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996, desde que estejam relacionados à prática de delitos.

Imediatamente é levantada a seguinte hipótese: o sigilo relativo a que o legislador impôs ao utilizar a expressão “salvo, no último caso”, aposta na parte final do inciso ora comentado, quer se referir apenas ao sigilo telefônico ou se estende também ao sigilo de correspondência e de dados?

A incorreta grafia utilizada pelo legislador fez surgir três correntes: os que defendem que somente pode ser quebrado o sigilo de comunicações telefônicas, com observância restrita dos critérios legais; aqueles que entendem haver dois grupos, o da correspondência, cujo sigilo é absoluto, e o das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, em que o sigilo seria relativo; e a corrente em que o entendimento prevalecente é o de que o sigilo absoluto abrangeria o grupo das comunicações telegráficas e correspondência, havendo sigilo relativo quanto ao grupo das comunicações telefônicas e de dados.

Pela relevância e implicações diretas no procedimento investigatório dos crimes praticados por meio da informática, passaremos a discorrer sobre

4 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:

XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

os fundamentos jurídicos de todas as correntes, porém, antes de entrarmos nessa seara, necessário se torna definir o termo “dados” utilizado pelo legislador.

A esse respeito, denominando “dados pessoais”, Tucci (1993, p. 428) entende se tratar de informações particulares e íntimas do indivíduo, confidenciais, podendo ser quaisquer dados, inclusive os informáticos, enquanto, para Cretela Júnior (1988, p. 269), se referem a informações sobre as pessoas.

Fazendo considerações sobre a privacidade no comércio eletrônico, Kaku (2000, p. 89-90) entende ser ponto capital a inviolabilidade do sigilo de dados para o comércio eletrônico. Sob forma abrangente, define dado como sendo tudo o que trafega na Internet, não importando que seja “uma simples pesquisa ou o cadastro que se aceita fazer através da rede”. Considera, inclusive, “imagens que possam ser armazenadas sob qualquer meio ou forma”. Conclui afirmando que “dado é uma informação armazenada, não importando por quanto tempo e que diz respeito aos atos e fatos nossos do dia-a-dia”.

Abordando aspectos constitucionais da lei que regulamentou o processo de escuta telefônica e os fluxos de comunicações estabelecidos em sistemas de informática e telemática, Hoesl (2000, p. 105-106) discorda dos autores por entender que o dispositivo constitucional trata de formas de comunicações, quer sejam por telefone, carta, telegráfica ou transmissão de dados, elevando essa última a meio de comunicação.

O autor sustenta seu entendimento ao resgatar definições esculpidas no Decreto 97.057, de 10 de novembro de 1988, em que os serviços de telecomu-

nações são classificados quanto à forma em telegrafia, telefonia, televisão, transmissão de dados, teledifusão e outras formas<sup>5</sup>. (Grifo nosso).

Aprofunda-se ainda mais ao estabelecer a diferença entre transmissão de dados e comunicação de dados, aquela constituída pelo envio, e esta, mais abrangente, por envolver, também, o recebimento, de forma a definir todo o processo.

Culmina trazendo à colação a definição legal de dado, caracterizada pela “informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação<sup>6</sup>”, para concluir que a expressão “dados” contida no texto constitucional significa comunicação de dados, “forma de comunicação, paralela às demais ali apresentadas”.

Nesse aspecto, o direito comparado traz uma grande contribuição para a questão, pois a Diretiva 46/1995 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, norte para uma legis-

lação assemelhada em todos os países membros, disciplinou dados não como meio de comunicação, mas sim como dados pessoais. Assim, para a Diretiva, consideram-se dados pessoais toda informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável; aborda o tratamento dos dados pessoais mediante qualquer processo que vise a guarda, registro, organização, conservação, elaboração ou modificação, extração, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma que lhes facilite o acesso, cotejo ou interconexão, assim como bloqueio, supressão ou destruição de referidos dados. (Grifo nosso).

Com base nessa Diretiva, a Espanha, um dos membros da Comunidade Européia – CE, editou a Lei Orgânica nº 15, de 13 de dezembro de 1999, disciplinando a proteção de dados de caráter pessoal, tendo a doutrina, com base na análise legislativa, classificado os dados pessoais em públicos e privados. Os dados pessoais públicos são os conhecidos por um número indeterminado de pessoas, sem que o titular possa identificar a origem e forma de propagação, como por exemplo, a lista de pessoas que pertençam a grupos profissionais contendo apenas dados de nome, título, profissão, atividade, grau de instrução, direção e indicação de que pertença ao grupo, etc. Os privados, aqueles em que a pessoa se abriga em fornecê-los a terceiros em situação tratada e regulamentada por lei.

A respeito dos dados pessoais privados, a doutrina os subdividiu em íntimos e secretos. Consideram-se íntimos aqueles em que a pessoa pode proteger sua difusão frente a qualquer um, mas se obriga a revelá-los em cumprimento a suas obrigações cívicas, como, por exemplo, ao prestar informações tributárias ou em caso de insolvência

5 Art. 4º. Os serviços de Telecomunicações, para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e Normas Reguladoras Complementares, compreendendo a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, classificam-se do seguinte modo:

I – quanto à forma de telecomunicação empregada:

a) telegrafia;  
b) telefonia;  
televisão;  
transmissão de dados;  
teledifusão;  
outras formas.

6 Cf. art. 6º, item 23 do Decreto 97.057/1988.

---

econômica. Os dados pessoais secretos são subdivididos em sensíveis e sensibíllimos. Os sensíveis são aqueles em que a pessoa não está obrigada a fornecê-los a ninguém, salvo em casos excepcionais tratados em lei, como, por exemplo, vida sexual e saúde, enquanto os dados pessoais secretos sensibíllimos estariam sujeitos a uma tutela mais rígida, não havendo obrigação de sua revelação por nenhum motivo, salvo por disposição de seu titular, como, por exemplo, dados sobre ideologia, filiação sindical, religião ou crenças.

Em que pese a legislação espanhola prever um controle sobre todos os dados pessoais, tanto públicos como privados, não pretendeu obstaculizar o fluxo de informações, mas sim evitar danos a outros interesses legítimos, servindo como instrumento de regulamentação e racionalização de sua circulação, tanto assim que o direito à intimidade somente tutelou os dados privados, em especial os secretos.

O Conselho da União Européia e o Parlamento Europeu ampliou o alcance da Diretiva 46/1995, ao editar a Diretiva 58, de 12 de julho de 2002, que estabeleceu regras claras sobre o tratamento de dados pessoais e a proteção da intimidade no setor das comunicações eletrônicas.

No que se refere ao tratamento de dados pessoais, a nova Diretiva estabeleceu que os Estados membros garantirão, por de legislação própria, a confidencialidade das comunicações e de dados de tráfego associadas a elas, realizadas pelas redes públicas de comunicações e os serviços de comunicações eletrônicas disponíveis ao público, cujo contexto se insere a Internet, proibindo, em particular, a escuta, a gravação, o armazenamento e outros tipos de intervenção ou vigilâncias das comunicações ou dados de tráfego as-

sociado a elas por pessoas distintas das dos usuários interessados.

Ressalvou as hipóteses de limitações legais que poderão ser adotadas por lei pelos países membros quando forem medidas necessariamente proporcionais e apropriadas em uma sociedade democrática para proteger a segurança nacional, a defesa, a segurança pública, a prevenção, a investigação, o desvendamento da autoria e a persecução de delitos, incluindo, nessas hipóteses, a possibilidade de armazenamento dos dados por prazo limitado para que os encarregados das investigações cumpram suas metas com o máximo de eficiência possível.

Disciplinando sobre os serviços da sociedade de informação, em cujo contexto se insere a Internet, e o comércio eletrônico, a Lei Orgânica espanhola n. 34, de 11 de julho de 2002, previu, por parte dos provedores de acesso a Web, a retenção de dados de conexão e tráfego gerados pela comunicação, pelo prazo máximo de doze meses, visando a conservá-los como marco para uma investigação criminal, bem como para a salvaguarda da segurança pública ou defesa nacional, obrigando ao fornecimento das informações mediante requisição judicial.

Como vimos, a legislação espanhola, seguindo diretrizes do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, tratou distintamente a questão dos dados pessoais e do tratamento desses dados, impondo como regra o sigilo dos dados pessoais particulares e o seu tratamento, mas impondo mecanismos judiciais para a revelação nos casos em que legalmente o interesse público seja preponderante.

Analizados alguns conceitos doutrinários sobre as definições da expressão “dados”, empregada pela Constituição, comparando-se com o direito

alienígena, passaremos a analisar as correntes que abordam a questão da tutela absoluta ou relativa do sigilo das comunicações prevista no texto constitucional.

Após agrupar as garantias individuais em função de seu objeto, discorrendo sobre direito à segurança, Silva (1990) deixa evidente ser apenas admissível a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, conferindo um caráter de sigilo absoluto às demais hipóteses. Para o autor, a norma tutela a liberdade de manifestação e pensamento, de um lado, e de outro, o segredo, como expressão do direito à intimidade.

Na mesma linha de raciocínio, Tucci (1993, p. 432) entende ser absoluta a vedação de quebra do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados pessoais, somente podendo ser admitida a quebra do sigilo de comunicações telefônicas, na forma da lei.

Esposando o mesmo entendimento, Hoeschl (2000) acrescenta haver exceções à regra da tutela absoluta do sigilo de comunicações telegráficas, comunicações de dados e das correspondências, nas hipóteses de estados de sítio e de defesa, previstas nos artigos 136<sup>7</sup> e 139<sup>8</sup> da CF. Em sua opinião

7 <sup>8</sup> Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

8 <sup>9</sup> Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de im-

somente no estado de sítio é que será permitida interceptação da comunicação de dados, possibilidade que não se admite no estado de defesa.

Conclui o autor ser inconstitucional o parágrafo único da Lei 9.296/1996<sup>10</sup> que expandiu a interceptação telefônica, como meio de prova, para os fluxos de comunicações estabelecidos em sistemas de informática e telemática.

Igual entendimento, no que tange, inclusive, à inconstitucionalidade do parágrafo único da Lei 9.296/1996, defende Greco Filho (1996, p. 11-12), para quem o texto da CF admite duas interpretações possíveis: “a ressalva, considerando-se a expressão ‘no último caso’, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e às comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas”.

Em seus argumentos, o autor aduz que:

[...] se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como ‘no último caso’, mas como no ‘segundo caso’. Ademais, segundo os dicionários,

prensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; 9 <sup>10</sup> Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

---

último caso significa der-  
radeiro, o que encerra,  
e não, usualmente, o se-  
gundo.

Discorrendo sobre questões perti-  
nentes à interceptação telefônica, Ran-  
gel (2000) defende posição diversa das  
até aqui apresentadas. Para o autor, “o  
dispositivo constitucional está dividido  
em dois grupos”, o primeiro, abran-  
gendo o sigilo da correspondência e  
das comunicações telegráficas, e o se-  
gundo, o das comunicações telefônicas  
e de dados, de maneira que “a expres-  
são ‘último caso’ açambarcaria dados e  
comunicações telefônicas”.

Para justificar a tese de que o le-  
gislador constituinte quis e permitiu a  
quebra do sigilo de dados, sejam dados  
das comunicações telefônicas ou quais-  
quer outros dados de comunicação, foi  
enfático ao dizer que ao

defendermos tese dife-  
rente estaríamos imagi-  
nando que o Constituinte  
somente se preocupou  
com a comunicação via  
telefone deixando de fora  
a comunicação de dados  
sem o uso de telefone.  
Ou seja, o criminoso da  
era da informática, ou o  
criminoso via satélite, ou  
da fibra óptica, ou ainda  
o que utilizasse infraver-  
melho estaria protegido  
diante da norma constitu-  
cional. Nada mais errado  
(Rangel, 2000).

Em artigo em que tece comentá-  
rios sobre a Comissão Parlamentar de  
Inquérito – (CPI) e a quebra do sigilo  
telefônico, Gomes (2002) empresta os  
ensinamentos de Grinover (1990, p.

60) para conferir relatividade aos di-  
reitos fundamentais, assim se expres-  
sando:

O ponto de partida  
para o verdadeiro en-  
tendimento do assunto  
reside em reconhecer a  
‘relatividade’ dos direitos  
fundamentais (muitos  
chamados de ‘liberdades  
públicas no antigo direito  
francês). ‘É cediço’, enfa-  
tiza Ada P. Grinover, ‘na  
doutrina constitucional  
moderna, que as liberda-  
des públicas não podem  
ser entendidas em senti-  
do absoluto, em face da  
natural restrição resul-  
tante do princípio da con-  
vivência das liberdades,  
pelo que não se permite  
que qualquer delas seja  
exercida de modo dano-  
so à ordem pública e às  
liberdades alheias’. Deve-  
se reconhecer, enfatizam  
alguns comentaristas da  
Constituição de 1988,  
que o princípio do sigilo  
absoluto, algumas vezes,  
não se coaduna com a re-  
alidade e a necessidade  
sociais. Os dados pesso-  
ais, em conclusão, seja  
no momento de uma co-  
municação (telefônica ou  
por outra forma), sejam  
os armazenados (estan-  
ques), não gozam de sigilo  
absoluto.

Admite o autor ser possível a que-  
bra judicial de dados pretéritos e estan-  
ques, tais como data, hora e tempo de  
duração das ligações, bem como núme-

ros dos telefones que foram utilizados para os diálogos, desde que para instruir investigação policial ou persecução judicial, justificando a limitação da tutela do sigilo, “tanto pela prevalência em alguns casos concretos do interesse público quanto pela ‘convivência’ das liberdades entre os particulares”.

Porém, salienta que

[...] nenhum direito fundamental pode sofrer restrição sem a intervenção do legislador (isto é, sem a *interpositio legislatoris*). De qualquer modo, não são poucas as leis no Brasil que autorizam a ingerência nos dados alheios. Assim, Código Tributário Nacional, art. 198, Código de Processo Civil, art. 399, Lei Federal nº 3.470/58, art. 54, Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), etc. Havendo requerimento do Ministério Público, por exemplo, por força das suas leis orgânicas, já está atendido o princípio da legalidade.

Em seu entendimento, deve ainda a Autoridade Judiciária analisar com imperatividade no momento da decisão, o princípio da proporcionalidade, pois “não é qualquer caso de investigação criminal ou instrução penal que justifica tal medida, tão invasora da intimidade alheia”.

Em uma visão mais ampla, sob o ponto de vista da finalidade ética e social da garantia constitucional, Grinover (1990, p. 68) sustenta a inviola-

bilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, de maneira que “pode a lei (como o faz) abrir exceções ao princípio, sem que com isso se configure qualquer inconstitucionalidade”.

Nesse sentido a autora arremata dizendo que “tal entendimento não pode significar a aniquilação do preceito constitucional, devendo a lei conter as exceções dentro de limites razoáveis, que não ponham por terra a garantia”.

Em análise à admissibilidade da prova ilícita por derivação<sup>1011</sup> no processo penal, mormente nas hipóteses de interceptações telefônicas e escutas clandestinas, Capez (1998, p. 32-33) entende não se justificar a postura inflexível de se desprezar, sempre, tais provas, sob o argumento de que em caso de conflitos entre princípios fundamentais da Constituição, deve prevalecer sempre o de maior valor, evitando-se, assim, um mal maior, citando como exemplos uma eventual condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.

Justifica a sua tese sob o argumento de que

[...] o direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção à vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

<sup>10</sup> <sup>11</sup> Segundo Capez (1998, p. 31), as chamadas provas ilícitas por derivação “são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida”.

---

Segue seu raciocínio dizendo que “no caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”, admitindo, assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja origem se desenvolveu na Alemanha (Verhältnismassigkeitsprinzip), no período pós-guerra.

A doutrina e a jurisprudência dominante são no sentido de que a prova favorável ao réu pode ser utilizada em seu favor, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros (prova ilícita pro reo), porém, antes da entrada em vigor da lei 9.296/1996, em análise com o contexto das demais provas obtidas por meio lícito, julgado da 6ª Turma do STJ, nos autos do HC 3.982/RJ, em 5-12-1995, publicado no DJU, em 26 fev. 1996, p. 4084, o relator, Min. Adhemar Maciel, contrariando posição do STF, a reconheceu como também admissível a favor da acusação (*pro societate*), cujo acórdão diz:

Constitucional e processo penal. Hábeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Ré condenada por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso

LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis [...] as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e pragmática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (Verfassungssaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada<sup>11</sup>12.

Mais recentemente, sob a vigência da Lei 9.296/1996, julgado pioneiro do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª região, nos autos do processo 504/2002 RO, reconheceu a justa causa para a demissão de funcionário que

<sup>11</sup>

<sup>12</sup> Cf. CAPEZ, 1998, p. 34-35.



fez uso indevido de e-mail da empresa, reconhecendo a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que pese a proteção à individualidade, à liberdade ou à privacidade, ser essencial no respeito ao Estado de Direito, sob o argumento de que essa proteção não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância, sob pena de serem violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente precisam ser preservados. A ementa do acórdão diz:

26.06.2002 – Envio de e-mail – Justa Causa (HSBC). RO 0504/2002  
Relatora: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro.  
Revisor: Juiz Douglas Alencar Rodrigues  
Recorrente: HSBC Seguros Brasil S/A. Recorrente: Omitido. Recorrido: Os mesmos. Origem: 13ª Vara do Trabalho de Brasília DF (Juiz José Leone Cordeiro Leite).  
EMENTA: JUSTA CAUSA. E-MAIL. PROVA PRODUZIDA POR MEIO ILÍCITO. NÃO-OCORRÊNCIA. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito.

Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema Internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta.

O debate doutrinário a respeito da questão faz surgir um outro ponto crítico, pois, salvo na hipótese da corrente que admite a quebra do sigilo das comunicações de dados, ainda que pela adoção do princípio da proporcionalidade, qualquer outra interpretação doutrinária fará com que os crimes praticados por meio da informática dificilmente sejam investigados no Brasil, tornando o país um verdadeiro paraíso do crime informático, por não se admitir o rastreamento de e-mails ou a quebra do sigilo de comunicação de dados. Ademais, entendendo-se pela tutela absoluta de tais garantias, por se tratarem de clausula pétrea, o ordenamento jurídico somente poderia ser modificado pela formação de um novo

Estado, mediante a instalação de uma nova assembléia constituinte.

Importa dizer que a privacidade do usuário encontra-se regulamentada no inciso X do artigo 5º da CF, ao prever serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, bem como na Lei n.º 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, de maneira que o legislador pátrio tomou a cautela de responsabilizar o provedor e a autoridade requisitante quando houver divulgação indevida dos dados pessoais do usuário ou das comunicações de dados, haja vista a imposição de sigilo absoluto ao procedimento que decretar sua quebra.

### 3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA

No processo penal, a prova destina-se à formação da livre convicção do juiz acerca da existência ou não de um fato, suas circunstâncias, além da falsidade ou veracidade de uma afirmação, sobre os quais pesam incerteza, dúvida, e que, por suas relevâncias, precisam ser cabalmente demonstradas perante o julgador para que a causa tenha o seu deslinde.

Segundo Tourinho Filho (2003, p. 215-216) “provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos: os outros não”. Dentro desse contexto, o autor enfatiza que para efetivar a prova, deve a parte “apresentar os necessários meios para que dela tomem conhecimento”.

Salvo os fatos axiomáticos ou in-

tuitivos<sup>12</sup><sup>13</sup>, os notórios<sup>13</sup><sup>14</sup>, as presunções legais<sup>14</sup><sup>15</sup> e os fatos inúteis<sup>15</sup><sup>16</sup>, todos os restantes devem ser provados por quem tem interesse em alegar (ônus da prova), inclusive o fato admitido ou aceito<sup>16</sup><sup>17</sup>. Deve a prova ser admissível pela lei e costumes judiciais, ser pertinente ou fundada em relação ao processo, visar a esclarecer uma questão controvertida e ser possível a sua realização.

Por vigorar no processo penal o princípio da verdade real, “não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei” (CAPEZ, 2003, p. 263). Ocorre que esse princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofrendo restrições em algumas hipóteses legais, em que somente se admite a prova mediante certas formalidades, como, por exemplo, no estado de pessoa (casamento, morte, parentesco) em que a prova somente pode ser feita com a respectiva certidão.

Assim, de forma não taxativa e com valor relativo, o código de processo penal admitiu como meio de prova

12 <sup>13</sup> Aqueles que são evidentes, como por exemplo, nos casos em que as lesões externas forem de tal monta que tornam evidente a morte da vítima, sendo dispensado o exame de corpo de delito intermo.

13 <sup>14</sup> Aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Desnecessária a prova de que o fogo queima e que a água molha.

14 <sup>15</sup> Decorrentes da própria lei, podendo ser absolutas (*jure et de jure*) e que, portanto, não admitem prova em contrário, como, por exemplo, a nacionalidade do filho de brasileiros, nascido no Brasil, ou relativas (*juris tantum*), em que se admitem prova em contrário, como a presunção de paternidade na hipótese do filho nascido na constância de um casamento.

15 <sup>16</sup> Fatos que não influenciam na solução da causa.

16 <sup>17</sup> Também chamado fato incontrovertido, pois foi admitido pela parte. Diferentemente do processo civil, em que vigora a verdade ficta, o processo penal não adotou a presunção de veracidade quanto o fato admitido pela parte.

a produção de perícia, o interrogatório do acusado, a confissão, perguntas formuladas ao ofendido, oitiva de testemunhas, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareações, a prova documental, bem como os indícios, prevendo como acautelatória a medida de busca e apreensão de coisas ou pessoas.

É dentro deste contexto que a investigação criminal deverá ocorrer, sem, jamais, desrespeitar os direitos e garantias individuais expressos na Carta Magna, tidos como fundamentais.

Levando-se em consideração o ônus da prova, deverá a acusação fazer prova da autoria e materialidade do delito, caso queira que a sua pretensão seja reconhecida pelo juiz, no ato da entrega da prestação jurisdicional.

Em razão disso, mister se faz tecermos alguns comentários sobre a preservação da prova em um contexto digital, pois, deve o agente do direito valer-se dos dispositivos legais que tem ao seu alcance.

#### **4 PRESERVAÇÃO DA PROVA EM UM CONTEXTO DIGITAL**

Resgatando o primeiro exemplo utilizado no preâmbulo do artigo, para fins didáticos, levaremos em consideração que o keylog foi introduzido no hd – hard disc do internauta por meio de um e-mail indesejado, o que possibilitou o cracker obter informações preciosas como o número da conta bancária, agência e senha do home banking.

Um primeiro questionamento se impõe: assim que o internauta constatar que o seu computador foi invadido, deve imediatamente desligar o computador?

Em que pese ser esta a conduta instintiva a ser tomada pelo internau-

ta, normalmente dotado de conhecimentos mínimos em informática, para Montanaro Barrales<sup>17</sup><sup>18</sup>, o ideal é desligar a Internet, sem desligar o CPU, bem como interpelar o provedor para preservar os arquivos logs<sup>18</sup><sup>19</sup>, de forma a não perder dados importantes para o rastreamento. Assim, nesse contexto, a vítima tem papel fundamental para a preservação da prova material.

A interpelação ao servidor se faz necessária em decorrência de o Brasil não possuir legislação que o obrigue a manter o tráfego ou arquivos logs de seus clientes, diferentemente da legislação espanhola, por exemplo.

Concomitantemente, deve ser comunicada a polícia civil para que esta, juntamente com o perito oficial ou louvado possa tomar as providências pertinentes.

Ressalte-se que nem sempre há, em um primeiro momento, a necessidade de autorização judicial para se chegar ao IP do suspeito, diante desse dado ser de domínio público e ser acessado por qualquer um que tenha conhecimento técnico para tal. Após a identificação do IP, deverá o provedor fornecer os dados cadastrais do cliente, sem que, para tanto, seja necessária autorização judicial, porém, para a confirmação dos dados obtidos no ato da investigação criminal preliminar, com os arquivos logs mantidos pelo provedor, necessário se faz ordem judicial, em decorrência do disposto no inciso XII do artigo 5º da CF.

No que tange ao descobrimento

<sup>17</sup> O autor, Domingo Martin Montanaro Barrales, é perito em segurança eletrônica e proferiu recente palestra no Fórum sobre Direito Eletrônico, organizado pelo IPEC – Instituto Paulista de Educação Continuada, realizado em novembro, na cidade de São Paulo, onde abordou a recuperação de indícios e vestígios eletrônicos em um contexto de crime digital.

<sup>18</sup> Segundo Solha (1999), logs são “registros de atividade do sistema”.

---

da origem do e-mail, Montanaro Bar-  
rales classifica a investigação em linear  
e não linear.

A investigação linear se dá por  
meio de informações obtidas junto ao  
provedor, no que tange ao cadastro do  
cliente que utilizou determinado IP.

Processo mais complexo, porém,  
muito mais eficiente, se dá por meio  
da investigação não linear. Por meio de  
uma engenharia regressiva, busca-se a  
localização de onde o IP originário está  
instalado, sem que haja invasão da pri-  
vacidade ou violação a direito e garan-  
tia fundamental. A engenharia regres-  
siva ou engenharia social é realizada  
por meio de mecanismos disponíveis  
na própria rede mundial de computa-  
dores.

## CONCLUSÃO

Assim, pode-se concluir que o pa-  
pel da vítima na preservação dos ves-  
tígios eletrônicos deixados pela per-  
petração de delitos informáticos é de  
suma importância, pois, dependendo  
da atitude que tiver com relação a sua  
máquina, assim que descobrir a ação  
ilícita, orientará o caminho da investi-  
gação, podendo, inclusive, muitas ve-  
zes dificultar a coleta de provas.

Ressalta-se, aqui, o papel impor-  
tante da Ciência da Computação no  
processo de segurança eletrônica, na  
medida em que são desenvolvidas téc-  
nicas e softwares para evitar invasão  
em sistemas de computadores, bem  
como, caso isso venha a ocorrer, possi-  
bilitar, de forma rápida e eficaz, que os  
indícios e vestígios possam ser recupe-  
rados, ainda quando inadvertidamente  
“deletados” pela vítima ou quando pro-  
positadamente apagados pelo inves-  
tigado, possibilitando o rastreamento  
para se chegar ao autor do crime.

Do que se analisou no presente

artigo, constata-se que a investigação  
criminal nos crimes digitais requer  
profissionais especializados e em cons-  
tante interface com os avanços tecno-  
lógicos, sem, jamais, esquecer-se de  
que nesse mitié deverá haver, sempre,  
a interação entre profissionais do Di-  
reito, da Ciência da Computação e ou-  
tras ciências afins.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988).  
**Constituição da República Fe-  
derativa do Brasil**. Disponível em:  
<<http://www.senado.gov.br>>. Aces-  
so em 8 abr. 2003.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 97057  
de 10 nov. de 1988**. Altera os títulos  
i, ii e iii do regulamento geral para exe-  
cução da lei 4.117, de 27 de agosto de  
1962. Disponível em: <<http://senado.gov.br>>. Acesso em 8 abr. 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8078 de 11 de  
set. de 1990**. Dispõe sobre a proteção  
do consumidor e dá outras providên-  
cias. Disponível em: <<http://senado.gov.br>>. Acesso em 8 abr. 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9296 de 24  
de jul. de 1996**. Regulamenta o in-  
ciso XII, parte final, do artigo 5º da  
Constituição Federal. Disponível em:  
<<http://senado.gov.br>>. Acesso em 8  
abr. 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9472 de 16  
de jul. de 1997**. Dispõe sobre a or-  
ganização dos serviços de telecomuni-  
cações, a criação e funcionamento de  
um órgão regulador e outros aspectos  
institucionais, nos termos da emenda  
constitucional 8, de 1995. Disponível  
em: <<http://senado.gov.br>>. Acesso

em 8 abr. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 621p. ISBN 85-02-02406-X.

\_\_\_\_\_, Fernando. **Curso de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 678p. ISBN 85-02-04287-4.

COELHO, Rodrigo Durão. **Fraude online cresce e vira epidemia mundial**. Disponível em: <http://informatica.terra.com.br/interna/O,,OI434865-EI553,00.html>. Acesso em: 06 dez 2004.

COMUNIDAD EUROPEA. **Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea**. Disponível em: <http://www.delitosinformaticos.com/protecciondatos/directiva95-46.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Directiva 2002/58/Ce Del Parlamento Europeo Y del Consejo de 12 de Julio de 2002. **Diario Oficial de las Comunidades Europeas**, Bruselas, L 201, de 31 jul. 2002, p. 37-47.

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v.1, 581 p. ISBN 85-218-0013-4.

ESPAÑA. **Ley Orgánica n.º 15 de 13 de dic. de 1999**, de Protección de Datos de Carácter Personal. B.O.E. Nº 298. Martes 14 de diciembre de 1999. Disponível em: [\[sinformaticos.com\]\(http://www.delitosinformaticos.com\)>. Acessado em: 8 abri. 2003.](http://www.delito-</a></p></div><div data-bbox=)

\_\_\_\_\_. **Ley Orgánica n.º 34 de 11 de Jul. de 2002**, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE num. 166, de 12 jul. de 2002. p. 25388-25403. Disponível em: [www.delitosinformaticos.com](http://www.delitosinformaticos.com)>. Acessado em: 8 abri. 2003. LIMA JÚNIOR, Carlos Daniel Vaz de. O sigilo do cadastro de clientes dos provedores de acesso à Internet. Disponível em: <http://www.carlosdaniel.net/>>. Acesso em: 2 abr. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **A CPI e a quebra do sigilo telefônico**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-010.htm>>. Acesso em: 31 out. 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei nº 9.269, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. 60 p. ISBN 85-02-02185-0.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Novas tendências no Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 435 p. ISBN 85-218-0029-0.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apud GOMES, Luiz Flávio. **A CPI e a quebra do sigilo telefônico**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-010.htm>>. Acesso em: 31 out. 2002.

HOESCHL, Hugo César. Alguns aspectos constitucionais da Lei 9296/96. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Boiteux, 2000.

---

p. 105-113.

KAKU, Willian Smith. Internet e comércio eletrônico: pequena abordagem sobre a regulação da privacidade. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Boiteaux, 2000. p. 81-93.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em: 27 nov. 2002.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; FURLANETO NETO, Mário. Golpe Digital. **Diário**, Marília, p. 2-A, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990. 756 p. ISBN 85-203-0795-7.

SOLHA, Liliana Esther Velásquez Alegre. Os logs como ferramenta de detecção de intrusão. **RNP**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, maio 1999. Disponível em <<http://www.rnp.br/newsgen/9905/logs.html>>. Acesso em: 13 dez. 2004. ISBN 1518-5974.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, 640p. ISBN 85-02-04412-5.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. 501p.

---

# ACESSO À JUSTIÇA: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA PARTICIPATIVA

Caio Henrique Lopes Ramiro<sup>1</sup>

A justiça é o pão do povo. Às vezes bastante, às vezes pouco. Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim. Quando o pão é pouco, há fome.. Quando o pão é ruim, há descontentamento.  
Brecht

**Resumo:** A justiça pode ser contextualizada, de forma a ter-se que passar pelas categorias de justiça, no plano filosófico, elaboradas por Aristóteles, bem como poder-se-á falar em justiça no plano da prática forense, resumindo o acesso à justiça ao acesso aos tribunais. Para os Gregos a noção de direito estava ligada à idéia de justiça, no entanto, muitos doutrinadores afirmam que nos dias de hoje a justiça é o ideal do direito. Neste linear, precisou-se transcender as categorias de justiça aristotélicas, no sentido de buscar um novo paradigma de justiça, uma justiça mais participativa. Contudo, só haverá justiça participativa se, em primeiro lugar, houver consciência de cidadania, através do conhecimento, por parte da sociedade, de seus direitos mais fundamentais (lembrando que o cidadão também tem deveres), bem como a postura combativa dos agentes do direito, ao menos tentando se livrar da conduta formalista. Desse modo, poder-se-á falar em justiça no plano do universal, bem como em acesso à justiça como elemento para concretização de uma justiça participativa, de inclusão e respeito aos direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Justiça Contextualizada. Consciência. Cidadania. Justiça Participativa.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito (UNIVEM-Marília/SP) e Pós-graduando em Filosofia Política e Jurídica (UEL-Londrina/PR). Advogado. E-mail: [caioramiro@yahoo.com.br](mailto:caioramiro@yahoo.com.br)

---

**Abstract:** The justice can presented be, in way the terms that to pass goes the categories of justice, in the philosophical plan, elaborated by Aristotle, the well the we can speak in justice in the plan of the forensic practice, summarizing the access to the justice to the access to the tribunals. It goes the Greeks the right notion was linked to the idea of justice, however, many writers affirm that in the days today the justice i the ideal of the right. In this lineal one, he/she needed to transcend the categories of justice Aristotelian, in the sense of looking for a new paradigm of justice. However, there will only be justice participation if, in first place, there is citizenship conscience, through the knowledge, on the part of the society, of your more fundamental rights (reminding that the citizen also has duties), as well as the agents' of the right combative posture. He/she gave way, it can be spoken in justice in the plan of the universal, as well as in access to the justice as element for materialization of a justice, of inclusion and respect to the rights and fundamental warranties of whole and any citizen.

**Words Key:** I Access to the justice; Justice; Conscience; Citizenship



---

## INTRODUÇÃO

Na presente reflexão, buscou-se demonstrar que o acesso à justiça não se resume apenas e tão-somente no acesso ao judiciário. Para tanto, como forma de fundamentação, em um primeiro momento houve uma reflexão no que diz respeito aos vários aspectos ou concepções de justiça, trazendo como fundamento as reflexões feitas pelos filósofos Platão e Aristóteles, bem como o posicionamento do sofista Trasímaco.

Agora houve a necessidade de se demonstrar, através de exemplo, que o acesso à justiça passa pelo acesso aos direitos básicos da pessoa humana, como por exemplo, educação de qualidade, saúde, moradia, salário digno, etc; direitos esses que se encontram tabulados nos artigos 5º e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, sendo também os direitos reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

Assim, depois de desmembradas, de forma sumária, as várias categorias de justiça aristotélicas, teve-se como horizonte a conceituação de uma nova espécie de justiça; a saber: a justiça participativa.

Entrementes, para se falar em justiça participativa como fundamento do acesso à justiça, mister se faz reconhecer a opressão exercida por uma minoria que detém o poder, não só econômico, mas também político, sobre uma maioria popular, trabalhadora, que não consegue vislumbrar o produto e os frutos de seu trabalho.

Por fim, não só a postura reflexiva e combativo/criativa do jurista se faz necessária para que se consiga transpor a opressão exercida por uma minoria opressora, mas também o ra-

ciocinar o direito e a realidade fática da contemporaneidade, para que possa se formar uma consciência de cidadania que preceda à justiça participativa, destarte, fundamentando uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

### 1 CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA (ESPÉCIES DE JUSTIÇA)

Inicialmente, merece destaque, de maneira sumária, reflexão sobre o verdadeiro significado da palavra justiça. A expressão justiça é muito utilizada pelos agentes do direito, bem como por toda a sociedade. Entretanto, qual o real significado de justiça?

Na Grécia antiga, nos debates envolvendo Sócrates e Trasímaco, muito se discutiu a respeito do significado de justiça, havendo fortes argumentos daqueles que defendiam a existência de uma vida que deveria ser pautada pela justiça e existiam aqueles que acreditavam como Trasímaco, que a justiça consiste em fazer o que é conveniente para o mais poderoso. (PLATÃO, 1973, p. 25)

Nesse linear, a concepção clássica ou divisão clássica do que se pode entender por justiça remonta ao filósofo Estagirita, Aristóteles, no livro V da Ética a Nicômaco, que dividiu a justiça em comutativa, distributiva e geral (ou legal), sendo esta também uma virtude moral, não apenas um “sentimento do justo”.

A respeito das categorias de justiça aristotélicas, João Baptista Herkenhoff afirma que a justiça comutativa é a que melhor representa a justiça em um aspecto particular, sendo que esta exige que cada pessoa dê a outra o que lhe é devido. (HERKENHOFF, 2004, p. 89)

No tocante à justiça distributiva Aristóteles afirma que [...] o justo neste

---

sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional. (ARISTÓTELES, 1979, p. 109)

Assim, a justiça distributiva tem por objetivo permitir a participação da pessoa humana em busca do bem comum, através da igualdade, ou seja, da equidade e de acordo com seus méritos ou suas habilidades, devendo os bens serem distribuídos de maneira proporcional.

Outrossim, Herkenhoff (2004, p. 89) assevera que a justiça geral, social ou legal determina que as partes da sociedade dêem à comunidade o bem que lhe é devido.

A justiça geral (social ou legal) é a realização do ideal de justiça dentro das relações sociais, as relações sociais pressupõem um processo de reflexão sobre o mundo sensível, ou seja, sobre a realidade fática de uma época para que haja a possibilidade de se sentir o justo.

Dessa forma, a justiça social está ligada a uma visão comprometida com o bem comum, com a observação e reconhecimento das desigualdades sociais, lutas de classe, reconhecimento da legitimidade de movimentos sociais que, sem dúvida, representam os clamores das massas por justiça, por igualdade. Advirta-se uma igualdade substancial e não meramente formal.

Todavia, até hoje existem calorosos debates em diversas áreas do conhecimento, mormente dentro das ciências humanas, a respeito do significado de justiça.

## **2 ACESSO À JUSTIÇA OU ACESSO AO JUDICIÁRIO?**

Forçoso considerar que para muitos o acesso à justiça está reduzido,

quicá, é apenas e tão-somente o acesso ao judiciário.

Não obstante, o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao judiciário, tendo em vista que o Judiciário é um dos poderes do Estado que foi criado para dizer o direito ao caso concreto, segundo o entendimento da visão tradicional, visão esta que, na maioria das vezes, está pouco preocupada com a realidade fática de sua época.

Com efeito, isto significa dizer que a visão conservadora está pouco preocupada com aqueles (o povo) que se encontram à margem de direitos, muitas vezes, direitos básicos como, por exemplo, a educação.

A respeito da opressão exercida pela classe detentora do poder de legislar e do poder em geral, oportuna a lição de Pereira Filho (2005) quando afirma que:

[...] a burguesia pós-revolucionária aliou a seu poder econômico, o político e, nesta condição, abandonou os ideais perseguidos e prometidos para retirar benesses de uma situação cuja calma da navegação só a ela permite uma viagem livre de chuvas e trovoadas. Idealizadora do emergente Estado, soube (e sabe), como ninguém, transitar pelo poder

Sob outro aspecto, a título de elucidação, convém mencionar que o acesso à justiça também aponta para uma educação de qualidade, educação essa que vai no sentido da formação da pessoa humana para a vida na Polis, destarte, para o exercício da cidadania.

Nesse sentido, a concepção ou o

conceito de justiça vai além do apenas “dizer o direito”, ou aplicar a lei ao caso concreto como preferem os positivistas jurídicos ortodoxos; sendo assim, o acesso à justiça está ligado também à seara da boa instrução que deve ser dada ao povo para que este possa, por exemplo, conhecer suas leis, participar de movimentos sociais de maneira consciente, de debates a respeito de política e situações que o atingem diretamente, ou seja, para que o povo possa exercer a cidadania de maneira plena e participativa. Dessa forma, o cidadão não ficará assistindo a todos os fatos que interferem em sua vida de forma “bestializada”<sup>27</sup>.

Ressalte-se que o acesso à justiça de certa forma passa pelo acesso ao judiciário, pois aos cidadãos é defeso fazer justiça pelas próprias mãos, devendo procurar uma resposta jurisdicional que deve ser dada pelo Poder Judiciário, por ser o Estado devedor da prestação da tutela dos direitos.

A assertiva de que o Estado é devedor da tutela jurisdicional se dá em virtude do monopólio da jurisdição, exercido pelo poder estatal, tendo em vista que não é permitido por nosso ordenamento a autotutela.

Com efeito, proibindo a autotutela, o Estado chama os cidadãos para o Judiciário, a fim de que ali resolvam os seus conflitos, mediante uma resposta jurisdicional dada por um juiz investido de jurisdição.

Ocorre que não basta conferir ao cidadão (jurisdicionado) apenas o direito a uma sentença, deve o Estado dar-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva e adequada, ou

seja, dentro de um prazo razoável de tempo e de forma a conseguir realmente o bem da vida em disputa.

A tal fim, parece que a concepção legal de Justiça, no tocante à tutela de direito material, encontra-se na Constituição da República do Brasil de 5 de outubro de 1988, em suas Garantias e Direitos Fundamentais (art 5º e incisos, artigo 6º e ss), bem como, pode estar ligada ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1, inciso III).

### **3 CONCEPÇÃO ATUAL DE JUSTIÇA: JUSTIÇA PARTICIPATIVA E CIDADANIA**

A expressão cidadania é muito utilizada nos dias atuais, seja pelos próprios cidadãos, seja por alguns representantes do poder estatal. Mas, qual o real significado da expressão cidadania?

Cidadania representa, antes mesmo de uma qualidade, um estado de consciência que deve ser adquirido pelo povo, pois no Brasil, a consciência de cidadania veio a se formar muito tarde e, de certa maneira, é em muito, diferente da que aconteceu na Europa do século XVIII em diante.

Nesse diapasão, para melhor entender o significado de cidadania, forçoso refletir a respeito do significado do vocábulo “cidadão”, haja vista que estas expressões estão ligadas em suas raízes.

Segundo Aristóteles, o cidadão é todo indivíduo gozando dos direitos e respeitando os deveres definidos pelas leis e pelos costumes da Cidade. Neste sentido, a cidadania é o resultado de uma efetiva integração social. (Japiassu; Marcondes, 2006)

Não obstante, Herkenhoff (2004, p. 19) obtempera que cidadão é o in-

<sup>2</sup> <sup>7</sup> Expressão utilizada pelo historiador José Murilo de Carvalho, quando este relata que em determinados momentos da história brasileira, o povo não teve forças, ou talvez não quis reagir a uma situação de opressão, assistindo aos acontecimentos de forma inerte, bestializado.

---

divíduo que está no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado. Faça-se, porém uma advertência: o cidadão também tem deveres para com o Estado.

As palavras “cidadão” e “cidadania” hoje têm um sentido maior, tendo em vista que a sociedade evoluiu, o que também ocorre com a língua e com as palavras. Nesse diapasão, com a evolução dos acontecimentos sociais, as palavras cidadão e cidadania incorporaram outras dimensões.

Com efeito, nos dias atuais nos parece conveniente olhar para os significados de cidadania e cidadão, levando em consideração as dimensões do existencial (ser pessoa), do social, do educacional e do econômico, para se poder definir a participação dos cidadãos nos acontecimentos sociais.

Ainda, a respeito da justiça participativa que deve ser precedida da consciência de cidadania, Lafayette Pozzoli faz um questionamento pertinente e elucidativo:

Afinal quem deve participar? Todos que vivem na sociedade, ou seja, o cidadão, aquele que tem direito a ter direitos, como por exemplo, a ter um salário justo, poder respirar um ar puro etc. Mas também o cidadão tem obrigações por estar vivendo numa sociedade. Uma delas é a de participar, construindo novos relacionamentos com o objetivo de superar a “cultura do ter”, própria do individualismo, e implantar a “cultura do dar”, característica do solidarismo. A não participação

do cidadão, na condução da sociedade, é passível de ser considerada uma atitude de injustiça. (POZZOLLI; RAMIRO, 2007)

No tocante à participação, como condição para o exercício da cidadania, Lafayette Pozzoli chama a atenção para os acontecimentos mundiais ao asseverar que:

[...] Para se ter uma idéia da importância que tem a participação do cidadão, tomando-se como exemplo a nova realidade que o mundo está vivendo, vê-se iniciar um processo de alargamento do conceito de soberania até agora conhecido (a soberania é o poder que um país tem em fazer lei para ser obedecida em todo o território nacional), logo, também o conceito de cidadania está sendo ampliado. Um novo conceito de cidadania que está surgindo em muitos lugares, especialmente na Europa. Os italianos, os franceses, os portugueses já têm a condição de “cidadão europeu”, podendo transitar por toda Europa com um único documento, o passaporte europeu. (POZZOLI; RAMIRO, 2007)

Destarte, o jurista deve romper com o dogmatismo e a obediência fiel à lei, quando esta se mostrar injusta, devendo ter uma postura reflexiva, combativa e criativa perante o ordenamento jurídico, para que possa, com seu

trabalho, contribuir para a emancipação dos oprimidos e para que não faça uso do direito como querem os donos do poder; isto significa dizer: o jurista não deve acreditar que possui uma neutralidade absoluta, sob pena de, em o fazendo, manter a dominação e fazer do direito um instrumento hegemônico de manutenção do status quo.

### CONCLUSÃO

O objetivo almejado ao se discutir o conceito de justiça e de formas de acesso à justiça e participação, é o da tentativa de elucidação da questão dos vários elementos que estão inseridos nesta expressão, para que se consiga ter uma visão ampla dos vários caminhos que podem conduzir à justiça, mesmo com a consciência de que este pequeno ensaio é apenas uma contribuição, pois o tema proposto é muito amplo, não sendo aqui exaurido.

Entrementes, uma postura reflexiva dentro do universo jurídico se faz necessária, tendo em vista que o conceito ou a ideal justiça está muito além da lei, do direito positivado, como pretendem os positivistas jurídicos, bem como, o acesso à justiça não é apenas e tão-somente acesso ao judiciário como já fora salientado.

Destarte, falar em acesso à justiça é antes de qualquer coisa, falar em consciência de cidadania e em participação. Nesse sentido, o ato de pensar ou raciocinar é o elemento que diferencia o ser humano. Assim, [...] para realização de qualquer atividade é necessário refletir antes. O cérebro desenvolve atividade de pensar mesmo quando se diz ter pensado de forma automática: a pessoa para realizar qualquer atividade terá de pensar. Da mesma forma é importante a reflexão para melhorar o desempenho de uma atuação partici-

pativa (Pozzoli; Ramiro. 2007), com o escopo de que um dia possamos conseguir uma vida em sociedade mais justa, fraterna e digna para todos.

### REFERÊNCIAS

AGUIAR, R. A . R. **Direito, poder e opressão**. 20 ed. São Paulo: Alfa – Omega, 1990.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores)

CAPPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, J. M. de. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a república que não veio**. São Paulo: Cia das Letras, 1984.

CORREAS, O. Los derechos humanos subversivos. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, n.2, p. 9-18, 1993.

GOMEZ, D. J. D. **Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo**. Trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

HERKENHOFF, J. B. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e cidadania**. São Paulo:Uniletras, 2004

---

\_\_\_\_\_. **Direito e utopia.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

HÖFFE, O. **Justiça política:** fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

IHERING, R. V. **A luta pelo direito.** Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JAPIASSÚ, H. ; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, L.G. ; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA FILHO, B. C. **O poder do juiz:** ontem e hoje. 2005. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14, 2005. **Anais...**

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Nova Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)

POZZOLI, L. **Ensaios em homenagem a Franco Montoro** (Coord.). São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_; RAMIRO, C. H. L. Conceitos de justiça participativa. **Revista de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, p. 149-169, 2007.

RAMIRO, C. H. L. **Decisão Judicial:** parcial ou imparcial? 66 f. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília -Univem, Marília, 2005.

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1

SOUZA, C. A. M. de. **Segurança jurídica e jurisprudência** - um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

---

# AUTONOMIA DA VONTADE: A FICÇÃO DA LIBERDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E NA CONCEPÇÃO MODERNA DA TEORIA CONTRATUAL

Aline Storer<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de propiciar uma análise sobre o princípio da autonomia da vontade na concepção da teoria contratual clássica e na teoria contratual contemporânea, enfatizando-se que em ambas a liberdade do indivíduo sempre foi uma ficção jurídica, bem como promover uma análise sobre as mudanças sofridas pelo princípio da autonomia na concepção do contrato no século XXI, que resultaram da adoção de novos princípios contratuais que flexibilizaram a amplitude da autonomia da vontade, a qual não mais constitui o pilar da teoria contratual contemporânea.

**Palavras-Chave:** teoria contratual, autonomia da vontade

**Abstract:** The present paper has the objective to propitiate an analyze about the principle of autonomy of will on the conception of classic contractual theory and on the contemporary contractual theory, giving evidence of liberty was and always will be a legal fiction. Also, intend to promote the analyze about the modification contractual concept of autonomy will in the XXI century that results on the adoption of new principles that limited the amplitude of autonomy will, which one, no more consist at the pillar of contemporary contractual theory.

**Keywords:** contractual theory, autonomy will

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Direito. Marília/SP. E-mail: [alinstorer@ig.com.br](mailto:alinstorer@ig.com.br)

---

**Resumen:** El actual artículo tiene la finalidad de propiciar el examen sobre el principio de la autonomía de la voluntad en la concepción contractual contemporánea e enfatizar que entrambos la libertad del individuo siempre fuera una ficción jurídica y también, propiciar un estudio sobre las alteraciones en el concepto del principio legal de la autonomía en la concepción del contrato en el siglo XXI que resultaran en la adopción de nuevos principios contractuales que flexibilizaran la amplitud de la autonomía de la voluntad que no es más considerada el pilar de la teoría contractual contemporánea.

**Palabra-clave:** teoría contractual, autonomía de la voluntad.



---

## INTRODUÇÃO

O princípio da autonomia da vontade é um dos pilares sobre o qual tem sua base o instituto dos contratos e a partir do qual se dá o nascimento do contrato que passa a ser entendido como o resultado da declaração de vontade das partes contratantes.

A autonomia da vontade representa a liberdade de contratar baseado na vontade dos indivíduos de se obrigarem livremente, caracterizando assim o exercício pleno da liberdade subjetiva, na qual a vontade se pressupõe plenamente livre. Essa concepção de liberdade sofre significativa influência do liberalismo clássico, não havendo separação entre a vontade e o ato voluntário, predomina na teoria contratual clássica, sendo princípio fundamental para a existência dos contratos, ou seja, aquele condiciona a existência deste.

Nos dizeres do Professor Assis (2002, p. 509):

A análise histórica mostra a toda evidência que primeiro aparece o contrato e só depois é que se articula a liberdade de contratar. Portanto, historicamente é o contrato que condiciona o aparecimento da liberdade de contratar; o contrato se revela não como uma instituição que pressupõe a liberdade como comumente é tratado pela tecnologia jurídica, mas que institucionaliza a liberdade.

Na antiguidade, a liberdade de contratar não aparecia dotada de

subjetividade, mas estava relacionada à posição que o indivíduo ocupava na comunidade, ou seja, estava condicionada ao *status* político, econômico e social do indivíduo.

Já na modernidade, a liberdade de contratar aparece como um direito subjetivo que os indivíduos têm, de livremente pactuarem entre si, suscitando a idéia de que a liberdade é algo inerente à condição humana.

Nesse sentido, na concepção da teoria contratual clássica, o sujeito é livre para pactuar o que quiser, dentro do limite de não-ofensa à ordem pública e aos bons costumes, obrigando-se livremente sobre o que melhor lhe aprouver. A vontade aqui é indeterminada, não há previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Na teoria contratual clássica prevalece o princípio da intangibilidade do contrato, ou seja, o seu conteúdo não pode ser determinado ou modificado pelo Estado. Este tem que ser apenas garantidor do resultado contratual convencionado pelas partes.

Isso promove a crença de que no interior da vontade há uma ausência absoluta de coação ou de necessidade (Assis, 2002, p. 510), dando a impressão que a vontade do indivíduo é absolutamente livre de qualquer interferência que possa resultar na discrepância entre a vontade subjetiva e a vontade expressamente declarada.

Essa concepção do princípio da autonomia da vontade predomina na teoria contratual clássica, que a fundamenta como a liberdade de contratar desprovida de qualquer interferência factual, seja política, econômica ou social que possa resultar em um limite a essa autonomia.

Essa liberdade contratual autônoma gera a ilusão de que somos livres de pactuar de acordo com nossos interesses, livres de influências exter-

---

nas. Mas, na modernidade, evidencia-se que essa liberdade contratual é e sempre foi uma ficção, tendo em vista que nunca foi ilimitada, encontrando limites ao seu exercício no respeito à ordem pública e aos bons costumes.

Mas, nos dizeres de Gomes (2001, p. 24):

Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condiționam-se, em síntese, à organização política e à infra-estrutura ideológica.

Note-se que assim, como a liberdade contratual subjetiva sempre foi uma ilusão, também a heteronomia estatal se revela como tal, ao passo que também sofre influências de natureza política, econômica e social em consonância com os interesses da organização política e a estrutura ideológica de cada momento histórico, bem como da classe dominante de cujos interesses o Estado é e sempre foi representante.

Decerto que, na teoria contratual clássica, essas limitações à autonomia da vontade, embora existissem, não foram suficientes para impedir os abusos decorrentes do exercício exacerbado

da liberdade contratual, acabando por desenvolver, gradativamente, uma mudança na concepção da liberdade contratual na teoria contratual contemporânea.

Nos dizeres de Gomes, “o pensamento jurídico se modificou radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. (2001, p. 26)

Essa ideologia da autonomia da vontade expressa pela liberdade contratual fundamentada na vontade subjetiva do indivíduo, agora passa a ser percebida como algo inoportuno e inadequado à realidade política, econômica e social contemporânea. Passa-se assim, na atualidade, a contrapor-se ao princípio em questão, impondo limites ao seu exercício, somando-se a ele novos princípios contratuais que resultam na teoria contratual contemporânea ou como entendem alguns, em uma renovação da teoria contratual clássica. Fala-se agora, na heteronomia estatal e no dirigismo contratual.

Na verdade, a soberania da liberdade subjetiva nunca existiu de fato, mas sem dúvida, seu exercício já foi mais amplo de acordo com o momento histórico em que se deu seu ápice de aplicabilidade. A política, a economia e as questões sociais sempre influenciaram o ordenamento jurídico e a interpretação de suas normas, influenciando, também, por consequência, a conduta do indivíduo no desenvolvimento de suas relações civis.

O filósofo Kelsen (1999, p. 105) já discorria sobre o tema:

A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual só somente pode ter lugar

---

a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável, e, portanto, não seja livre

E continua o autor:

Por vezes não se nega que a vontade do homem seja efetivamente determinada por via causal, como todo o acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se a sua vontade fosse livre. Quer dizer: crê-se que se tem de manter a liberdade da vontade, a sua não-determinação causal, como uma ficção necessária. (KELSEN, 1999, p. 106)

[...]

Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer (1999, p. 107)

Na concepção da teoria contratual contemporânea, a autonomia da vontade sofre limitações significativas com as cláusulas gerais do Código Civil, que emergem como novos princípios contratuais a serem observados, juntamente com os princípios contratuais consagrados na teoria clássica, mas cujo parâmetro interpretativo destes sofrem mudanças na concepção do instituto dos contratos na modernidade. Evidencia-se assim, no ordenamento, que a liberdade de contratar, representada pelo dogma da autonomia da

vontade, como difundida na concepção clássica do instituto dos contratos é uma ficção e, dessa forma, não deve e não pode mais ser compreendida.

A teoria contratual contemporânea vem reafirmar o entendimento de Kelsen de que a vontade é causalmente determinada por uma imputação ético-jurídica. E, portanto, a liberdade não pode mais ser concebida como a possibilidade de se agir como se quer. (1999, p. 107)

Com o Código Civil de 2002, passamos a uma legislação voltada para o social, para o bem comum, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e, em detrimento do Código Civil de 1916, de caráter essencialmente liberal e individualista, no qual o princípio da autonomia da vontade, embora nunca tenha sido ilimitado, suscitava abusos no exercício da liberdade de contratar, a qual era o instrumento utilizado para propiciar a satisfação dos interesses da classe dominante da época, qual seja, a burguesia, de cujos interesses o Código Civil de 1916 era legítimo representante.

Enquanto na concepção clássica da autonomia da vontade a lei pressupunha uma igualdade formal entre as partes para legitimar o exercício da liberdade contratual, a concepção moderna do princípio em questão evidencia a desigualdade de fato que existe entre os homens, a influenciar significativamente o desenvolvimento de suas relações contratuais e a merecer a intervenção do Estado nos pactos celebrados, bem como a imposição de condutas ético-jurídicas no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas, bem como de todas as relações civis.

Rousseau (2006, p.29), em sua obra O Contrato Social, já advertia:

---

[...]é que o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito.

Assim, em contraposição a essa desigualdade factual entre os homens, a teoria contratual contemporânea vem posicionar-se no sentido de equalizar as partes contratantes, não apenas por convenção ou direito, mas levando-se em conta quem são os sujeitos nas relações contratuais e mudando-se o paradigma interpretativo do instituto dos contratos.

Essa mudança na concepção contratual moderna não significa o declínio do princípio da autonomia da vontade, mas apenas a sua flexibilização, interpretando-o de acordo com os princípios contratuais da boa-fé (subjetiva e objetiva), da igualdade entre as partes, da função social do contrato, todos em consonância com as cláusulas gerais do código civil, a saber: a cláusula da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, que os trazem expressos em seus dispositivos.

Assim como o Direito emerge da realidade política, econômica e social, também o contrato, instituto que se perpetua no tempo, representa a realidade social, política e econômica de seu tempo. O instituto foi renovado a fim de se adequar à realidade do mundo contemporâneo e às necessidades de seus usuários.

Nesse contexto, novos princípios contratuais somam-se aos já existentes e suscitam um novo parâmetro interpretativo do instituto, na atualidade, bem como dos princípios consagrados na teoria contratual clássica, até então de aplicabilidade absoluta, embora não ilimitada.

Passemos à análise do dogma da autonomia da vontade segundo sua concepção na teoria contratual clássica e na concepção moderna do princípio em questão.

## **2 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA**

No auge do liberalismo, durante o século XIX, o individualismo econômico dava ensejo à concepção tradicional do instituto dos contratos, cujo fundamento se estruturava no dogma da autonomia da vontade, legítima representante da liberdade individual como imperativo contratual.

Na concepção da teoria clássica, a autonomia da vontade está relacionada à idéia de uma vontade plenamente livre, sem interferência externa, fundamentada na liberdade do indivíduo de pactuar livremente, de auto-obrigar-se, de acordo com seus interesses.

Nesse sentido, nos dizeres de Marques (2005, p. 60):

[...] é a vontade que, na visão tradicional, legítima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.

---

Em sentido diverso, é o entendimento de Assis, conforme citação constante da página 2.

Em que pese a divergência doutrinária de que o contrato é anterior à liberdade ou de que esta é quem condiciona o aparecimento do instituto, o que se evidencia é que, na concepção tradicional dos contratos, a vontade é a sede da liberdade individual, difundindo a idéia de que essa vontade é totalmente livre para se manifestar, legitimando, assim, a obrigação pactuada entre as partes e atribuindo-lhe força obrigatória.

Segundo a teoria contratual clássica, nos dizeres de Marques (2005, p. 63):

Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.

Na concepção clássica, a autonomia da vontade tinha que ser preservada em respeito à liberdade subjetiva expressa pelo indivíduo e autorizada pela lei. Aqui, a regra geral era a não-interferência do Estado nos contratos e a prestação da tutela jurisdicional a fim de preservar o pactuado, ou seja, a vontade declarada pelas partes, garantindo o resultado que pretendiam alcançar com a celebração do contrato.

A interferência do Estado ficava restrita à possibilidade de que a vontade de uma das partes na relação contratual estivesse viciada, ensejando, então, a anulação do negócio jurídico. Mais uma vez se observa que a eficácia do pacto está condicionada à vontade

que o ensejou.

Na concepção clássica não se questiona se o conteúdo do contrato é justo ou injusto, mas sim se a vontade é livre ou viciada, pois, ainda que injusto o conteúdo contratual, se a vontade manifesta for livre de vício de consentimento, ela obriga o indivíduo aos termos do negócio jurídico celebrado, fundamentando-se a validade desse consentimento, na vontade declarada pela parte no momento da celebração do pacto. Verifica-se, aqui, a influência Kelseniana na interpretação dos contratos segundo a teoria clássica, pois o contrato será interpretado consoante a sua validade, pois, em conformidade com Kelsen, a norma poderá ser válida ou inválida, nunca justa ou injusta.

Nos dizeres de Gomes, (2001, p. 23) citando Henri de Page: “Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares.

E continua o autor a discorrer sobre o tema (2001, p. 23):

Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo de contrato, nos limites legais imperativos.

Observe-se que mesmo no ápice da amplitude reconhecida a autono-

---

mia da vontade no direito contratual, sempre houve a imposição de limites legais ao exercício dessa autonomia, seja por motivos políticos, econômicos ou sociais que limitavam o exercício da liberdade contratual das partes em determinados contratos, as submetendo aos preceitos legais.

Mas, via de regra, na concepção clássica do Direito Contratual, as normas legais eram supletivas, ou seja, aplicadas quando as partes não se manifestassem expressamente sobre algo. O caráter de subsidiariedade dos preceitos legais prevalecia na teoria contratual clássica, o que refletia, o momento histórico da época em que essa teoria se desenvolvia e alcançava sua maior amplitude. Garantia-se a liberdade do indivíduo de livremente pactuar e por conseqüência a não-interferência do Estado na formação dos pactos, fundamentando-se essa exacerbada liberdade na igualdade presumida das partes em uma relação contratual.

Note-se que, já na concepção contratual clássica na qual a autonomia da vontade era sustentada como garantia legal da liberdade de contratar, essa liberdade já se evidenciava como uma ficção, uma utopia jurídica, que se mostrava interessante ao Estado difundindo-la como verdade entre os homens da nação.

Num país massacrado por desigualdades, das mais variadas naturezas, desde o remoto tempo de seu descobrimento, bem como, com o surgimento, o avanço e o desenvolvimento do sistema capitalista, que culminou por consolidar e aumentar as desigualdades entre os homens. Por isso, partes livres e iguais sempre foi uma qualidade presumida das partes, uma verdadeira ficção jurídica que o interesse estatal se esforçava em manter,

gerando em nós a ilusão de que éramos plenamente livres para contratar, e propiciando a resistência e a indiferença do ordenamento jurídico, por muito tempo, em olhar mais atentamente ao desenvolvimento das relações contratuais sustentada nos moldes da teoria clássica.

Os abusos decorrentes do exercício da autonomia da vontade, expressa pela ampla liberdade contratual e pela igualdade presumida das partes, fez com que o direito contratual sofresse significativos questionamentos, colocando-se em dúvida, a partir do final do século XIX e início do século XX, o princípio da autonomia da vontade como princípio dominante nas relações contratuais, questionando-se também a igualdade das partes nessas relações, como até então era concebida. Inicia-se, então, um olhar mais atento ao sujeito da relação contratual.

Gradativamente o Estado liberal foi perdendo espaço para o Estado Social, transformando radicalmente o pensamento jurídico contemporâneo em relação ao Direito Contratual.

Passe-se de uma concepção liberal e individualista para uma concepção social do contrato, voltada para o bem comum, para a coletividade. Nesse sentido, na atualidade, o dogma da autonomia da vontade e da presunção de igualdade das partes se flexibiliza diante do reconhecimento da desigualdade econômica, política, social e jurídica entre os indivíduos e suscita a necessidade da intervenção estatal no âmbito dos contratos, instaurando-se a fase do dirigismo contratual.

Consolida-se, então, com o Código Civil de 2002, a teoria contratual moderna ou como querem alguns, a renovação da teoria contratual clássica, trazendo novos parâmetros interpretativos do instituto em questão

e modificando, significativamente, a sua concepção na atualidade, e dessa forma, a teoria geral dos contratos harmoniza-se com os direitos sociais consolidados pela Constituição Federal de 1988, harmonizando-se, também, o ordenamento civil com os preceitos constitucionais.

### **3 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA**

Observa-se, conforme já explanado anteriormente, que o dogma da autonomia da vontade, como legitimador do contrato e fonte de obrigações passa a ser questionado, no final do século XIX, início do século XX, em relação à amplitude desse entendimento sobre o princípio da autonomia da vontade.

Nesse sentido, discorre Marques (2005, p. 64):

Nas discussões do fim do século XIX, no início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos. É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste.

Esse período transitório marca a passagem da concepção liberal do contrato para atribuir-lhe limites mais rígidos, reduzindo o exercício amplo de outrora conferido à autonomia da vontade expressa pela exacerbada liberdade contratual das partes, com o escopo de estabelecer o dirigismo contratual,

caracterizando-se, na atualidade, pela maior intervenção do Estado na seara contratual, não mais com a atribuição de natureza supletiva aos preceitos legais/contratuais, mas principalmente, como normas imperativas, a serem observadas pelas partes no desenvolvimento de suas relações contratuais e cuja inobservância acarretará sanção às partes.

Essa concepção tradicional do instituto, a qual sustentava sua base na autonomia da vontade e na presunção de igualdade entre as partes contratantes, não são mais considerados os pilares que sustentam o direito contratual na modernidade. O Direito Contratual evolui a fim de continuar atendendo às necessidades dos usuários desse instituto e coibir abusos na tentativa de desvirtuar sua finalidade e inviabilizar sua utilização como instrumento de dominação das partes mais vulneráveis.

Observa Marques (2005, p. 163):

Em muitos casos o acordo de vontade era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente -, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

E continua a autora, citando Morin:

A crise na teoria conceitual do direito era in-

---

conteste. Em 1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a revolta dos fatos contra os códigos, o declínio e o fim da concepção clássica de contrato. (MARQUES, 2005, p. 163)

A teoria contratual evoluiu no sentido de tentar coibir os abusos do voluntarismo, propiciados pela amplitude conferida às partes de auto-obrigarem-se, abrindo os olhos para uma desigualdade fática entre os indivíduos que representam uma desigualdade real na celebração de um contrato.

O Direito Contratual, na atualidade, consolida-se como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais, voltando-se para atender o bem comum, a coletividade, estabelecendo como norma a função social do contrato e impondo às partes contratantes, como norma positiva, a necessidade de possuir um comportamento ético, probo, a ser representado pela boa-fé, objetiva e subjetiva, pelo dever de honestidade e lealdade das partes em todas as fases da relação contratual. Restaura-se a confiança como valor a ser observado no direito contratual contemporâneo.

Note-se que a ilusão da liberdade contratual como se fazia acreditar pela teoria clássica dos contratos, na difusão conceitual do dogma da autonomia da vontade, descaracteriza-se, pouco a pouco, no direito contratual contemporâneo, desmistificando a ideologia que o envolvia no passado. Em que pese, a liberdade contratual de antes era exercida com maior amplitude, mas nunca de forma ilimitada, pois apenas representava o conceito necessário para atender os interesses contratuais de determinado momento

histórico ao qual se aplicava.

Nesse contexto de transformação ou renovação do Direito Contratual aparece a necessidade de uma nova concepção sobre a liberdade subjetiva, tendo em vista que a concepção clássica que a compreendia como o livre arbítrio do indivíduo em contratar e a prevalência da autonomia da vontade não foi recepcionado com o mesmo entendimento no Direito Contratual contemporâneo.

Na atualidade o Estado não figura apenas como gestor, mas também como interventor e passa a intervir de forma mais acentuada na esfera privada, pois onde o Estado perceber a engenhosidade da burguesia, ele intervirá a fim de garantir a igualdade das partes e proteger o hipossuficiente na relação contratual.

O Estado aparece como interventor que impõe limites a autonomia da vontade na concepção da teoria contratual contemporânea. Senão, vejamos: o Estado intervém nos contratos de leasing, alienação fiduciária em garantia, nos contratos de trabalho, estabelecendo normas de ordem pública que não podem ser modificadas pelas partes. A intervenção estatal em si não caracteriza nenhuma novidade, mas antes, aparecia dissimulada no tecido social e na atualidade ela emerge desprovida de máscaras a esconder sua atuação.

Ressalte-se, aqui, que não se trata de uma inconstitucionalidade, pois com a Constituição de 1988, o Estado deixa de ser apenas gestor e passa a ser garantidor dos direitos sociais, figurando como interventor nas relações privadas a fim de garantir a efetividade dos princípios constitucionais.

Essa intervenção vai-se tornando cada vez mais acentuada e a liberdade de contratar muitas vezes não



mais existe em face do mandamento imperativo da lei, culminando na decadência da teoria contratual clássica, e suscitando, assim, uma nova concepção do contrato na pós-modernidade.

O contrato perdeu sua natureza individualista, ensejando a socialização do instituto e nesse sentido, a teoria pura de Kelsen é ultrapassada, pois não é mais suficiente que a norma tenha sido efetivamente estabelecida de maneira legítima pela norma fundamental correspondente, para ser válida ou inválida, mas, na pós-modernidade, o conteúdo da norma tem grande relevância para o ordenamento jurídico, em especial para o direito contratual.

Emerge, assim, um novo conceito de contrato e, conseqüentemente, uma renovação da teoria contratual que passa a ser chamada de socialização do direito contratual.

Assim, nos dizeres de Marques (2005, p. 167):

É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

sua função social, atuando como protetor do indivíduo e inibidor de abusos e figurando, assim, como limitador da autonomia da vontade nas relações contratuais em detrimento da supremacia do voluntarismo de outrora.

O direito contratual passa a ser mais tópico e menos universal, no sentido de que está mais voltado para a ação, tornando-se mais operacional, pois a decisão se constrói quando se está diante do problema.

Dessa forma, o Estado-Juiz tem maior autonomia para intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los ou mesmo dar uma solução diferente do convencionado pelas partes, tendo em vista que os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida na concepção pós-moderna dos contratos que trouxe a boa-fé (objetiva e subjetiva), a função social do contrato e o equilíbrio real entre as partes, também, como normas a serem observadas pelo direito contratual na atualidade.

O Direito Contratual mudou. Portanto, necessário se faz que também os olhos que o vêem sejam novos; de nada adiantaria continuarmos a olhá-lo como antigamente, pois nos dizeres da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Macedo, citada por Marques: “O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam” (2005, p. 187).

O Código Civil vigente estabeleceu normas ético-orientadoras da conduta humana, que são as denominadas cláusulas gerais da eticidade e da sociabilidade, a fim de coibir os abusos decorrentes das relações contratuais.

Nos dizeres de Jorge Junior (2004, p. 25):

O direito contratual assume

Daí surgir o legislador

---

com o intuito de estabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, mitigando o princípio da autonomia da vontade e privilegiando os deveres de correção e lealdade ínsitos na boa-fé objetiva.

Observa-se que o direito contratual não tem mais seu centro na vontade, abandonando, assim, seu caráter voluntarista para emergir, na atualidade, como um direito contratual socializado, o qual funcionaliza a liberdade contratual a fim de que esta não continue a se apresentar como um instrumento de dominação do mais fraco pelo mais forte nas relações contratuais como restou evidenciado na concepção clássica dos contratos.

Assim, a teoria contratual moderna, na concepção de Wilhelmsson, citado por Negreiros (2002, p. 301) se identifica como:

a virada de uma “abordagem abstrata” para uma “abordagem voltada para a pessoa”, o contrato deixa de habitar o “céu dos conceitos”, deixa de estar reduzido a um acordo de vontades entre sujeitos abstratos, considerados apenas no que respeita à sua capacidade jurídica, e passa, então, por um processo de “socialização” – o que significa estar sujeito a influências exógenas.

E continua, a supracitada autora, discorrendo sobre a diferenciação entre as teorias contratuais:

A teoria contratual

contemporânea difere da teoria clássica quanto ao modo de compreender aquele que contrata. Opõe-se à forma abstrata e atomizada com que a teoria clássica concebe o sujeito contratante, reconhecendo na disparidade de poder negocial, provocada pela vulnerabilidade de um contratante em relação ao outro, um fundamento para que a relação contratual sofra intervenções heterônomas, seja por meio de normas cogentes, seja por meio de medidas judiciais. (2002, p. 310)

Nesse breve estudo sobre a autonomia da vontade e sobre a concepção da liberdade na teoria contratual clássica e na teoria moderna, evidenciou-se que a onipotência da vontade do indivíduo foi abalada, a qual passa a ser interpretada conjuntamente com valores éticos e sociais, tais como a equidade, a boa-fé, a sociabilidade, a confiança, os quais passam a ser condicionante da autonomia da vontade na teoria contratual moderna.

Nesse contexto, nos dizeres de Marques (2005, p. 213):

[...] o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.

---

O Direito Contratual, assim como todo o Direito Civil, está sendo utilizado como instrumento de realização de política social, pois as normas contratuais tornam-se cogentes e não mais complementares ou supletivas. O Estado atuará não apenas como gestor, mas como interventor no instituto dos contratos, conferindo não só ao legislador, mas também ao juiz, a possibilidade de criar, complementar ou modificar o direito contratual, tendo em vista que seu conteúdo não é mais intangível como na concepção clássica.

O contrato não pode mais ser entendido como instrumento do direito privado, mas tem que atender sua função social, visar ao bem da coletividade. O individualismo característico do instituto, na sua concepção clássica, não encontra respaldo no direito privado do século XXI.

Outro aspecto importante a ser considerado na teoria contratual contemporânea é a base constitucional dessa nova realidade, não só a contratual, mas a realidade de todo o ordenamento jurídico no século XXI. E dessa forma, a base do direito contemporâneo se evidencia atrelada aos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Jayme, citado por Marques (2005, p. 264),

Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.

O que não podemos perder de

vista é que a realidade contratual se modificou e com ela também deverão ser modificados os pensamentos dogmáticos atrelados à concepção clássica do instituto. O Direito Contratual pós-moderno sofreu uma renovação profunda em sua essência e, diante dessa realidade, os operadores do direito não poderão ficar inertes, em que pese o assunto ainda não esteja consolidado pelos nossos Tribunais.

## CONCLUSÃO

Esse trabalho teve o escopo de tecer algumas considerações sobre o princípio da autonomia da vontade, na sua concepção contratual clássica e na contemporânea, buscando-se evidenciar que em cada momento histórico, a seu modo, a liberdade subjetiva do indivíduo sempre caracterizou-se como uma ficção jurídica, fazendo-nos acreditar que éramos plenamente livres para contratar de acordo com nossos interesses. Essa ilusão era mantida na concepção clássica porque era oportuna e necessária para atender aos interesses do Estado em determinado momento histórico.

A mudança do Estado liberal para o Estado social, culminou, também, na mudança do pensamento jurídico sobre o direito contratual, não o recepcionando, na pós-modernidade, como a teoria clássica o concebia.

O Código Civil de 2002 trouxe novos princípios contratuais, somando-se aos já consagrados pela teoria contratual clássica e cuja observância torna-se imperativa nas relações contratuais contemporâneas.

Com a adoção dos princípios da boa-fé (objetiva e subjetiva), que impõe o dever de lealdade, honestidade, do princípio da função social do

---

contrato, expressos na disposição das cláusulas gerais da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade adotadas pelo Código Civil vigente, o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos pactos restaram flexibilizados na teoria contratual contemporânea, ou seja, tiveram sua aplicabilidade reduzida na interpretação dos pactos.

Assim, buscou-se, também, no presente estudo, evidenciar a necessidade de uma nova concepção sobre a liberdade subjetiva do indivíduo em uma relação contratual, suscitada pelas mudanças introduzidas pela nova realidade contratual do século XXI.

Nesse sentido, analisou-se a teoria contratual clássica e a teoria contratual moderna, enfatizando-se a mudança na essência da teoria contratual clássica, a qual tinha na autonomia da vontade a sede da liberdade contratual e que assim, não é mais compreendida na atualidade, ensejando uma nova realidade contratual ou uma renovação dessa realidade, como preferem alguns autores.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz. *O Estoicismo e o Direito*. Justiça, Liberdade e Poder. São Paulo: Lúmen Editora, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim)

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos*

*no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Leme: Edijur, 2006.

---

# CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO CLIMA E DA BIODIVERSIDADE E O BRASIL

Sérgio Luiz Cruz Aguilar

A questão ambiental começou a ser tratada no plano internacional já no século XIX, com o surgimento das primeiras regras jurídicas ligadas a proteção do meio ambiente.

Regras que surgiram anteriormente tinham uma finalidade econômica e não a proteção ambiental propriamente dita. Um exemplo é o caso do Brasil colônia e a questão do regramento sobre a “madeira de lei” que visava simplesmente a preservar a madeira necessária para a construção de embarcações. Na Península Ibérica, surgiram normas de replantio de florestas também visando à confecção de embarcações. Da mesma forma, na Europa, surgiram regras com a finalidade de proteger a pesca e a caça.

Foi nos Estados Unidos da América (EUA), no final do século XIX, que surgiram os primeiros parques florestais como o de Yellow Stone, em 1862, dentre outros. A partir desse momento, com a delimitação de parques nacionais, é que percebemos ações reais de proteção ao ambiente acima do cunho econômico.

No século XX, houve o surgimento de uma série de organizações multilaterais internacionais como a Liga das Nações, ao final da Primeira Guerra Mundial, e Organização das Nações Unidas (ONU), ao final da Segunda grande guerra. Principalmente na segunda metade daquele século, várias outras organizações foram criadas para tratar dos mais variados temas. A partir dessas organizações, o tema ambiental passou a ser tratado em nível multilateral e houve a aprovação de várias convenções internacionais de meio ambiente que passaram a serem incorporadas ao ordenamento jurídico internacional a partir da década de 1920. Em 1923, foi realizado o I Congresso Internacional de Proteção da Natureza em Paris. Em 1931, foi aprovada uma convenção internacional que regulamentava a pesca da baleia. Já em 1940, deu-se a Convenção de Proteção da Fauna, da Flora e das Belezas Naturais Cênicas dos Países da América.

Vale destacar que essa convenção só foi ratificada pelo Brasil em 1966, o que significa um espaço de 26 anos entre sua aprovação e o país ter se tornado membro da mesma. Esse exemplo denota um dos problemas do Direito Internacional e, logicamente, do Direito Ambiental Internacional. Muitas vezes se consegue aprovar uma convenção e os países demoram, por várias razões, a ratificarem-na e a se tornarem membro, o que faz com que um tratado demore a entrar em vigor em razão de ser necessário um número mínimo de ratificações. Além disso, mesmo entrando em vigor, a regra jurídica criada pelo tratado só é aplicável aos Estados que se obrigaram a ele, ou seja, somente para aqueles países que se tornaram membros. Assim, por conta dos interesses particulares dos Estados, muitas vezes, aprova-se, assina-se uma determinada Convenção, mas há uma demora

---

em ratificá-la, ou aprova-se mas não ocorre a ratificação.

Em razão da dificuldade de se negociar acordos na área ambiental, os Estados passaram a formatar os chamados acordos quadro. Se constituem em acordos gerais, em tratados amplos, conhecidos também por guarda-chuvas, pelos quais os Estados manifestam intenções gerais. A partir deles, prosseguem-se as negociações, resultando em acordos mais específicos, normalmente chamados de protocolos, ligados aos acordos quadro com normas mais específicas, inclusive técnicas, necessárias à implementação de ações práticas. Entendeu-se que, agindo dessa maneira, abria-se a possibilidade de evoluir o ordenamento jurídico internacional na área da proteção ambiental.

Foi nesse sentido que foram aprovados vários acordos durante a Convenção da ONU para o Meio Ambiente (Eco 92), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. A Convenção do Clima apresentou aspectos bem amplos, e a partir dela, continuaram as negociações que permitiram a aprovação do Protocolo de Quito, que entrou em vigor em 2005. No âmbito do Protocolo continuaram as negociações visando à sua eficácia e ao seu aperfeiçoamento. O mesmo aconteceu com a aprovação da Convenção da Diversidade Biológica que resultou, posteriormente, no Protocolo de Cartagena. Esses são dois exemplos claros da evolução do ordenamento jurídico internacional, em termos de meio ambiente, a partir de acordos amplos, seguidos de intensas negociações, até se chegar a acordos específicos.

Cabe destacar, também, que as primeiras convenções na área ambiental, mesmo carecendo de eficácia, acabaram auxiliando na criação e im-

plementação de legislações ambientais internas dos Estados.

Nesse sentido, um marco do direito ambiental internacional foi o caso, na década de 1950, da fundação Trail, cuja operação provocava no Canadá uma nuvem tóxica que se deslocava para os EUA ocasionando danos. O governo norte-americano assumiu a paternidade do problema e recorreu à justiça. Através de uma sentença de um tribunal arbitral em 1941, surgiu o que é considerada a primeira manifestação do Direito Internacional do Meio Ambiente, porque a decisão estabeleceu o entendimento de que nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso do seu território de tal modo que cause um dano em outro território decorrente do lançamento ou de emanações poluentes. A sentença acabou sendo a base para a elaboração do Princípio 12 da declaração final aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, e do Princípio 2 da Declaração do Rio, em 1992.

Na década de 1960, na Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento, capitaneada pelo Brasil, estabeleceu-se uma relação entre desenvolvimento e segurança. A partir daí e aceitando a clara separação existente entre países ricos e países mais pobres, as normas criadas não deveriam coibir o desenvolvimento, pois este permitiria diminuir insegurança no mundo.

A partir desse entendimento, o Brasil e outros países em desenvolvimento passam a atuar nas organizações multilaterais para que as regras sejam diferentes, observando a condição diferente de cada país. Assim sendo, as regras de proteção ambiental não deveriam impedir o desenvolvimento das nações mais pobres. Essa idéia iria se

---

firmar mais tarde na Convenção do Rio e nos protocolos subsequentes nas áreas do clima e da biodiversidade.

Também na década de 1960, houve uma mudança na política das duas grandes potências e isso permitiu a aprovação de uma série de tratados na área do desarmamento relativo à questão nuclear e que, por sua vez, têm implicações na questão ambiental. Alguns exemplos foram o Tratado de Proscrição de Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sobre a Água que envolveu questões ambientais; o tratado que proibiu a colocação de armas nucleares e outras armas de destruição em massa no leito dos mares e oceanos e de seus respectivos subsolos; o Tratado de Não-Proliferação Nuclear (TNP) e o Tratado de Tlatelolco, que proibiu o uso de armas nucleares na América Latina. Apesar de não serem tratados de meio ambiente, mas sim relativos à segurança internacional, todos apresentam reflexos para a proteção ambiental.

Em 1969, como consequência de alguns desastres ocorridos relacionados ao petróleo, foi aprovada a Convenção sobre a Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição a Óleo que resultou em dois protocolos. Destes, que visam a proteger principalmente os mares da poluição causada por óleo pelos navios, o Brasil se tornou membro em 1977.

Resultado da discussão no âmbito da ONU sobre a questão ambiental, em 1972, a conferência realizada em Estocolmo aprovou uma declaração com 26 princípios, um plano de ação com 109 recomendações e instituiu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Outro fato importante dessa conferência foi a grande participação de

Organizações Não-Governamentais (ONGs) e de entidades científicas privadas de defesa do meio ambiente. Até então, havia convenções realizadas apenas no âmbito dos Estados. A partir daí houve o engajamento da sociedade que passou a participar das discussões e a apresentar soluções para a questão do meio ambiente.

Vale ressaltar, também que, apesar da conferência ter aprovado uma Declaração, que não tem efeito de cumprimento obrigatório e que apresenta apenas uma intenção dos signatários, resultou, além da criação do Programa da ONU, em outros mecanismos internacionais como o ato único europeu chamado que tem um capítulo sobre o ambiente e que iniciou a harmonização da legislação interna dos Estados e que hoje também compõe a União Européia. No Brasil, dois anos depois da Conferência, foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente. Ou seja, apesar da conferência não ter resultado num tratado com efeito de cumprimento obrigatório, permitiu o surgimento de normas internacionais e internas de proteção ambiental.

Também fruto da reunião de Estocolmo, vinte anos depois, foi realizada a grande convenção da ONU sobre o meio ambiente, no Rio de Janeiro, conhecida como Eco 92 e que até 2005 era a conferência que conseguiu reunir o maior número de chefes de Estado e de Governo na história. O resultado foi a assinatura de dois grandes tratados multilaterais: a Convenção do Clima e a Convenção da Biodiversidade Biológica, chamada de Convenção da Biodiversidade, a aprovação de uma declaração de princípios sobre as florestas, e a Agenda 21 com quarenta capítulos e mais de cem programas específicos que criou um mecanismo financeiro da ordem de 600 milhões de dólares

---

anuais para a implementação desses programas.

Apesar da Agenda se tratar apenas de um compromisso moral dos governos em implementarem os programas, esta também teve resultados práticos. No Brasil, por exemplo, resultou na criação da Agenda 21 e de uma série de programas incluídos e um aporte financeiro para sua execução.

A Convenção do Clima conseguiu a adesão de 187 países membros, um número considerável se comparado aos 192 Estados existentes no mundo. Seu objetivo foi a redução da concentração de gases do efeito estufa e o controle do aquecimento global. Com relação a ela e à própria evolução das normas de proteção do meio ambiente, é importante ressaltar a sua relação com a evolução tecnológica.

Foi a evolução tecnológica, por exemplo, que permitiu, com precisão, o mapeamento do globo, a verificação, por meio dos satélites, do grau de devastação das florestas. Permitiu, ainda, a medição científica do efeito dos gases na atmosfera em termos de poluentes, bem como suas conseqüências para o aquecimento global. A apresentação de dados científicos provocou uma reação, incentivou os governantes a pensarem e discutirem o problema, que, por sua vez, foi estendido a toda sociedade. Décadas atrás, as discussões careciam de empirismo, da comprovação científica que hoje é possível.

O próprio Protocolo de Quioto, resultante do prosseguimento das negociações no âmbito da Convenção do Clima, parte de dados científicos relativos à quantificação da emissão de gases do efeito estufa que é mensurado por cientistas e não por políticos ou diplomatas. Com base nesses dados, produzidos por cerca de cem cientistas de todo o mundo que participam do corpo

científico e tecnológico do Protocolo, é que foi levantado o quadro ambiental de 1990, a base do Protocolo, a mesma forma que serão esses cientistas que farão os levantamentos necessários para a verificação do cumprimento das metas do tratado e suas futuras modificações.

Como dito anteriormente, a Convenção do Clima é uma convenção quadro, apresentou idéias gerais que para serem implementadas necessitavam aprofundar as discussões que se deram na chamada Conferência das Partes, como um Corpo Supremo da Convenção, composto pelos membros da Convenção e mais observadores convidados de agências especializadas da ONU e dos Estados não-membros. A partir da entrada em vigor, a Convenção passou a se reunir todos os anos para implementar as idéias contidas naquele amplo Tratado. As discussões no âmbito da Conferência resultaram, em 1997, na aprovação do Protocolo de Quioto, que hoje tem 164 membros e que definiu índices de redução de emissão. O Protocolo estabeleceu, também, a Conferência das Partes para continuar discutindo, aprovando normas para sua implementação e modificação.

A idéia do Protocolo foi a de permitir uma redução de 5,2% dos gases do efeito estufa para um primeiro período de 2008 a 2012. Para o segundo período, avançam as discussões das partes sobre os níveis de redução a serem estabelecidos. Para conseguir negociar esses níveis foram criados alguns mecanismos e um deles interessa especificamente ao Brasil. É o chamado Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). O segundo mecanismo estabeleceu a implementação conjunta de flexibilização dos países membros que só se aplica aos países do Anexo 1 da Convenção do Clima composto pe-



los maiores poluidores. O nível de redução de 5,2% até 2012 é aplicável aos países do Anexo que têm essa meta a cumprir. Como exemplo da flexibilização, a União Européia fixou um índice acima de 5,2% e, dentro do bloco, um país pode cumprir uma meta superior à estabelecida, o que permite que um outro país menos desenvolvido cumpra meta menor. Isso é possível porque a meta estabelecida foi para o bloco. Da mesma forma que outros países têm metas diferentes.

O MDL foi um mecanismo criado a partir de uma proposta brasileira para a constituição de um Fundo de Desenvolvimento Limpo (Clean Development Fund) apresentada em 1997. Naquele mesmo ano, Brasil e EUA alteraram a versão do Fundo e apresentaram a proposta do MDL. O mecanismo visou a possibilitar que os países do Anexo 1 da Convenção do Clima pudessem cumprir os índices de redução prestando apoio financeiro a projetos de formas de energia menos intensivas em carbono nos países não membros do Anexo, ou seja, nos países em desenvolvimento. A idéia do MDL foi possibilitar que projetos de países como o Brasil que resultassem na redução dos gases do efeito estufa pudessem ser implementados. Na prática, esses países recebem um financiamento de um país do Anexo 1, com o projeto percorrendo um caminho que resulta na emissão de um certificado de emissão que pode, inclusive, ser negociado em bolsa. Ou seja, o Brasil apresentou a idéia nova e original que, para um país não reduzir drasticamente a emissão e, conseqüentemente, não reduzir sua capacidade industrial, poderia compensar o coeficiente de redução que faltasse para cumprir a meta, financiando projetos de desenvolvimento sustentável nos países menos desenvolvidos. O MDL

permitiria, então, reduzir emissões e auxiliar o desenvolvimento dos países menos desenvolvidos. O MDL sofreu críticas no sentido de que acabaria não ajudando na diminuição das emissões dos países mais ricos, que manteriam níveis elevados de poluição quando o objetivo maior seria a redução desses poluentes, mas, como o subdesenvolvimento é comprovadamente uma fonte de degradação ambiental, não há dúvidas de que o mecanismo colabora para o chamado desenvolvimento sustentável.

O Brasil, que não tem metas a cumprir no primeiro período de aplicação do Protocolo, pode se beneficiar dos projetos de desenvolvimento limpo. Os projetos são divididos em três categorias: fontes renováveis e alternativas de energia; eficiência e conservação de energia; e reflorestamento e estabelecimento de novas florestas. O reflorestamento ou criação de novas florestas é que é o responsável pela maior parte dos projetos. Nessa área, por meio do MDL, pode-se agregar valor, realizar um desenvolvimento sustentável com financiamento estrangeiro e captar esses recursos externos e a certificação.

Voltando à Conferência do Rio, aprovou-se a Convenção da Biodiversidade, que hoje tem 188 membros. Nessa área, a idéia foi semelhante à do clima. Criou-se uma Conferência das Partes da Convenção que aprovou uma série de normas e que resultou no Protocolo de Cartagena, que tem 132 membros e continua realizando a reunião das partes, como a realizada em Curitiba, em março de 2006. Por tratar também da questão dos transgênicos, é um tratado de suma importância para o Brasil que detém entre 20 e 25% de toda a biodiversidade mundial. Se visualizarmos que o Brasil, os EUA e a Argentina são responsáveis por 82%

---

da produção de soja no mundo e pensar que qualquer decisão no âmbito do Protocolo implicará numa maior ou menor exportação de grãos por esses países em decorrência da regras estabelecidas para os organismos vivos modificados (transgênicos), entende-se o interesse brasileiro de participar ativamente das negociações dessas normas, o que justifica o país ter sido sede daquela reunião das partes.

Dentre várias resoluções, a Conferência de Curitiba aprovou 2010 como a data limite para a criação de regras internacionais voltadas ao uso e repartição de lucros oriundos do uso de recursos genéticos e do conhecimento de populações tradicionais como os indígenas. Isso também é importante para o Brasil porque estabelecerá regras de modo a permitir que conhecimentos, por exemplo, de uma tribo indígena do Brasil sobre o uso de determinada planta não seja usada livremente por países mais ricos, que é o que tem acontecido muito: laboratórios de outros países que acabam patenteando os produtos e recebendo os royalties relativos a eles, que originalmente fazem parte da cultura indígena e são utilizados por essas populações há séculos.

Foi aprovada, ainda, a disponibilização de 1 bilhão de dólares para a implementação das normas nos dois anos seguintes. Esse aspecto merece um adendo. Os EUA não são membros da Convenção da Biodiversidade, nem do Protocolo de Cartagena, mas são responsáveis por 50% dos recursos do fundo global de meio ambiente, participam ativamente das reuniões das partes e, normalmente, apresentam a maior delegação nessas reuniões, composta não só por diplomatas, mas por funcionários de governo, técnicos e cientistas. Como responsáveis por metade do fundo, nada é aprovado

em relação à aplicação desses recursos que não esteja de acordo com seus interesses e, por outro lado, quando as negociações se encaminham contra esses interesses há a ameaça, de corte de verbas.

Uma outra questão discutida tratava da tentativa de liberar os experimentos de sementes estéreis para a pesquisa de campo. A reunião, contudo, manteve ainda os experimentos restritos aos laboratórios até que haja mais dados científicos sobre os impactos desse tipo de semente geneticamente modificada. Da mesma maneira, as plantas geneticamente modificadas devem passar pela análise de um Comitê Científico até os resultados realmente indiquem que elas podem ser liberadas para os experimentos no campo e, posteriormente, serem comercializadas.

Sobre o mar internacional, ou seja aquele de domínio internacional, que não faz parte dos mares territoriais ou das zonas de exploração exclusiva dos Estados, também decidiu-se adiar, para futuras reuniões, novas regras de proteção ao ambiente global marinho.

O principal tema tratado foi a rotulagem dos transgênicos, a obrigatoriedade desses produtos conterem a descrição “pode conter transgênicos” ou “contém transgênicos”, termos esses que resultaram numa grande discussão.

Os países que não são grandes produtores de commodities queriam que todas as embalagens fossem rotuladas “contém transgênico”, enquanto os países que produzem e exportam grãos e que têm na exportação desses grãos o maior peso de sua balança comercial, advogavam pela inscrição “pode conter”. Isso porque a questão de “conter” ou “pode conter” apresenta uma diferença muito grande.

Dependendo da frase que deve ser

inscrita, é preciso uma série de testes em laboratório, o que onera o valor final do produto. Esses testes são feitos de acordo com o transporte e o armazenamento do produto por amostragem, com isso, por exemplo, num carregamento de soja que utiliza meios de transportes diferentes (multimodais) como o rodoviário, ferroviário, fluvial e marítimo, para cada transbordo há a necessidade de testes. Assim, um maior número de meios de transporte, resulta em maior número de testes que pode encarecer o valor, dependendo da região, em até 10% do preço final do produto. Em consequência, poderia acarretar a perda de mercado internacional em relação àquele produto para um país membro do Protocolo e obrigado a cumprir as regras que estabelecem os testes em relação a um concorrente não-membro do tratado.

Os estudos sobre o impacto dessas frases dificultaram as negociações. A Conferência determinou a necessidade da colocação da palavra “contém”. Caso o país tenha acordos bilaterais que não exigem essa palavra, a rotulagem deve exibir a frase “pode conter”. Tal regra permanecerá válida por seis anos e continuará sendo negociada no âmbito da Conferência das Partes.

Foram aprovados, também, programas de trabalho relacionados à biodiversidade de ilhas e de terras úmidas e sub-úmidas e de montanhas, um regime internacional de acesso e repartição de benefícios, uma iniciativa global para a comunicação, educação e conhecimento público. Foi realizada uma revisão do plano estratégico para a implementação do mecanismo denominado Cleaning House, que havia sido criado anteriormente pelo Protocolo com o objetivo de promover e facilitar a cooperação científica e técnica, dentro e entre os Estados, de modo a

desenvolver o mecanismo global para a integração da informação e uma rede humana e tecnológica necessária para isso. Trata-se de uma rede, com sede no Canadá, de técnicos e cientistas que permite que as informações relativas à biodiversidade, principalmente das pesquisas em relação aos transgênicos, circulem e se tornam do conhecimento global.

Finalizando, o Brasil tem entre 20 e 25% da biodiversidade do planeta. Se, por um lado, como grande produtor mundial de grãos, as decisões multilaterais, especialmente as relacionadas com a rotulagem dos organismos vivos modificados, podem causar um impacto negativo e implicar no aumento do preço de nossos produtos para exportação, a aprovação de regras sobre a distribuição de valores pelo aproveitamento da biodiversidade implicaria, teoricamente, na obtenção, pelo país, da quarta parte dos valores disponíveis, principalmente aqueles direcionados para o conhecimento das populações indígenas. Entendemos que, com as negociações futuras, o Brasil consiga recursos internacionais para desenvolver projetos de proteção à sua biodiversidade.

Da mesma forma, em relação à Convenção do Clima se, num primeiro momento o país pode se beneficiar de mecanismos como o MDL e obter recursos para realizar projetos de desenvolvimento sustentável, nas negociações futuras do Protocolo de Quioto e, como uma das maiores economias do mundo e detentor de um dos maiores parques industriais do mundo, o Brasil poderá vir a ter que cumprir metas de redução de poluentes. Há, pois, a necessidade de preparação para essa possibilidade, de modo que as regras não afetem o desenvolvimento interno.

---

# A CENTRALIDADE DA INTERDISCIPLINARIDADE NOS ESTUDOS SOBRE AMBIENTE E SOCIEDADE

Leila da Costa Ferreira <sup>1</sup>

O objetivo é refletir sobre as idéias centrais contidas no livro editado “Idéias para uma sociologia na questão ambiental no Brasil”, que é produto de uma pesquisa com vários alunos de graduação, pós-graduação e coordenada por mim, em que analisamos empírica e teoricamente a constituição do campo ambiental no nível internacional e como houve, no caso brasileiro, a internalização da problemática ambiental nas ciências sociais, livro editado pela Annablume em 2006.

Atualmente, estendemos a mesma reflexão para o nível da América Latina como um todo, iniciando com seis países e, ao mesmo tempo, tentado fazer uma reflexão numa perspectiva interdisciplinar, projeto temático FAPESP, coordenado por mim. Como a questão ambiental é eminentemente interdisciplinar, no caso brasileiro, pode-se verificar que o processo de institucionalização deu-se nesta perspectiva.

O livro é um pouco da história da nossa geração, no caso brasileiro e, portanto, tem forte cunho de subjetividade. No nível internacional, a questão ambiental penetra nas Ciências Sociais como um todo e particularmente na Sociologia, principalmente em alguns países europeus por causa dos acontecimentos de 1968, por conta da contra-cultura. Enfim, todo um caldo de cultura que havia nos anos 60 permitiu que alguns cientistas sociais particularmente alguns cientistas políticos, começassem a refletir sobre essa problemática de forma sistematizada. Num primeiro momento, a produção dos ecologistas radicais, em meados dos anos 60 e já um pouco na década de 70, foi um discurso super macroteórico e um discurso com forte cunho ideológico. Pode-se citar Ivan Illich, Jean Pierre Dupuy, André Gorz, dentre outros cientistas sociais e filósofos que refletiram sobre essa problemática, mas a partir de uma visão bastante dicotômica da relação sociedade civil e Estado. Ou seja, da mesma forma que outros problemas das Ciências Sociais eram trabalhados pelos demais cientistas sociais, os mencionados cientistas sociais especificamente começaram a discutir a problemática ambiental através dessa relação entre Estado e Sociedade Civil. Em primeiro momento, esta questão era vista por conta dos grandes problemas de degradação sócio-ambientais globais e locais, podendo se pensar ou nas suas causas ou nas suas possíveis soluções.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Políticas Públicas e Ambiente (Universidade do Texas/EUA), Teoria Social e Ambiente (Universidade de York/INGLATERRA) e Doutora em Ciências Sociais. (UNICAMP-Campinas/SP). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Professora da UNICAMP-Campinas/SP. E-mail: leilacf@unicamp.br

---

Se pudéssemos pensar em algum nível de solução para problemática ambiental, teria que se articular radicalmente a sociedade civil ou teria que haver alguma intervenção normativa e radical do Estado. Entretanto, os ecologistas radicais descentralizadores, citados acima, não problematizavam essa questão do ponto de vista empírico, mas faziam uma reflexão macro teórica sobre ela.

Em 1973, um jovem cientista político, William Ophuls, defendeu uma tese de doutoramento nos EUA e que se tornou, na verdade, um marco na área porque foi a primeira vez que um cientista social buscou no interior da teoria ecológica alguns elementos para pensar a problemática ambiental. Ele se utilizou de conceitos ecológicos como a questão do holismo, da interdependência do sistema, do clima, dentre outros, para problematizar a questão do Estado. Utilizou-se, também, obviamente do clássico da tragédia dos comuns para pensar essa interligação entre a questão do Estado e da Sociedade Civil.

Isso foi em 1973 quando ele defendeu a tese chamada "Ecology in the policy of Scarcity", cujo livro acabou sendo publicado em 1977, no mesmo momento em que Ivan Illich, Jean Pierre Dupuy publicavam, na Europa, uma outra visão sobre a questão ambiental, salientando a importância da sociedade civil para a solução do problema.

Essa citação de alguns autores da década de 1970 tem a intenção de mostrar que naquele momento, no caso internacional, a problemática ainda era vista do ponto de vista da relação dicotômica e antagonica entre a sociedade civil e o Estado.

Nos anos 80, a internalização da problemática começa a se dar no nível do campo científico nos centros de

pesquisas, nas universidades, e toda a discussão mais macro teórica que ocorreu por meio dos autores citados como exemplos, começou a ser problematizada no nível de dissertações de mestrado, de teses de doutorado e assim por diante.

Essa produção, essa massa crítica acaba demonstrando que devemos ficar nem tanto ao céu, nem tanto à terra. Em primeiro lugar, mais do que a produção intelectual, porque ela não é um insight divino, mas produto do que acontece na realidade, a própria internalização da questão ambiental, no interior de toda a estrutura social vai mostrando que onde e quando houve minimamente uma busca de algum tipo de solução para a degradação sócio-ambiental e local, foi quando vários autores sociais participaram desse processo.

E isso é muito importante pois começamos a observar a produção dos que denominamos ecologistas moderados, que é exatamente tentar contrapor aos ecologistas radicais a idéia de que uma ação normativa e intervencionista do Estado é a solução para o problema ou, minimamente, a mobilização radical da sociedade civil. Daí vão surgir vários estudos de casos, fantásticos e interessantíssimos muito bem relatados nos anos 80 num livro que também se tornou clássico na área ambiental, de Paelkhe, onde o autor vai contando como a internalização da problemática ocorreu nos Estados Unidos, quando foi se transformando uma visão já científica e acadêmica sobre essa nova problemática.

Então, aquele forte cunho ideológico, que ocorria nos ecologistas radicais e que não se trata, obviamente, de uma produção menos ou mais importante do que a recente, é substituído por uma produção mais empírica, mais

---

científica, que acaba fazendo com que o campo ambiental se torne um campo importante e significativo no interior das Ciências Sociais internacionais.

Posto isto, e paralelo a isto - como outros subcampos no interior da sociologia, como a sociologia das comunidades, a das religiões, a rural, a urbana - a sociologia ambiental também surge no caso internacional como uma consequência de uma problemática que não foi anteriormente estudada significativamente pelos clássicos e muito pouco estudada pela Teoria Social Contemporânea. Isso muda radicalmente a partir dos anos 80. A Sociologia ambiental a partir de questões específicas, a urbana, das florestas, enfim, de problemas concretos e objetivos vai se tornando se tornando um campo científico relevante em várias partes do mundo e o processo de institucionalização da sociologia ambiental se dá de forma mais radical e forte, em primeiro lugar, nos EUA.

Existem várias hipóteses sobre por que isso ocorreu nos EUA e não em outros lugares. O fato é que a sociologia ambiental acaba sendo um produto de boas idéias, de pessoas inteligentes, competentes, mas acaba, também, sendo produto do processo de institucionalização dessa temática no interior das ciências sociais.

Então, temos instituições como a International Sociological Association, a ISA e outras associações que vão colocando esta temática no interior dos seus grupos de trabalho.

A ISA, em 1991, fundou o grupo RC24, Environment of Society, com um grupo pequeno de intelectuais, mas que acabou, nos anos 90, sendo um dos grupos que tinham maior demanda no interior da ISA.

Esse processo de institucionalização demonstra que já havia uma mas-

sa crítica concreta e objetiva tanto nas ciências sociais quanto na sociologia para essa questão. Ao mesmo tempo estamos falando de uma década marcada pelo acidente de Chernobyl, onde a questão ambiental torna-se importante para todos os atores sociais. Ela é a agenda dos governos, dos movimentos sociais, é internalizada no campo científico e assim por diante.

Os grandes cientistas sociais paralelos a essa internalização no subcampo da sociologia ambiental, no interior da Teoria Social, autores extremamente importantes como Habermas, Touraine, Castells, e fundamentalmente Ulrich Beck e Anthony Giddens, colocam essa problemática nas suas reflexões, nos seus estudos.

Um dos autores que é considerado hoje um dos maiores teóricos contemporâneos na área da teoria social, Ulrich Beck, problematizou em seu livro Risk Society (1986) a centralidade da questão ambiental para o entendimento da sociedade complexa. Para ele, o Estatuto da Política e o Estatuto da Ciência são fundamentais do que conceitua como a sua sociedade de risco e, para ele, essa sociedade que esta no nível entre a alta modernidade e a pós-modernidade, ou seja, na contemporaneidade radical, a problemática ambiental é fundamental para o entendimento dessa sociedade complexa.

Assim, no nível internacional, ocorreu a internalização da problemática ambiental no nível do discurso da teoria social contemporânea. Ocorreu, ao mesmo tempo, uma internalização desse subcampo no interior da sociologia chamada de ambiental, um campo super heterogêneo, com várias questões conceituais que os diferenciam internamente.

No caso brasileiro, é muito interessante lembrar o livro de Ianni, sobre

---

a Sociologia na América Latina, em que se discute a pouca tradição teórica que temos. Entretanto, temos algumas especificidades concretas e objetivas que possibilitaram, inclusive, que tivéssemos a teoria da dependência, com todas as idiosincrasias que a ela possa ter no interior do campo sociológico, mas foi a concretude da nossa realidade que possibilitou esta teoria. Ou seja, um continente com alta desigualdade social, um continente com uma cultura fantástica, com uma história social muito específica que permite que nós, cientistas sociais, tenhamos um olhar sobre a realidade que nos diferencia dos europeus, dos norte-americanos, só para citar esses dois campos científicos e, no caso brasileiro, é muito interessante porque a nossa história se refere a um país continental, a um país com alta desigualdade social e, ainda, um país com alta biodiversidade.

Mas o que ocorre? Nós latino-americanos e, particularmente, os brasileiros, podemos olhar a produção internacional e ao mesmo tempo pensarmos o que ela tem a ver com a nossa realidade. Obviamente que todos estamos falando aqui sobre uma sociedade de risco.

Primeiro porque ela era vista como uma questão menor dentre as outras questões do humanismo, como se pudéssemos diferenciar a questão social da questão ambiental. Então, é por isso que essa é uma questão geracional, para os grandes cientistas sociais brasileiros como Ianni, dentre outros, pois não se tratava da questão central da análise do Brasil, por exemplo.

Na década de 30, os teóricos brasileiros, como o Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado estudaram a questão nacional. Obviamente que, quando se lê toda a obra de Gilberto Freyre a questão da natureza

está presente, mas a questão ambiental não é tratada como os outros temas da cultura, a questão da raça e a nacional em si.

Na década de 60, os autores como Fernando Henrique Cardoso, Octavio Ianni, dentre outros, vão problematizar a questão do desenvolvimento e uma geração posterior vai tentar trabalhar a questão do desenvolvimento vinculada às questões que perpassam o próprio desenvolvimento, e uma delas é a questão ambiental. Por isso, essa questão no Brasil internaliza-se radicalmente a partir dos anos 80.

É interessante, nesse ponto lembrar que essa questão nasceu no campo científico, no interior de algumas universidades do sul e do sudeste do país e hoje, em menos de 20 anos, podemos observar que ela é tratada no interior das ciências sociais no Brasil como um todo.

Por vezes, temos sociólogos, antropólogos, economistas problematizando essa questão. Outras vezes são dinâmicas de pesquisa em cursos de graduação, pós-graduação, por meio de grupos formados, de professores convidados, enfim, centros literalmente de excelência e de pesquisa problematizando a questão. E isso se dá hoje no Brasil como um todo.

Existem alguns autores, como Hector Leis, que dizem que, do ponto de vista latino-americano e particularmente brasileiro, nós na área ambiental muito mais respondemos a uma demanda desenfreada da sociedade civil em relação à problemática do que já temos uma massa crítica e uma reflexão teórica sobre o tema.

Mas entendemos justamente o contrário. Estamos comprovando tanto no caso brasileiro quanto nos demais países latinoamericanos estudados por mim, que há alguns centros de

---

pesquisa com boas reflexões teóricas e pesquisas empíricas muito interessantes. Portanto, hoje podemos dizer que já temos um campo científico, o qual não denominamos mais como sociologia ambiental e, que vai muito além desse subcampo no interior da sociologia, que é o campo da área de ambiente e sociedade e com uma massa crítica de estudantes, professores e pesquisadores.



---

# CONTRADIÇÕES E EMANCIPAÇÃO NA PREOCUPAÇÃO ECOLÓGICA

José Geraldo Alberto Bertoncini Poker<sup>1</sup>

O tema trata da relação existente entre Sociedade, Direito e Ecologia. Grande parte das pessoas não se alarma com um desastre iminente que pode ser causado por determinados tipos de conduta absolutamente predatórias, que o ser humano vem causando em determinadas regiões do planeta, sobretudo no Ocidente e sob a lógica capitalista. Essa conduta predatória tende a levar à inviabilização da vida nesses lugares, e isso, por sua vez, pode se alastrar sobre todo o planeta.

Algumas pessoas não se alarmam ou não se assustam com isso; acham que não vai acontecer e, portanto, não há razão para preocupação. Por outro lado, há pessoas muito preocupadas, mas, por vezes, a preocupação com a defesa do ambiente não se estende a todos os seres humanos.

Observa-se duas condutas que se repetem em ambientes dos mais variados. Encontram-se pessoas que não se preocupam, com o desastre iminente, e outras que se preocupam com o ambiente mas não com o ser humano. Essas duas posições não são contraditórias, mas opostas. De um lado uma extrema despreocupação e do outro uma total preocupação, duas posturas que têm um ponto em comum. Nenhuma delas se vincula coerentemente a uma posição que possa ser sustentada do ponto de vista argumentativo e gerar uma ação transformadora.

A despreocupação gera uma apatia em todos os sentidos, tanto do ponto de vista da cidadania humana efetiva, quanto ambiental.

Vê-se isso em pessoas despreocupadas com o meio ambiente, entendendo que certas ações não causarão impacto algum; são inofensivas.

Por isso pretende-se desenvolver aqui uma reflexão, utilizando parte do Direito e parte da Sociologia para tentar montar um argumento, defendendo um único ponto de vista: a causa ambiental é indissociável da causa humana e é impossível preservar a natureza, sem que essa preservação também inclua o homem.

Para tanto, primeiramente é preciso estabelecer as bases conceituais sobre as quais pode-se sustentar um argumento deste tipo. Deve-se partir do conceito de Direito, que é a forma pela qual todas as relações são equacionadas na modernidade ocidental; matriz cultural que abrange a todos nós.

O que é Direito? A melhor resposta a esta pergunta é encontrada nos escritos de um filósofo muito conhecido, Emanuel Kant - principal filósofo vinculado à teoria humanista - e que apresenta um ponto de partida importante e coerente.

Kant entende o Direito como o conjunto de condições sobre as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro, conforme uma lei universal de liberdade.

---

<sup>1</sup> Doutor em Sociologia (USP-São Paulo/SP). Professor Assistente-doutor do Departamento de Sociologia e Antropologia da Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP-Marília/SP. E-mail: [jgpoker@marilia.unesp.br](mailto:jgpoker@marilia.unesp.br)

---

Por arbítrio entende-se vontade, mas não apenas no sentido de pensamento, mas também no sentido de ação. Partindo do pressuposto de que o Direito é essencialmente a condição de convivência dos arbítrios, chega-se a uma outra dimensão: há algumas exigências para a existência do Direito.

As exigências para a existência do Direito implicam em deduções a partir do conceito inicial. Para que exista o Direito, é preciso que exista uma situação de liberdade, isto é, só há Direito entre seres livres. Portanto, pode-se dizer que só há Direito quando todos os concernidos em uma mesma situação podem escolher o que fazer e, porque, quando e como agir.

Visto que, só há Direito entre seres plenamente livres, entre seres livres e não livres não há Direito, porque o Direito não se concebe a existência de uma desigualdade neste sentido. Para que exista Direito, todas as pessoas têm como prerrogativa poderem escolher as suas condutas, em relação àquilo que querem fazer, no momento em que querem e da forma como pretendem.

Por isto, para que exista o Direito, é preciso que exista uma condição de igualdade que, no entendimento de Kant, constitui-se de uma situação de igualdade radical. Chama-se igualdade radical exatamente esta formada pelas condições de universalidade e simultaneidade da liberdade.

Quando se conjugam esses dois termos, chega-se a esta condição específica: o que não puder ser escolhido por todos ao mesmo tempo, não pode ser considerado Direito. Só pode ser considerado Direito aquilo que puder ser usufruído universalmente e aquilo que puder efetivamente ser escolhido por todos ao mesmo tempo.

Qualquer bem ou conduta que não

puder ser repartida nessas condições, não pode ser tipificada como um objeto de Direito. Isto implica na ausência então de uma subjetividade livre. A ausência do Direito indica a própria ausência da liberdade.

Da mesma forma, a condição da liberdade repartida com igualdade é a condição ideal da justiça. Para Kant, só há justiça se todas as pessoas puderem usufruir o Direito de forma igual e ao mesmo tempo universalmente.

Não é possível um Direito que não seja universal. Direito e universalidade são elementos intrínsecos, indissociáveis. Nesse sentido é que se pode definir atitudes e condutas vinculadas ao que se classifica como *respeito ecológico*.

O que seria respeito ecológico? Primeiro, a consideração do grau de extensão e dos resultados das consequências da ação humana, que pode ser observada mediante a crítica da instrumentalidade. Instrumentalidade é a forma da razão empregada pelo ser humano, o homem no sentido genérico, para pensar em si mesmo, nos outros e no ambiente, típico de um contexto histórico que continua até hoje sendo chamado Modernidade.

Modernidade é o tempo em que o homem decide sobre si mesmo, sobre os outros e sobre todos os seres e coisas existentes no planeta, a partir de um cálculo custo/benefício; a partir de uma razão muito simples, chamada razão instrumental que, de fato, se vincula a isto: quanto é que se pode ter de ganho para um tanto de investimento.

É possível utilizar esta razão instrumental e lógica elementar, para estabelecer um outro tipo de relação com outras pessoas, conosco e até mesmo com todos os corpos da natureza, no sentido de seres animados e não animados.

Empregando apenas a razão instrumental, torna-se possível fazer a pergunta: em que medida, determinados tipos de conduta interferem significativamente no ambiente que inclui o ser que age, o ator social? É possível fazer uma análise como esta, utilizando a lógica elementar que também permite destruir qualquer coisa. A mesma razão que permite destruir pode oferecer um parâmetro que modifica a conduta predatória. Isso pode ser chamado de *instrumentalidade crítica*.

Inclui-se nesta categoria de respeito ecológico a condição de manutenção da integridade ambiental. Entende-se isso como *sustentabilidade*, que consiste na preocupação de que uma determinada conduta não gere conseqüências que não podem ser revertidas, ou que uma determinada conduta não gere conseqüências que sejam de fato inviabilizadoras da vida de todos os seres do planeta.

A dimensão da sustentabilidade precisa conter um aspecto: permitir que outras gerações tenham acesso ao planeta, com tudo o que ele ainda possui. Implica, essencialmente, um tipo de conduta definida mediante a avaliação de todas as atitudes e condutas que podem ser escolhidas e que não vão prejudicar de maneira alguma a existência da vida e a possibilidade de que as novas gerações possam habitar o planeta, usufruindo de tudo que há nele.

Deste raciocínio, parte-se para um terceiro ponto vinculado ao respeito ecológico. Atribui-se a este aspecto o reconhecimento da abrangência legítima do Direito e, nessa abrangência legítima, a dimensão da subjetividade universal. Nesta perspectiva, deve-se considerar que: para que uma conduta de respeito ecológico seja coerente e não apenas aparente, deve haver

abrangência; todos os seres e corpos animados ou inanimados têm direito. Não apenas o ser humano, mas qualquer ente da natureza, animado ou não, possui o direito de existir.

Compreender a existência nestes termos implica dizer que qualquer ente é sujeito de Direito. Portanto, é preciso que o Direito seja reconhecido como condição essencial de tudo que existe na natureza.

Uma preocupação ecológica que não reconheça essa universalidade é absolutamente contraditória, porque incorre no erro de tentar uma seleção que requer um poder que o ser humano não possui. Dadas as limitações da racionalidade humana, não é possível distinguir coerentemente os entes que *prestam* e os que *não prestam* na natureza.

O próximo aspecto do argumento pretende realizar uma demonstração acerca de como a Sociologia pode ser usada para fazer uma avaliação das condutas e atitudes predatórias. Pretende-se desenvolver um argumento de ordem sociológica, utilizando o Direito, mas vinculado essencialmente ao raciocínio sociológico.

Para que isso fique um tanto mais claro, é preciso construir uma consequência mental, e sobre ela estabelecer alguns caminhos. Utiliza-se um instrumento da Sociologia, por ser ela uma ciência que permite fazer determinados tipos de avaliação das condutas e atitudes, dentre as quais citam-se:

a) avaliação da forma pela qual os atores sociais definem objetivos para as suas ações;

b) avaliação da forma pela qual os atores sociais escolhem os procedimentos nas ações;

c) avaliação da forma pela qual os atores consideram os resultados das ações; e

---

d) avaliação da forma pela qual os atores sociais consideram as consequências dos resultados das ações.

Pretende-se, assim, utilizar os recursos teóricos da Sociologia para entender os argumentos tanto daqueles que se preocupam com o ambiente sem se preocupar com os seres humanos, quanto dos que não se preocupam com o ambiente nem com os seres humanos, no sentido de identificar neles determinados tipos de inconsistências de que se possa lançar mão contra eles mesmos.

A Sociologia é uma ciência que permite ao sociólogo pensar a sociedade de maneira crítica. Procurar-se-á então construir um contra-argumento a partir dos argumentos costumeiramente ouvidos acerca de uma defesa exagerada dos animais que não contempla o ser humano e de uma despreocupação que gera a descrença em relação ao desastre eminente.

Em ambos argumentos, quando analisados, percebe-se nitidamente uma falta de lógica. São argumentos contraditórios por conta de que as proposições discursivas não justificam quaisquer dos dois tipos de ação suscitados; o de conformismo e o de defesa unilateral dos seres da natureza, excluindo o ser humano.

De outro lado, observam-se nesses dois tipos de condutas discrepantes em relação à natureza - tanto na preocupação exagerada quanto na própria apatia - uma ausência de coerência prática dos atores sociais, isto é, condutas que se tornam imprevisíveis pela própria inconsistência. A conduta que manifesta preocupação exagerada com o ambiente, excluindo dele os seres humanos e, de outro lado, a conduta apática - despreocupada com a situação fática do desastre eminente, são de

fato contraditórias porque não exigem dos atores sociais qualquer tipo de lógica que venha a tornar a ação coerente tanto no sentido de constituir uma cidadania social, quanto de uma cidadania ecológica, as quais no fundo são a mesma coisa.

Por último, é possível observar nos dois tipos de argumentos discrepantes que justificam as condutas da mesma forma, um problema de fundo. Há uma circunstância dentro da qual as pessoas criam essas intenções, isto é, no fundo este tipo de argumento que utilizam para justificar a própria conduta não são argumentos de ordem absolutamente voluntária.

As pessoas desenvolvem tais argumentos para justificar atitudes e condutas que se tornam corriqueiras, habituais, consensuais. Mas isto não significa que haja uma avaliação prévia da racionalidade empregada na ação e na argumentação.

De fato, acredita-se que uma tomada de consciência acerca das muitas contradições que envolvem os argumentos sobre a depredação e a preservação parcial pode ajudar pessoas a superarem limitações no âmbito da vida prática.

Tal tomada de consciência requer um raciocínio que comece pelo reconhecimento da existência de uma subjetividade universal.

Nesse ponto é que se pode retornar ao início e estabelecer a relação entre o Direito, a Ecologia e a Sociologia. Quando se juntam as três referências, consegue-se formular alguns pressupostos. Direito, Ecologia e Sociologia oferecem fundamentos sobre os quais é possível desenvolver um sentido crítico acerca do pensamento, dos discursos e das ações. Torna-se possível assim identificar a abrangência e o significado da preservação ambiental.

---

No fundo, responder perguntas acerca da necessidade real de condutas de preservação, ou sobre qual ente natural deve ser preservado, muitas vezes é complicado. É complicado discorrer sobre o sentido da preservação - porque é que se deve fazer um esforço para não macular o ambiente com uma conduta inadequada que não corresponda à lógica desse ambiente, quando propriamente se diz respeito a atitudes e condutas aparentemente inofensivas, como a do sujeito que arremessa papel de bala do vidro do carro, ou daquele que joga cinza do cigarro no chão. Sendo condutas aparentemente inofensivas, porque seria difícil definir em termos do cálculo racional, em que medida jogar um papel no chão implicaria imprimir um dano ambiental que pode ser irreversível? - Em que medida jogar a cinza do cigarro no chão ou soprar sua fumaça, implicaria provocar um dano que possa ser também irreversível sobre a manutenção da vida e das condições da existência dos seres vivos e não vivos?

Nesse sentido, quando se consegue responder a esta pergunta “*preservar para quê?*”, pode ser alterada a conduta, à medida que exige da pergunta uma resposta racional. Quando alguém consegue identificar a extensão dos próprios atos, isto é, a forma pela qual os atos de um incidem sobre os atos e existência de outros, é possível pensar nas atitudes de outras maneiras e avaliar racionalmente a conduta.

Ao juntar os raciocínios típicos do Direito, da Ecologia e estudo da Sociologia, consegue-se definir formas de vida social humana predatórias aos demais seres da natureza; pode-se identificar este tipo de conduta. Ou seja, fazer uma avaliação acerca das formas de vida social humanas que são predatórias aos seres da natureza, incluindo

aí os seres humanos.

Há atitudes humanas que são de fato intoleráveis do ponto de vista da universalidade. Há atitudes dos seres humanos que são absolutamente unilaterais, ou seja, atitudes instrumentais, no sentido kantiano mesmo, atitudes de utilitarismo explícito, em que um ser humano qualquer se acha na condição de submeter qualquer ser, seja ele humano, animado ou inanimado do ambiente, exclusivamente à sua vontade. Isto é, fazer de qualquer ser, um simples instrumento para satisfação de uma vontade que não é mútua, mas sim, apenas daquele que age no sentido unilateral.

Esse utilitarismo precisa ser superado, por conta de que o planeta não suportaria que todas as pessoas agissem desta mesma maneira. Se todos os seres humanos passassem a agir utilitariamente, passando a usufruir do planeta mediados pela lógica exclusivamente instrumental, a vida nele, sobretudo a de seres humanos, ficaria absolutamente inviabilizada.

Há estatísticas que comprovam isso, se todo ser humano consumir a mesma quantidade de um americano ou europeu, o planeta ficaria sufocado pelo lixo gerado pelo consumo. Um europeu, americano ou japonês produz em média 3kg de lixo por dia. Se todos os seres humanos consumissem a mesma quantidade para gerar 3 kg de lixo por dia, infelizmente ter-se-ia de arrumar um outro planeta para fazer o despejo do lixo; caso contrário em questão de semanas, não haveria lugar na terra disponível para isso.

A mesma constatação diz respeito aos carros: se todo ser humano possuir tantos carros, quanto europeus, japoneses ou americanos possuem, simplesmente não se conseguiria mais respirar, nem andar no planeta, porque

---

todo o espaço terrestre ficaria ocupado pelos carros.

Outro aspecto fundamental em relação a essa conduta utilitarista diz respeito à emissão dos gases poluentes das indústrias. Se as indústrias produzissem a quantidade de mercadoria para atender o consumo mundial de americanos, japoneses e europeus, não haveria matéria-prima para sustentar a produção.

A conclusão é: todo o modelo de desenvolvimento está equivocado, pois se baseia na forma utilitarista de relação de seres humanos com o mundo em geral; da relação do ser consigo mesmo. O utilitarismo explica inclusive porque o ser humano no contexto da modernidade acredita que pode satisfazer todos os seus desejos e superar todas as frustrações por meio do consumo de mercadorias.

Caso se pretenda atender à compulsão de consumo, e isto se tornar uma conduta universal, a espécie humana simplesmente não sobreviveria, porque o planeta não suportaria tudo isso; não há condições físicas de se encontrar matéria-prima para produzir tantas mercadorias para atender tamanha demanda numa situação de consumo simultâneo universal.

É preciso rever as condutas predatórias em função da sua coerência lógica no modelo de racionalidade. Ela não é sustentável, nem é condição de relacionamento equitativo. Por ser unilateral, a conduta predatória não respeita a igualdade, portanto, ela não pode ser proclamada na forma de um Direito. A conduta predatória é o melhor exemplo para vislumbrar o privilégio de alguns e que não pode ser estendida para todos.

De outra forma, quando se junta a avaliação da Sociologia, do Direito e da Ecologia, pode-se pensar numa

crítica também acerca da atuação das entidades de preservação. As entidades de preservação ambiental não podem apresentar-se em defesa do ambiente sem considerar que esse ambiente também é habitado por seres humanos.

Então, quais são os parâmetros para se relacionar Ecologia e Sociedade de uma forma coerente, vencer a discrepância entre a apatia, o desprezo pelo desastre iminente e, ao mesmo tempo, questionar a preocupação ilógica com o ambiente desprezando os seres humanos?

A questão acima pode ser coerentemente equacionada à medida que se supera a definição antropocêntrica utilitarista da condição humana na natureza.

O primeiro ato para isso consiste na necessidade de modificar a compreensão da vida natural e da condição humana. O ser humano necessariamente precisa ser entendido como um ser da natureza, por não haver qualquer tipo de diferença que possa ser identificada e empregada para justificar a fronteira entre o ser humano e qualquer outro ser da natureza. É uma bestialidade mesmo, no sentido mais torpe da expressão, ou mais insano, proferir aquela frase: *vou para o campo para ter mais contato com a natureza*. Não é preciso ir para o campo para ter contato com a natureza, pois a natureza é cada ser, incluindo o ser humano. É possível ter contato com a natureza na cidade mesmo. A natureza é tudo, ela envolve a vida, e todo ser humano faz parte dela inegavelmente, diria o filósofo Karl Marx. Inelutavelmente, não é possível separar o homem e a natureza pois são uma coisa só, não há diferença.

O primeiro princípio de coerência para se estabelecer a cidadania ecológica realmente coerente implica nessa

---

construção, que é a constatação de algo real: os seres humanos e a natureza são as mesmas coisas, são a mesma matéria, são o mesmo corpo, de maneira que todos pertencem à mesma condição de universalidade.

O segundo princípio é o reconhecimento das contradições nas relações dos seres humanos entre si. Isso significa que o respeito dos seres humanos pelos outros seres e pelo ambiente exige o respeito por si mesmos. Não se pode exigir de qualquer ser humano atitudes e condutas de respeito à natureza, propriamente, se todos não forem respeitados. Na ausência de respeito a seres humanos, não é possível exigir-lhes uma conduta de respeito a qualquer outro ser, a qualquer outro ente, animado ou não.

Daí por que há certas contradições que podem ser creditadas ao exagero no sentido mesmo da preocupação excessiva com a natureza e despreocupação com seres humanos. Um bom exemplo é o caso de pessoas que passam fome e são impedidas de caçar animais para comer. O fato desta conduta ser classificada como crime ambiental, indica que há um conflito entre a vida de duas espécies; do homem que precisa sacrificar um outro ser protegido pela lei, que é causada por uma força estranha à própria natureza, a exploração do homem pelo homem.

O crime ambiental é propriamente este: o crime é a indignidade, o crime é a desigualdade que força o ser humano a se apropriar de maneira predatória e instrumental de outros seres. Seres humanos que se lançam sobre outros seres e sobre a natureza não animada de uma forma predatória, são forçados por uma condição de vida criada por si mesmos e provocada pelo desrespeito inerente aos seres humanos pelos próprios seres humanos.

O que seria uma emancipação neste sentido? Como resolver o problema da preservação ambiental de maneira coerente? A solução do problema, do desrespeito

à natureza que implica o desrespeito do ser humano em relação a si mesmo precisa ser resolvida desta forma. Para tentar explicar como é possível, toma-se emprestada uma frase de um filósofo alemão, Herbert Marcuse., já falecido. Ele se referiu, na obra *Contra a Revolução e Revolta* (1978), capítulo *Natureza e Revolução*, ao que seria uma apropriação revolucionária da natureza, necessária a fundamentar uma preocupação ecológica coerente. Na obra citada, Marcuse (1978, p.75) afirma que

... diante dos sofrimentos infringidos pelo homem ao homem, parece terrivelmente prematuro iniciar uma campanha em prol do vegetarianismo universal ou dos alimentos sintéticos. Tal como o mundo está, deve ser dada a prioridade à solidariedade humana entre seres humanos.

E completa:

... no entanto, nenhuma sociedade livre é imaginável sem a realização de um esforço conjugado sob a idéia reguladora da razão para reduzir sistematicamente o sofrimento que o homem impõe ao mundo animal.

A conclusão, portanto, implica um projeto emancipatório que contenha os seguintes elementos. Primeiro, a condição de se construir um projeto realmente emancipatório por meio de uma relação revolucionária contendo a preocupação como uma cidadania ecológica realmente legítima, coerente e lógica. Porque só é possível promover

---

a emancipação da natureza, quando seres humanos não forem submetidos a quaisquer formas de opressão ou sofrimento social.

Falar de emancipação da natureza não é possível sem que se fale de emancipação de todos os seres e de tudo o que existe nela, implicando também a emancipação do próprio homem. Escolher um animal em detrimento do homem implicaria em não fazer o bem, mas em manter as condições de exploração do homem pelo homem tal como estão e, portanto, manter também todas as formas de relação predatória do homem sobre todos os seres, porque aquele ser humano que não respeita o outro, também não respeita nenhum outro tipo de ser.

Esta é a principal contradição lógica a ser superada. Respeitar o ser humano que respeita um animal e não respeitar outro ser humano, é uma contradição lógica, porque fere a condição de universalidade da vida. Daí porque toda a atitude de preocupação com a integridade ambiental só tem sentido no contexto de respeito à dignidade humana.

Ou se coloca a dignidade humana como ponto de partida do restabelecimento da reconstrução de todos os relacionamentos entre todos os seres, ou simplesmente a preocupação com a natureza é destituída de seu sentido, e se torna um discurso vazio para ser proferido na televisão, ou uma forma refinada do ser humano dito moderno entrar em contato com a natureza. Isso é mero objeto de discurso que alguém profira promover a própria exaltação; alguém quer fazer um tipo, como se diz na linguagem comum, porque é absolutamente falso.

Não há preocupação alguma com a preservação, quando se tem preocupação com a natureza e não se tem pre-

ocupação com a dignidade.

Para validar o discurso da preservação toma-se a pressuposição da dignidade universal, no sentido radical, quer dizer, tudo é digno, portanto tudo é coberto pelo Direito e vice-versa. Tudo o que é coberto pelo Direito é digno; só pode ser digno aquilo coberto pelo Direito. Dignidade humana e preocupação ambiental são a mesma coisa.

E, por último há que se considerar que o respeito ambiental varia conforme a forma das relações sociais, isto é, o respeito ambiental pode ser exatamente medido pelas condições de equidade existentes na relação entre seres humanos. Conforme se estabelecem as relações entre seres humanos, é possível observar sua forma de relacionamento com o ambiente em geral. Numa situação em que os seres humanos não são tratados e não se tratam de maneira equitativa, justa ou digna, necessariamente, os seres humanos também vão estabelecer uma relação com outros seres e com toda a natureza dessa mesma forma, quer dizer, absolutamente instrumental ou de forma absolutamente utilitarista, sem nenhum sentido de humanidade no sentido de que esta humanidade, represente uma universalidade.

Por fim, insiste-se na necessidade de se pensar a natureza a partir do Direito para encerrar a composição do argumento. O Direito deve ser considerado como a dimensão social do respeito ecológico. Isso significa que a solução dos problemas ambientais está intrinsecamente vinculada à solução dos problemas sociais humanos; não é possível resolver o problema ambiental, sem que se resolvam problemas sociais, porque problemas sociais causam problemas ambientais. A ausência de respeito aos seres humanos por si



---

mesmos, quando não são tratados com dignidade, significa que também não reconhecem a dignidade em quaisquer outros seres.

Quando um ser humano não respeita o outro em suas atitudes e condutas, também não respeita mais nada, ao não se respeitar, por exemplo, uma criança com fome, não há condição de se respeitar nenhum animal ou outro ser; quem não se sente tocado pelo sofrimento humano, não se sente tocado por mais nada.

Da mesma forma, a luta jurídica pela preservação do ambiente só faz sentido nas lutas políticas pelo reconhecimento e efetivação dos Direitos Humanos, isto é, uma condição de equidade, de dignidade abrangente e envolvendo todos os tipos de seres e corpos numa condição universal.

Defende-se aqui que os Direitos Humanos são os parâmetros para a definição de novas formas de vida sustentável. Quer dizer, caso a humanidade queira perdurar por mais tempo neste planeta e fazer com que ele dure para as futuras gerações, implica o dever de prestar atenção ao aspecto do respeito incondicional ao direito de dignidade a vida. Em que pesem as críticas que recaem sobre a arquitetura dos Direitos Humanos, no sentido mesmo de serem direitos marcados pela civilização ocidental, há que se reconhecer neles a potencialidade de serem empregados para a construção de uma consciência universal da vida.

É a partir desta consciência universal que se pode pensar em formas emancipatórias de relacionamento com a natureza no sentido amplo, que inclua também a relação do ser humano consigo mesmo e todos os seres. A equidade, na forma da dignidade universal, deve ser evocada como o critério fundamental na elaboração de

qualquer perspectiva de desenvolvimento humano e natural.

Isto é, se tudo o que é vivo e não-vivo, se tudo o que existe contém um direito, evidentemente que a igualdade deve marcar todas as relações. Isso significa uma presunção absolutamente utópica, sonhadora, no aspecto de que os seres humanos, se quiserem, podem estabelecer outras formas de relacionamento com todos os outros, mediante o reconhecimento da igual condição de liberdade. Ou como diria Marcuse, na já citada obra “Natureza e Revolução”, uma perspectiva emancipatória é aquela em que o ser humano consegue finalmente enxergar tudo aquilo que existe dentro dele mesmo e à sua volta, como seres livres, como seres iguais na universalidade. Este é o ser humano que consegue contemplar o belo que existe dentro e fora dele.

Emancipado é o ser humano que valorize a condição de *deixar ser*, é aquele ser humano que consegue observar um pássaro bonito quando a observação do pássaro bonito não contenha o desejo de aprisioná-lo para fazer dele um exclusivo objeto de prazer.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HABERMAS, J. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa : Dom Quixote, 1990.

KANT, I. A metafísica dos costumes. Lisboa : Calouste Goulbenkian, 2005.

MARCUSE, H. Contra-revolução e revolta. Rio de Janeiro : Zahar, 1978.

Resumo

**Resumo**  
**de Dissertação**

---

**CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. (2008)  
Reflexões críticas ao ordenamento jurídico  
penal (tributário). 194 fls. Dissertação  
(Mestrado em Direito) – Fundação de  
Ensino “Eurípides Soares da Rocha”  
- Centro Universitário “Eurípides de  
Marília” - UNIVEM. Marília - SP.**

**RESUMO**

Trata-se de dissertação que analisa, de modo crítico, admitindo-se a narração do pensamento histórico jurídico, a concepção de justiça contida no ordenamento jurídico penal atual, sobretudo pelo âmbito do direito penal tributário, quando da previsão de penalidades privativas de liberdade e restritivas de direito do contribuinte que tenha incorrido numa prática delituosa. Com início da análise na era grega antiga, a proposta de trabalho se desenvolve, por meio da narrativa de historiografias, até o momento contemporâneo, de transição entre as eras moderna e a pós-moderna, acenando para perspectivas que podem orientar a formação de um novo paradigma de direito, em específico pelo atendimento do anseio social de justiça, isto é, da proposta de pesquisa são obtidas reflexões que podem orientar uma aplicação moderada das formas de direito contemporâneas. Portanto, por meio de um diálogo interdisciplinar, são avançadas hipóteses de punição, que variam da forma branda até uma forma extrema, simbolizadas pelos símbolos jurídicos balança e espada, numa tendência final de se especular qual a vontade social para se estabelecer uma concepção de justiça para a esfera penal e suas adjacentes.

**Palavras-chave:** 1. Teoria geral do direito; 2. Paradigma dominante de direito; 3. Teorias da justiça penal tributária.

---

**ABSTRACT**

It is the dissertation that analyses, in a critical manner, admitting the evolution of the historical juridical thought, the conception of justice contained in the current juridical penal management, most of all by the ambit of the tributary penal law, when of the prediction of the privative of liberty and restrictive of the rights penalties of the taxpayer that had incurred in a tort practice. With beginning of the analysis in the antique Greek period, the proposal of the work, through the narrative of historiographies, evolves the contemporary moment, of transition between modern and pos-modern ages, waving to perspectives that may guide the formation of a new law paradigm, particularly by the attendance of the social desire of justice, that is, from the proposal of research results are obtained that guide to a moderated applications of the contemporary forms of law. Therefore, by an interdisciplinary dialogue, hypotheses of punishment are agreed, that vary from a bland form to an extreme form, symbolized by the juridical balance and symbols, in a final tendency of speculate which is the social will to establish a conception of justice for the penal sphere and its adjacent.

**Key-words:** 1. General theory of law; 2. Dominant paradigm of law; 3. Tributary penal justice theories.

---

**VECCHIA, Rosangela. Descentralização e Democracia. o Município Brasileiro na Constituição de 1988. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.**

**RESUMO**

A agenda política que elevou o município a ente da Federação no Brasil em 1988, tinha por propósito fortalecer a democracia e promover reformas estruturais no Estado Brasileiro por meio da descentralização. A proposta de reconstruir o Estado de Direito no Brasil veio acompanhada de **uma** redefinição da intervenção do Estado nas áreas sociais, **COM** ações programadas para execução nas localidades. A pesquisa promoveu o exame do novo pacto federativo arquitetado pela Constituição de 1988. Considerou os processos de descentralização e fortalecimento da esfera local como parte de um conjunto de mudanças estruturais nas instituições públicas do país e refletiu sobre a influência dessas transformações na ampliação da democracia. Inúmeras são as limitações ao exercício da autonomia política e financeira das localidades brasileiras, porém, é preciso reconhecer a importância dessa nova arquitetura sustentada na idéia da descentralização, da subsidiariedade e da democracia participativa, como meio de fomentar o exercício de uma nova cidadania a partir das municipalidades e, assim, contribuir para a construção de uma genuína “democracia brasileira”.

**Palavras-chave:** Descentralização - Democracia - Federalismo no Brasil - Município

---

**ABSTRACT**

The political agenda that upped the city as member of Federation in Brazil in 1988, had the purpose to strengthen democracy and promote structural reforms in the Brazilian State through decentralization. The proposal of rebuilding a status of Right into Brazil came accompanied from a reassigning government intervention on social areas, wuth actions planned for implementation in the localities. The research promoted the examination of the new federative pact architect by Constitution of 1988. It considered the processes of decentralization and strengthing of the local sphere as part of a set of structural changes in the public institutions of the country and reflected on the influence of these transformations in magnifying of democracy. Innumerable are the limitations to the exercise of the politics and financier autonomy of the Brazilian localities, however, is necessary to recognize the importance of this new architecture supported in the idea of the decentralization, subsidization and popular democracy, a means to foment the exercise of a new citizenship from the municipalities and, thus, to contribute for the construction of a genuine “Brazilian democracy”.

**Keywords:** Decentralization – Democracy – Federalism in Brazil – Municipality

---

**ZANOTI, André Luiz Depes. A  
Institucionalização do Direito como  
mecanismo do Cálculo Estatal do Poder  
Soberano. 2008. Número de páginas f.  
134. Dissertação (Mestrado em Direito) -  
Centro Universitário Eurípides de Marília,  
Fundação de Ensino Eurípides Soares da  
Rocha, Marília, 2008.**

**RESUMO**

Neste trabalho eu tratarei da relação existente entre o Direito, a soberania e os cálculos de poder. Para fazer isso, vou tratar no primeiro capítulo da definição atual de soberania, sua relação necessária com o Estado de Exceção e expor que o totalitarismo nasceu com o Estado Liberal onde o homem se define a partir de sua inscrição em um território dominado por **um** poder soberano e que, portanto, a inclusão da vida nos cálculos do poder é a marca registrada da modernidade política. No segundo capítulo falarei que diante do cenário anteriormente apresentado, surge uma crise no ordenamento jurídico que compromete todo o processo democrático, em que **O** soberano governa com a fabricação do terror, com o afastamento das pessoas do processo político e o Direito, em seus mais diferentes ramos, não traz a ordem social que deveria trazer. No terceiro capítulo demonstrarei como o ordenamento jurídico brasileiro é construído a partir da exceção e que, para tanto, o Poder Executivo traz cada vez mais a si responsabilidades dos demais poderes. No último capítulo, discorrerei sobre a construção do Direito Internacional a partir da necessidade dos grandes grupos econômicos e que as políticas internas dos países periféricos do capitalismo são apenas conseqüências dos atos praticados segundo os interesses desses mesmos grupos. Minha tese é a de que o jurídico foi assumido pelo político e este pelo econômico onde o Direito, neste contexto, assumiu o papel de **um** legitimador das políticas ditadas pelo soberano, para que suas necessidades sejam realizada sem que, para realizá-las, o Soberano precise retirar-se do Ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Estado de Exceção, Biopolítica e Biopoder, Direito, Soberano, vida-nua.

**ABSTRACT**

---

In this paper I will discuss the relationship existent among Law, dominion and the calculations of power. To do that, in the first chapter I will discuss the current definition of dominion and its necessary relationship with the estate of exception. I intend too that the totalitarianism was born with the liberal state, where men define themselves from their entry into a territory dominated by a sovereign and that, hence, the inclusion of life in the calculations of power is the mark of modern politics. In the second chapter I will expose that, past the scenery previously presented, a crisis in the legal order arises and undertakes the democratic process, in which the sovereign governs with the production of terror, with the remoteness of people from the political discussion and Law, in its most different fields, it does not bring the social order that it should bring. In the third chapter I will demonstrate how the Brazilian legal order is constituted from the exception and that, for so, the Executive Power brings more and more to itself the responsibility of the other powers. In the last chapter, I will talk about the construction of International Law from the necessity of the great economical groups, showing that the internal politics from the peripheral countries of the capitalism are just consequences of the acts practiced according to the interests of these same groups. My thesis is that the legal was substituted by the political and this one by the economical. The law, in this context, assumed the role of a law giver of the politics dictated by the sovereign, so that its necessities are fulfilled without having the sovereign the need to leave the Law Order.

**Keywords:** Estate of Exception, Biopolitics and Biopower, Law, Sovereign, bare life.



# Parte

## Parte III

---

# APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS E RESENHAS

## Artigos

Reserva-se à Revista *Em Tempo* a prioridade da publicação do artigo entregue. Nenhuma modificação de estrutura, conteúdo ou estilo será feita sem o consentimento do autor.

## Formato

Os artigos devem conter entre 20 e 30 laudas tamanho A 4, em processador de texto Word, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com os espaços entre as linhas de 1,5, margens a esquerda e acima 3 cm, direita e abaixo 2 cm. As resenhas não devem ultrapassar 5 laudas. O título do artigo deve estar centralizado, em maiúsculas, sem negrito, itálico ou grifo. Após o título, na segunda linha, no lado direito, deve estar o nome completo do(s) autor(es). O nome do orientador, se for o caso, deve ser indicado abaixo do nome do (s) autor (es). Deve acompanhar os artigos: palavras-chave e um resumo de aproximadamente 20 linhas, ambos em português, inglês e espanhol. As notas de rodapé devem ser de natureza substantiva, restringindo-se a comentários adicionais ao texto. Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as regras da ABNT utilizando para referências e citações o sistema autor-data.

## Entrega

Os artigos devem ser apresentados em CD (processador de texto Word) ou enviados por correio eletrônico para [emtempo@univem.edu.br](mailto:emtempo@univem.edu.br), acompanhados de 3 cópias impressas, sendo 2 delas sem identificação do autor.

## Dados do autor

Devem ser enviados em folha separada contendo a maior titulação, instituição em que obteve o título, instituição de trabalho, unidade, departamento e cargo atual, endereço completo para correspondência e e-mail.

No caso de mais de um autor, devem ser informados os dados completos de todos. No caso de trabalho sob orientação, devem ser informados os dados completos do orientador.

## Entrega de artigos

A entrega dos artigos impressos deve ser feita na secretaria do Mestrado em Direito ou no Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão (NAPEX) do UNIVEM ou remetidos para o endereço: **UNIVEM-NAPEX** Av. Hygino Muzzi Filho, 529 - Campus Universitário - Cep 17525-901 - Marília/SP

## DISPOSIÇÕES GERAIS

### Linha Editorial

A Revista *Em Tempo* é um periódico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e do Curso de Direito do UNIVEM e está aberta a publicação de artigos da área do conhecimento do Direito.

### Direitos Autorais

Todos os direitos são reservados. Qualquer reprodução, ainda que de parte da publicação, deverá constar o crédito de referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes do Brasil. O (s) autor (es) deve (m) enviar autorização para publicação e transfe-

---

rência de direitos autorais assinada de acordo com modelo obtido na página do UNIVEM na Internet <http://galileu.fundanet.br/revista/>

### **Divulgação**

A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a Revista *Em Tempo*, sendo assegurado ao UNIVEM o direito a mais ampla divulgação da informação. Sendo o autor do artigo professor, fica o mesmo comprometido a divulgar a Revista junto aos seus alunos.

### **Parecer**

A Revista *Em Tempo* adota o sistema *peer review* para análise e aprovação dos artigos recebidos. Os avaliação do artigo é feita por dois pareceristas *ad hoc* externos à Instituição. A aceitação ou não dos artigos enviados, bem como a necessidade de alterações serão comunicadas ao (s) autor (es) por correio eletrônico.

### **Avaliação**

Após a aprovação do artigo pelos pareceristas *ad hoc*, o mesmo será submetido à avaliação ortográfica, gramatical e bibliográfica.

### **Exemplares dos autores**

Tendo o artigo sido publicado, os autores receberão cinco exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

### **Conteúdo**

O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores e deve se restringir à área do conhecimento do Direito.